

Warszawa, dnia 24 stycznia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający: **Miasto stołeczne Warszawa – Urząd m. st. Warszawy**

Pl. Bankowy 3/5

00-950 Warszawa

e-mail: zamowieniabzp@um.warszawa.pl

Odwołujący:

Marianna Marczyk, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" Marianna Marczyk, ul. Przykoszarowa 22A, 18--400 Łomża, REGON 450080878, NIP 7231004734

reprezentowana przez: r.pr. Grzegorza Rutkowskiego ze SQUARE Tax & Legal, ul. Piłsudskiego 13, lok. 506, 50-048 Wrocław, email: grzegorz.rutkowski@sqrlegal.pl

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki na „*Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białotłęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów*” (dalej: „**Postępowanie**”) nr ogłoszenia 2022/BZP 00020418

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „**ustawa Pzp**”) w imieniu **Marianny Marczyk, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" Marianna Marczyk**, zwanym dalej: „**Odwołującym**”, wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Miasta stołecznego Warszawa (zwanego dalej: „**Zamawiającym**”), polegających na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białotłęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów* w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz na zamiarze udzielenia tego zamówienia i zawarcia w jego przedmiocie umowy z wykonawcą: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa** (dalej: „**MPO**” lub „**Spółka**”), dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a mianowicie wobec naruszenia:

SQUARE Tax & Legal s.c.

ul. Piłsudskiego 13/506
50-048 Wrocław, Poland



T. +48 71 342 11 54

W. www.sqrlegal.pl

M. kancelaria@sqrlegal.pl

kancelarie^{rp}



Kancelaria jest partnerem
w sieci Kancelarie RP objętej patronatem
dziennika Rzeczpospolita



- 1) **art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 272 ustawy Pzp a także § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: „Rozporządzenie w sprawie ogłoszeń”)** poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, w którym Zamawiający ograniczył się do przywołania przepisów ustawy Pzp i ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „UCPG”) oraz opisanie struktury właścicielskiej Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. (dalej: „MPO”);
- 2) **art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, w szczególności wykonywania 90% działalności przez MPO na rzecz Zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę;
- 3) **art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 oraz art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii (dalej: „TFUE”), a także art. 18 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa w sprawie zamówień publicznych”)** poprzez niezastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp naczelnych zasad dotyczących zamówień publicznych, w tym zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) **art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: „Uokik”) w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp** poprzez nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym w postaci wszczęcia przez Zamawiającego postępowania bez poszanowania zasady uczciwej konkurencji i w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku odbioru odpadów co stanowi przejaw przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a wręcz przeciwnie prowadzi do eliminacji konkurencji na rynku właściwym;
- 5) **art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wszczęcie Postępowania w trybie z wolnej ręki z zamiarem udzielenia zamówienia podmiotowi, który nie posiada potencjału do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty, samodzielny i bez powierzenia wykonania części zamówienia dot. głównego jego przedmiotu podwykonawcom.

Dodatkowo wnoszę o :

- 1) **dopuszczenie i przeprowadzenie na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 539 ust. 1 Pzp dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, rachunkowości lub ekonomii w zakresie oceny spełnienia przez MPO przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp dot. wykonywania 90% działalności jako powierzonej przez Zamawiającego;**
- 2) **zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 Pzp, do przedstawienia dokumentów służących mu do analizy spełnienia przez MPO warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, w**

tym w szczególności do dokumentów odnoszących się do wysokości, rodzaju i źródeł przychodu osiągniętego przez MPO w roku 2019, 2020 i 2021r.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego.

Termin

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy Usługi Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów (dalej: „**Ogłoszenie o zamówieniu**”) w dniu 14 stycznia 2022 r. na stronie internetowej. Tym samym, Odwołanie wniesione w dniu 24 stycznia 2022 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

Interes

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą mającą za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Przeprowadzenie przedmiotowego postępowania w trybie z wolnej ręki, zgodnie z zamiarem Zamawiającego, może prowadzić do szkody w majątku Odwołującego poprzez brak możliwości uzyskania zamówienia publicznego, w sytuacji w której Odwołujący jest w pełni zdolny do jego wykonania i przejawia zainteresowanie świadczeniem usług objętych jego przedmiotem. Ponadto Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2165/14: *Odwołująca kwestionuje dokonany przez Zamawiającego wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, a na tym etapie każdy wykonawca, potencjalnie zainteresowany realizacją przedmiotu zamówienia, może korzystać ze środków ochrony prawnej.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący bez wątplenia wykazuje materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania w postaci posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający w dniu 14 stycznia 2022 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu o nazwie „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, w którym jako wartość zamówienia wskazał **973 781 801,06 zł.**

2. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, ma ono dotyczyć odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od 1 lipca 2022 r. (dzielnice Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od 1 października 2022 r. (dzielnica Mokotów).
3. Zamawiający w pkt 4.1 Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że jest ono prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że wykonawcą, któremu zamierza udzielić zamówienia jest MPO.
4. W sekcji VI „Informacje dodatkowe” Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ponownie przywołał przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jako podstawę do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, jednocześnie Zamawiający opisał strukturę właścicielską MPO i wskazał na wpływ Miasta st. Warszawy na funkcjonowanie spółki.
5. Zamawiający w odniesieniu do przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki opisanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b wskazał jedynie, że jego analiza wykazała, iż jest on spełniony.

II. Zarzut z pkt 1 - naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 272 ustawy Pzp, a także §2 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń poprzez brak uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki

1. Ze względu na charakterystykę trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 (dalej również: „**tryb in-house**”) wszystkie przesłanki jego stosowania powinny być wykładane ściśle. Jednocześnie ustawodawca w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp przewidział, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ustawy Pzp.
2. Rozdział 2 działu III ustawy Pzp dotyczy ogłoszeń, w tym elementów jakie powinno zawierać ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ustawodawca w art. 272 ustawy Pzp przewidział, iż:

Art. 272

1. *Ogłoszenie zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych zawiera w szczególności nazwę i adres zamawiającego oraz przedmiot zamówienia lub konkursu.*
2. *Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury.*

3. Mając na uwadze powyższy przepis, szczegółowe regulacje dotyczące elementów, które zawierać ma ogłoszenie przewidziane w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp tj. ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp, zawarte są w Rozporządzeniu w sprawie ogłoszeń.
4. Zgodnie z § 2 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach o zamiarze zawarcia umowy stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia. Z kolei ust. 4 pkt 2 wymienionego załącznika nr 2 przewiduje, że w ogłoszeniu należy zawrzeć uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.
5. Odwołujący podkreśla, że pomimo pozornego dostosowania się do wzoru stanowiącego załącznik nr 2 Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń przez Zamawiającego, **przedmiotowe Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera uzasadnienia prawnego oraz faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.**
6. Zamawiający w punkcie 4.2 Ogłoszenia o zamówieniu zawarł następujące informacje:

Tryb zamówienia z wolnej ręki art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy pzp uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z przepisem art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, z późn. zm.; dalej jako ucpg) „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.” Cytowany przepis, odmiennie niż przepis art. 6c ust. 2a ucpg nie ogranicza wyboru Zamawiającego do udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu.

7. Zgodnie z adnotacją z Ogłoszenia o zamówieniu, powyższe wyjaśnienia były kontynuowane w Sekcji VI „Informacje Dodatkowe”, w których Zamawiający raz jeszcze przywołał przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jako podstawę do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, a także opisał strukturę właścicielską MPO i wskazał na wpływ Miasta st. Warszawy na funkcjonowanie spółki oraz jego uprawnienia w tym zakresie. W końcowej części Zamawiający nadmienił także, że jego analiza wykazała spełnienie przesłanki art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14 stycznia 2022 r.

8. Powyższy opis **w żaden sposób nie może być uznany za wymagane uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.** Formułowanie przez Zamawiającego hasłowych wniosków dotyczących przepisów UCPG, ustawy Pzp czy też kontroli nad MOP, w żaden sposób nie stanowi prawidłowego uzasadnienia prawnego, czy też faktycznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na **celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy**



faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał **możliwość zweryfikowania spełnienia przesłanek stosowania tego trybu** (tak chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 950/20). Odwołujący wskazuje, że informacje podane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu **nie pozwalają na rzetelne zweryfikowanie spełnienia przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki, przez co nie można uznać ich za prawidłowe uzasadnienie wyboru tego trybu.** Przedstawione przez Zamawiającego informacje **nie spełniają bowiem swojego głównego zadania jakim jest umożliwienie oceny, czy rzeczywiście istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house.** W szczególności nie można uznać, że taką funkcję w zakresie spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b spełnia zdawkowa informacja zawarta w Sekcji VI Ogłoszenia o zamówieniu:

Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.

9. Odwołujący wskazuje, iż przyjęcie odmiennej interpretacji, a przez to zaakceptowanie informacji podanych przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu jako uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki prowadziłoby do całkowicie nieracjonalnego wniosku, zgodnie z którym niemal każde wyjaśnienia Zamawiającego mogłyby stanowić prawidłowe uzasadnienie wyboru tego trybu, nawet te ograniczające się do arbitralnego stwierdzenia, iż analiza Zamawiającego (która nie została w żaden sposób ujawniona) wykazuje spełnienie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11. Taka wykładnia jest w sposób oczywisty niesłuszna i bezzasadna.
10. W powyższym zakresie warto również przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 328/17, w którym skład orzekający stwierdził, iż:

*W konsekwencji, **brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki.***

W ocenie Odwołującego powyższy pogląd znajdzie analogiczne zastosowanie do przedmiotowej sprawy w zakresie uzasadnienia stosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

11. Biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wymienionym powyżej wyroku, należy stwierdzić, że **brak zawarcia w ogłoszeniu, wymaganego przepisami**



uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, już w sam w sobie oznacza, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w tym trybie. Warto również zauważyć, że w przywołanym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że brak uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki w ogłoszeniu w szczególności **dowodzi braku wykazania przesłanki (!!!)** dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego jako stanowiących 90% działalności podmiotu kontrolowanego. Pogląd ten potwierdza stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym hasłowe sformułowanie Zamawiającego, jakoby jego analiza wykazała spełnienie przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp dot. wymogu wykonywania 90% działalności na rzecz Zamawiającego, nie pozwala na weryfikację tej okoliczności, a przez to informacjom tym nie można nadać przymiotu uzasadnienia wyboru trybu in-house.

12. Przepisy ustawy Pzp w związku z brzmieniem § 2 pkt. 2 Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń nałożyły na Zamawiającego obowiązek uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, przy czym zgodnie z przywołanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej **brak takiego uzasadnienia oznacza brak wykazania przesłanek zastosowania tego trybu. Zamawiający w niniejszej sprawie nie zawarł w Ogłoszeniu o zamówieniu wymaganego przepisami uzasadnienia.** Nie jest uzasadnieniem jedynie hasłowe podanie informacji na temat przesłanek zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, gdyż **takie działanie nie spełnia podstawowej funkcji uzasadnienia jaką jest możliwość weryfikacji spełnienia tych przesłanek.**

13. Taki stan rzeczy przesądza o zaniechaniu przez Zamawiającego spełnienia formalnego wymogu dotyczącego publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki, a jednocześnie, mając na uwadze treść ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 328/17, **dowodzi brak wykazania spełnienia w niniejszej sprawie przesłanek zastosowania trybu in-house.**

III. Zarzut z pkt 2 - naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że zachodzą przesłanki do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w szczególności przesłanki dot. wykonywania przez podmiot kontrolowany 90% działalności na rzecz Zamawiającego

1. Niezależnie od zasadności zarzutu nr 1 dotyczącego braku uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki w Ogłoszeniu o zamówieniu, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający **nieprawidłowo i całkowicie bezpodstawnie przyjął, iż w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki wymienione w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp**, w szczególności, że spełniony jest warunek opisany w lit. b. tego przepisu, który dotyczy wykonywania przez podmiot kontrolowany 90% działalności na rzecz Zamawiającego.

2. Jednocześnie w celu prawidłowego odbioru niniejszego zarzutu Odwołujący wskazuje, że **to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że w danej sprawie zaszyły przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Na odwołującym spoczywa jedynie ciężar**

uprawdopodobnienia, że przesłanki, które podał zamawiający jako podstawę wyboru trybu postępowania nie istnieją lub zamawiający nieprawidłowo ustalił ich istnienie. Taki pogląd potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1370/18.

3. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp:

art. 214

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

4. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że wykonawca, któremu zamierza powierzyć wykonanie zamówienia jest MPO. Zgodnie z informacjami zawartymi w Sekcji VI Ogłoszenia o zamówieniu, jest to spółka komunalna, w której jedynym wspólnikiem, posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa. Dodatkowo Zamawiający omówił możliwości kontroli MPO przez Prezydenta m. st. Warszawy na podstawie ustawy z 15 września 2000 r. Kodeksu spółek handlowych oraz Aktu Założycielskiego Spółki.
5. Powyższe wyjaśnienia z pewnością dotyczą przesłanki stosowania trybu in-house zawartej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp. Natomiast analizując Ogłoszenie o zamówieniu w zakresie pozostałych przesłanek tj. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b oraz lit. c ustawy Pzp Zamawiający wskazał jedynie, że w MPO brak jest bezpośredniego i pośredniego udziału kapitału prywatnego, oraz że jego analiza wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.
6. Odwołujący wskazuje, iż w żaden sposób nie można uznać, że takie wyjaśnienia spełniają wymóg wykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki przewidzianych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b oraz lit. c ustawy Pzp. Jednocześnie w zakresie przesłanki dotyczącej **wykonywania przez MPO ponad 90% działalności na rzecz Zamawiającego** **twierdzenia opisane w Ogłoszeniu o zamówieniu są bardzo wątpliwe.**
7. Aby wyjaśnić naruszenie Zamawiającego w powyższym zakresie warto omówić sytuację i status MPO na rynku gospodarki odpadami w Warszawie. Co do zasady zadania dotyczące utrzymania

czystości w związku z gospodarką odpadami dotyczą dwóch usług – odbioru odpadów oraz zagospodarowania odpadów.

8. Odbiór odpadów stanowi usługę polegającą na odbiorze nieczystości od podmiotów je wytwarzających i przetransportowanie do wskazanego miejsca. W mieście st. Warszawa usługa ta realizowana jest przez samo miasto. Natomiast zagospodarowanie odpadów należy do zadań MPO, któremu usługa ta została powierzona do realizacji na mocy umowy wykonawczej z 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów. Co istotne, na mocy umowy wykonawczej MPO zobowiązane jest, w zakresie w jakim nie jest w stanie samodzielnie zagospodarować dostarczonych odpadów, do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyboru innego wykonawcy do realizacji usługi zagospodarowania.
9. Odwołujący podkreśla jednak, że MPO nie jest podmiotem działającym jedynie w zakresie zagospodarowania odpadów. MPO wykonuje bowiem także usługi dotyczące odbioru odpadów i działa w tym zakresie jako wykonawca świadczący usługi na otwartym i konkurencyjnym rynku. **Nie sposób więc traktować podmiotu jakim jest MPO jedynie jako jednostki realizującej zadania dotyczące zagospodarowania odpadów, w oderwaniu od jego nieuprzywilejowanej pozycji na rynku odbioru odpadów.** Jednocześnie koniecznym jest, aby rozdzielić te dwa obszary działań MPO.
10. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zwraca uwagę, że **sprawozdania finansowe MPO za lata 2019 oraz 2020 nie rozdzielają przychodów uzyskanych z odbioru odpadów i zagospodarowania odpadów.** Przeciwnie, w pkt V.1 Sprawozdania Finansowego za rok 2020 oraz w pkt V.1 Sprawozdania Finansowego za rok 2019, **MPO sumuje oba te zakresy w jedną pozycję „wywóz i unieszkodliwianie odpadów”.** Następco, w kolejnej pozycji przedstawiana jest wartość „w tym wywóz i unieszkodliwienie odpadów według umów z Miastem st. Warszawa”.

Dowód: Sprawozdania Finansowe MPO za rok 2019 oraz 2020

11. Okoliczność łącznego wskazania w sprawozdaniach finansowych usług odbioru i zagospodarowania odpadów przez MPO jest o tyleż istotna, iż w sposób oczywisty, z uwagi na umowę z 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów zawartą przez ten podmiot z Zamawiającym w niniejszej sprawie – miastem st. Warszawa wszystkie przychody z zagospodarowania odpadów będą dotyczyć działalności dla miasta st. Warszawy. Sytuacja analogiczna nie musi zachodzić natomiast wobec odbioru odpadów, gdyż w zakresie tej usługi MPO jest uczestnikiem otwartego rynku. **Wartości dotyczące przychodu z zagospodarowania odpadów będą więc sztucznie zawyżać procent przychodów wynikających z działalności MPO na rzecz Zamawiającego.**
12. W powyższym zakresie istotnym jest również dominujący w doktrynie prawa pogląd, zgodnie z którym:



*„Inaczej rzecz ujmując, wyliczenie 90% udziału w działalności **musi odnosić się do usługi, jaką zamierza w trybie in-house zlecić spółce zamawiający**. Przykładowo, jeśli spółka świadczy na rzecz zamawiającego, który sprawuje nad nią kontrolę, usługi w zakresie utrzymania zieleni, to dla udzielenia zamówienia in-house, konieczne będzie zachowanie 90% aktywności spółki w tym zakresie. Takie rozumienie tego zagadnienia znajduje uzasadnienie w zachowaniu zasady konkurencyjności, jako kluczowej przesłanki udzielania zamówień publicznych” (J. Pawelec [w:] *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism*, red. J. Pawelec, Warszawa 2016).*

13. Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe Postępowanie dotyczy usługi odbioru odpadów **przy wyliczeniu procentu udziału w działalności podmiotu kontrolowanego, zgodnie z art. 214 ust.1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp oraz art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę przychody MPO uzyskiwane z wykonywania usług dotyczących odbioru odpadów**. Przy czym w sposób oczywisty można stwierdzić, iż Zamawiający nie wykazał w Ogłoszeniu o zamówieniu, że przychód MPO dot. tej usługi w pond 90% dotyczy działalności na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie jakiegokolwiek próby posługiwania się sprawozdaniami finansowymi za rok 2019 oraz 2020 w tym zakresie są **nieprawidłowe, gdyż dokumenty te łącznie wskazują przychód z usług odbioru i zagospodarowania odpadów, co zawyża procent udziału usług na rzecz Zamawiającego**.
14. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że **MPO wykonuje również usługi odbioru odpadów dla innych podmiotów niż Zamawiający**, jak np. gminy Sulejówek, miasta Marki, Sądu Najwyższego z siedzibą w Warszawie, a także centrów handlowych: Wesfield Arkadia, Galeria Wileńska, Galeria Mokotów oraz Galeria Ursynów.

Dowód:

1. Harmonogram odbioru odpadów Sulejówek 2021
2. Informacja prasowa ze strony internetowej MPO dot. umowy na odbioru odpadów z Marek
3. Informacja prasowa ze strony internetowej MPO dot. umowy na odbiór odpadów z Sądu Najwyższego
4. Informacja prasowa ze strony internetowej MPO dot. odbioru odpadów z centrów handlowych

15. Co istotne dla niniejszej sprawy, MPO nie jest odpowiedzialne za odbiór odpadów z całego obszaru m.st. Warszawy. Ostatnim postępowaniem na odbiór odpadów jakie prowadziło m. st. Warszawa było postępowanie pn. „*Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.*”, znak: ZP/GP/271/IV-172/18. W ramach tego postępowania usługa odbioru odpadów w Warszawie została podzielona na dziewięć części dot. różnych dzielnic. W wyniku powyższego postępowania MPO uzyskało umowę na usługi odbioru odpadów dla trzech zadań:
- zad. nr 4 dot. świadczenia usług w dzielnicach Ochota, Ursus i Włochy
 - zad. nr 7 dot. świadczenia usług w dzielnicy Śródmieście

- zad. nr 9 dot. świadczenia usług w dzielnicach Bemowo i Wola

Dowód: Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w postępowaniu o znaku ZP/GP/271/IV-172/18

16. MPO jest więc tylko jednym z wielu wykonawców prowadzących usługi odbioru odpadów w mieście stołecznym Warszawa. Mając na uwadze, że wykonawca ten w zakresie odbioru odpadów obsługuje jednocześnie szereg innych, dużych podmiotów, **wyjątkowo mało prawdopodobnym jest, aby obsługa Zamawiającego stanowiła w 90% jego działalności w obszarze odbioru odpadów.**

17. Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, iż nawet w przypadku całkowicie nieuprawnionego posłużenia się sprawozdaniami finansowymi MPO za lata 2019-2020 w celu wyliczenia procentu działalności podmiotu kontrolowanego zgodnie z art. 214 ust. 5, przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b posługuje się pojęciem „wykonywania zadań”. Nie można uznać, iż MPO jako podmiot, który w ogromnej części pełni w zakresie zagospodarowania odpadów rolę pośrednika między miastem stołecznym Warszawa a dalszymi wykonawcami wykonuje te zadania. MPO działa jako zamawiający w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, których nie jest w stanie przerobić we własnej instalacji. Jego rola sprowadza się więc do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, a następnie przekazywania płatności uzyskanych od miasta st. Warszawy do wykonawcy.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu prowadzonym przez MPO pn. Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 266 000 Mg, Numer referencyjny: SZP.27.48.2021.LK

18. Z ostrożności należy więc wskazać, iż mając powyższe na uwadze, w razie łącznego rozpatrywania odbioru i zagospodarowania odpadów, należy brać pod uwagę, że MPO w odniesieniu do ogromnej części zadań z zakresu zagospodarowania odpadów ich nie wykonuje, a jedynie udziela na nie zamówień innym wykonawcom.

19. Odwołujący pragnie w tym miejscu raz jeszcze przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 950/20, w którym Izba wyraźnie stwierdziła, iż: ***to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości.***

20. Jednocześnie Zamawiający w niniejszej sprawie całkowicie **zignorował** ciążący na nim **obowiązek wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp** dot. wykonywania przez podmiot kontrolowany ponad 90% działalności jako powierzonej przez Zamawiającego, której spełnienie w przypadku usługi odbioru odpadów i wykonawcy MPO jest wysoce wątpliwe.

21. Dlatego zasadne i niezbędne jest zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów służących mu do analizy spełnienia przez MPO warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, w tym w szczególności do dokumentów odnoszących się do wysokości, rodzaju i źródeł przychodu osiągniętego przez MPO w roku 2019, 2020 i 2021r., a także przeprowadzenie na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 539 ust. 1 Pzp dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, rachunkowości lub ekonomii w zakresie oceny spełnienia przez MPO przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp dot. wykonywania 90% działalności jako powierzanej przez Zamawiającego.

IV. Zarzut z pkt 3 – naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 49, art. 56, art. 102 oraz art. 106 TFUE, a także art. 18 Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych poprzez niezastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp naczelných zasad dotyczących zamówień publicznych

1. Utrwaloną zasadą jest, że na Zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Reguła ta funkcjonuje zarówno w obrębie ustawodawstwa krajowego, jak i prawodawstwa europejskiego. Obecnie przepisem stanowiącym o tym zobowiązaniu Zamawiającego jest art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W doktrynie prawa podkreśla się, że zachowanie Zamawiającego w tym zakresie powinno prowadzić do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką (tak M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021).
2. Odwołujący wskazuje, iż obowiązek dotyczący zachowania uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w bardziej rozbudowanej formie został zawarty także w przepisach Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z jej art. 18 ust. 1:

art. 18

1. Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

3. W celu przedstawienia niniejszego zarzutu w sposób należyty koniecznym jest przywołać również art. 12 ust. 1 Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, który reguluje kwestię zamówień in-house, zgodnie z tym przepisem:

art. 12



1. Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:
- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
 - b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz
 - c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.
- Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.
4. Oceny możliwości udzielenia zamówień in - house dokonał w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 3 października 2019 r. sygn. akt C-285/18 dokonał szczegółowej analizy procedury udzielenia zamówień z art. 12 Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, również w kontekście zastosowania do nich zasady uczciwej konkurencji.
5. Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, iż Trybunał Sprawiedliwości w ww. wyroku wprost wskazał, że udzielenie zamówienia typu in - house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a) - c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii.
6. Trybunał Sprawiedliwości orzekł również, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu in - house w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, **jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości.**
7. Pogląd Trybunału Sprawiedliwości wyraźnie przemawia za przyjęciem, że możliwe jest uzależnienie możliwości udzielania zamówień typu in-house od ich zgodności z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji czy proporcjonalności. Odwołujący z ostrożności wskazuje, iż sformułowanie użyte przez Trybunał Sprawiedliwości nie powinno być interpretowane jedynie jako możliwość wprowadzenia dodatkowej przesłanki do udzielenia zamówienia typu in-house,

poglądy wynikające z wyroku prowadzą bowiem do wniosku, iż przepisy krajowe wprowadzające wymóg uwarunkowania możliwości udzielenia zamówienia od jego zgodności z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości mogą mieć zastosowanie także do zamówień typu in-house. W polskim porządku prawnym takim przepisem jest art. 16 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi o obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w **sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny**. Tym samym Zamawiający pomimo stosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp zobowiązany jest do działania w zgodzie m.in. z zasadą uczciwej konkurencji.

8. Powyższy wniosek potwierdza także doktryna prawa:

*Wyrok TS w sprawie C-285/18 skłania do przyjęcia, że zamawiający, podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia in-house, **powinien ocenić wpływ tego zamówienia na innych uczestników rynku, m.in. czy nie zakłóca ono konkurencji na danym rynku i nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego**. Może to mieć szczególne znaczenie dla tych zamówień, w przypadku których istnieje rynek wykonawców zainteresowanych oraz zdolnych do realizacji danego zamówienia.* (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 214.)

9. Odwołujący wskazuje, iż w niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie tylko **zignorował sytuację panującą na rynku usługodawców zajmujących się odbiorem odpadów w Warszawie** ale wręcz **celowo działał w celu ograniczenia konkurencji i wprowadzenia monopolu jednego podmiotu, w którym jest udziałowcem**. Jak wyżej wskazano, dotychczas odbiorem odpadów na terenie miasta st. Warszawy zajmowali się wykonawcy wybrani w procesie konkurencyjnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w wyniku postępowania na odbiór odpadów z 2019 r. o numerze ZP/GP/271/IV-172/18 w przynajmniej jednej części zamówienie udzielono aż pięciu różnym wykonawcom. Tym samym działania Zamawiającego wyraźnie **zakłócają konkurencję**.
10. Idąc dalej Odwołujący wskazuje, iż przepis art. 12 Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych stanowi, iż do zamówień spełniających zawarte w nim warunki (lit. a-c) nie stosuje się przepisów dyrektywy. Powyższe sformułowanie **nie oznacza jednak, że postępowania prowadzone na podstawie tego przepisu przestają być zamówieniami publicznymi**. Tym samym do zamówień in-house nadal zastosowanie znajdą przepisy TFUE, co wynika wprost z Motywu 1 Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych:

(1) Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych



o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.

11. Z uwagi na powyższe przedmiotowe Postępowanie nie może prowadzić do naruszenia podstawowych zasad wynikających z TFUE, jak chociażby **zakazu ograniczania swobody świadczenia usług z art. 56 TFUE czy zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości z art. 49 TFUE.**

12. Stosowanie przepisów TFUE do zamówień typu in-house oznacza również, że wprost zastosowanie do nich znajdzie art. 106 TFUE, zgodnie z którym:

art. 106

*1. Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają **ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów**, w szczególności z normami przewidzianymi w artykule 7 oraz artykułach 101-109 włącznie.*

*2. **Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji**, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.*

3. Komisja czuwa nad stosowaniem postanowień niniejszego artykułu i w miarę potrzeby kieruje stosowne dyrektywy lub decyzje do Państw Członkowskich.

13. Zawarcie pomiędzy MPO a Zamawiającym usługi na odbiór odpadów, jako usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, na terenie miasta st. Warszawy w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki doprowadziłoby do naruszenia reguł konkurencji, które są normami wynikającymi z samego TFUE, a tym samym naruszenie powyższego przepisu. Jednocześnie uznanie, że art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp można interpretować w oderwaniu od zasady zachowania uczciwej konkurencji stanowiłoby w sposób oczywisty naruszenie ust. 1 ww. artykułu TFUE, gdyż oznaczałoby, że prawo polskie dopuszcza środek prawny spreczny z normami Traktatów.

14. Konieczność stosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji do zamówień publicznych, w tym również tych typu in-house, potwierdzono także w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2006 r. sygn. akt C-340/04, w którym stwierdzono, iż:

*Przypomnieć należy, że głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie **zamówień publicznych jest swobodny przepływ towarów i usług, jak również otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich.***

15. Rozważania te potwierdzają, że charakter niniejszego Postępowania jako zamówienia typu in-house **nie stanowi podstawy do działania Zamawiającego w oderwaniu od przepisów TFUE**. Mimo to Zamawiający wydaje się działać całkowicie **ignorując przywołane wyżej zasady dot. zastosowania reguł otwartej konkurencji wynikające właśnie z TFUE**. Całkowicie nieuprawnienie więc Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż sytuacja panująca na rynku odbioru odpadów w mieście st. Warszawa **pozwala na wybór wykonawcy usługi w sposób konkurencyjny**. Co więcej czynności Zamawiającego mogą doprowadzić do **wyeliminowania rzeczywistej konkurencji w obszarze jego działania, a co za tym idzie wprowadzenia na rynek monopolu podmiotu, w którym jest udziałowcem**. Takie zachowanie jest całkowicie sprzeczne z regulacjami ustawy Pzp, Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz TFUE.

V. Zarzut z pkt 4 – naruszenie art. 9 Uokik w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym

1. Odwołujący wskazuje, iż niezależnie od powyższych zarzutów, Zamawiający poprzez przeprowadzenie niniejszego Postępowania w drodze zamówienia typu in-house narusza art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 Uokik, zgodnie z tymi przepisami:

art. 9.

1. Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

2. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

- 1) *bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;*
 - 2) *ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;*
 - 3) *stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;*
 - 4) *uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;*
 - 5) ***przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;***
 - 6) *narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;*
 - 7) *podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.*
2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania przepisów Uokik, w tym ww. przepisu art. 9 Uokik. Pogląd ten wynika wprost z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt I CSK 252/15:



*Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm., dalej powołana jako u.o.k.i.k.). Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi **o charakterze użyteczności publicznej**. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorcą do którego stosuje się przepisy tej ustawy. **W związku z tym podział rynku tych usług podlega ocenie między innymi z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 u.o.k.i.k.***

3. Niewątpliwie Zamawiający organizując usługi dotyczące odbioru odpadów od mieszkańców zalicza się do grona podmiotów objętych definicją przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1, gdyż usługa ta ma charakter użyteczności publicznej. Utrzymanie czystości stanowi bowiem zadanie własne gminy, które wchodzi w skład zadań zaspokajających zbiorowe potrzeby wspólnoty (art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym).
4. Rynkiem właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 9 Uokik jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Przy czym zgodnie z art. 4 pkt 7 towarem jest także usługa.
5. Zgodnie z przywołaną **definicją rynkiem właściwym w obrębie niniejszego zamówienia będzie rynek świadczenia usługi odbioru odpadów w obrębie miasta st. Warszawa.**
6. Dodatkowo, z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, iż nawet przy przyjęciu, że odmienna jest sytuacja Zamawiającego na rynku odbioru odpadów oraz rynku ich zagospodarowania, powołując się na orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz poglądy doktryny należy stwierdzić, że *nadużycie pozycji dominującej na innym rynku właściwym może mieć miejsce także w tych przypadkach, gdy przedsiębiorcy działający na rynku powiązanym muszą współpracować z przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą na innym rynku, aby móc oferować swoje towary na rynku powiązanym albo gdy dominant określa zasady funkcjonowania innego rynku, działając jako jego organizator* (A. Stawicki [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016, art. 9.) Biorąc pod uwagę korelacje pomiędzy usługami zagospodarowania i odbioru odpadów, rynki te muszą być uznane za powiązane w rozumieniu przywołanego stanowiska.
7. Działania Zamawiającego nie mogą więc prowadzić do przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, gdyż będzie to stanowiło nadużycie pozycji dominującej. Odwołujący wskazuje, iż z uwagi na skalę niniejszego zamówienia,



którego wartość Zamawiający określił jako 973 781 801,06 zł oraz czas trwania umowy aż do 2026 r. **udzielenie niniejszego zamówienia mogłoby doprowadzić do całkowitego wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym przez Zamawiającego.** Takie zachowanie bez wątpienia narusza art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokik, gdyż nie tylko przeciwdziała rozwojowi konkurencji, a wręcz **prowadzi do jej całkowitego wyłączenia.**

8. Idąc dalej Odwołujący wskazuje, iż *w orzecznictwie Prezesa UOKiK przyjmuje się, że dla bytu omawianej praktyki [o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokik – dop. Odwołujący] nie jest istotne, czy na rynku właściwym rzeczywiście ujawniły się jej skutki. **Wystarczająca jest groźba wystąpienia takich skutków.*** (A. Stawicki [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016, art. 9).
9. Dla istnienia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokik nie jest więc istotne, czy skutki nadużycia pozycji dominującej rzeczywiście wystąpiły, ważne jest natomiast, że pojawi się ryzyko ich powstania. Tym samym już na tym etapie Postępowania **Zamawiający nadużył swojej pozycji dominującej na rynku, poprzez uznanie, iż Postępowanie zostanie przeprowadzone w trybie z wolnej ręki, w całkowitym oderwaniu od sytuacji na rynku i przy rzeczywistej groźbie całkowitego wyeliminowania konkurencji wskutek udzielenia zamówienia MPO.**

VI. Zarzut z pkt 5 – naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wszczęcie Postępowania w trybie z wolnej ręki z zamiarem udzielenia zamówienia podmiotowi, który nie posiada potencjału do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty, samodzielny i bez powierzenia wykonania części zamówienia dot. głównego jego przedmiotu podwykonawcom

1. Jak wskazuje przepis art. 17 ust 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia w sposób, który zapewni **najlepszą jakość usług** w ramach środków jakie planuje przeznaczyć na jego realizację oraz pozwoli na **uzyskanie najlepszych efektów zamówienia**, w tym również gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Jednocześnie w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że:

art. 214 ust. 9

*Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, **nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.***

3. Z uwagi na ogólne ujęcie zakresu, w jakim wykonawca zamówienia typu in-house może powierzyć wykonanie jego części podwykonawcom, warto przy tym zagadnieniu przywołać pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 731/21:

*Na wstępie - w kontekście argumentacji podnoszonej przez Zamawiających - Izba wskazuje, że **jakkolwiek dostrzega, iż omawiany przepis skierowany jest do wykonawcy, któremu udzielono***



*zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, to jednak jego analizy nie można dokonać w oderwaniu od celu regulacji oraz specyfiki zamówień z wolnej ręki typu in-house, które z założenia nakierowane są na możliwość wykonania zamówienia własnymi zasobami strony publicznej. W ocenie Izby analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu in-house **może podzlecić podwykonawcy wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia**. Powyższe uzasadnione jest specyfiką zamówień wewnętrznych powierzanych do wykonania przez zamawiających, które wykonywane są przy użyciu zasobów własnych oraz zasobów uzależnionych od zamawiających, a zatem inaczej niż ma to miejsce przy standardowych zamówieniach publicznych.*

4. Niewątpliwie w zakresie zamówienia na odbiór odpadów, za główny przedmiot zamówienia należy uznać sam ich przewóz z miejsca odbioru do punktu docelowego. Charakter pomocniczy mogą mieć natomiast elementy pozostałe. Tym samym za główny przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie należy uznać transport odpadów.
5. Mając na uwadze powyższe regulacje, Odwołujący wskazuje, że **MPO nie posiada potencjału do zrealizowania w całości głównego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców**. Natomiast działanie Zamawiającego, polegające na przeprowadzeniu niniejszego zamówienia w trybie z wolnej ręki i **powierzenie go do wykonania MPO prowadzi do naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z pewnością realizacja zamówienia przez ten podmiot nie pozwoli na uzyskanie najlepszej jakości usług oraz efektów**.
6. MPO jako podmiot odpowiedzialny za zagospodarowanie odpadów z miasta stołecznego Warszawy na podstawie umowy wykonawczej z dnia z 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów przeprowadziło w 2021 r. postępowania, w których dopuściło udział wykonawców, których instalacje do przetwarzania odpadów znajdują się w znacznej odległości od m. st. Warszawy. W ten sposób w wyniku Postępowań na transport odpadów ze stacji przeładunkowych MPO odpady te, pochodzące od właścicieli nieruchomości w m. st. Warszawa, przewożone były np. do instalacji w województwie dolnośląskim.

Dowód: Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 104 000 Mg”, nr DZA.ZOZ.27.01.2021.LK

7. Jednocześnie MPO w ciągu roku 2021 przeprowadziło szereg postępowań na transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeładunkowych.

Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia nr SZP.27.75.2021.KD na „Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeładunkowych”



2. Specyfikacja Warunków Zamówienia nr SZP.27.73.2021.KB na „Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeładunkowych”
 3. Specyfikacja Warunków Zamówienia nr SZP.27.69.2021.LK na „Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeładunkowych”
8. Odwołujący zwraca uwagę, iż w swoich postępowaniach MPO wskazuje niejednokrotnie bardzo odległe adresy do transportu odpadów ze stacji przeładunkowej w Warszawie. W postępowaniu nr SZP.27.73.2021.KD opis przedmiotu zamówienia przewidywał przewóz nieczystości do takich miejscowości jak:
- Ruszczyn (około 170 km od Warszawy)
 - Tarnów (około 300 km od Warszawy)
 - Kryniczno (około 350 km od Warszawy)
9. Odwołujący podkreśla, że konieczność prowadzenia powyższych postępowań przez MPO prowadzi do wniosku, że **podmiot ten już na moment złożenia niniejszego Odwołania nie jest w stanie należycie świadczyć usługi odbioru odpadów bez udziału podwykonawców, gdyż w zakresie ich transportu ze stacji przeładunkowej do instalacji przetwarzających (jak wskazano wyżej, często położonych w bardzo dużej odległości) odpady korzysta z usług innych podmiotów.**
10. Z tego powodu należy stwierdzić, iż Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że MPO jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób zgodny z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 214 ust. 9 ustawy Pzp. Niewątpliwie MPO przy konieczności wykonania usługi odbioru odpadów z terenu całego miasta stołecznego Warszawy, **będzie musiało posłużyć się podwykonawcami, co z uwagi na tryb, w jakim udzielone ma być przedmiotowe zamówienie stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.** W takiej sytuacji nie sposób uznać, że spełnione są przesłanki do udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia typu in-house wykonawcy MPO.

VII. Podsumowanie

1. Konkludując, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający **nie zawarł w Ogłoszeniu o zamówienia uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki** co oznacza brak możliwości weryfikacji przesłanek koniecznych do spełnienia przy stosowaniu tego trybu. Jednocześnie okoliczność ta **oznacza brak wykazania przez Zamawiającego owych przesłanek**, zawartych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.
2. Odwołujący wskazuje również, iż niezależnie od powyższego w niniejszej sprawie nie jest spełniony warunek do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikający z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp. Jako, że art. 214 ust. 5 ustawy Pzp zobowiązuje do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b z uwzględnieniem średniego przychodu

osiągniętego przez podmiot kontrolowany w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, MPO najprawdopodobniej nie posiada przychodów w zakresie odbioru odpadów, które świadczyłyby o spełnieniu tej przesłanki. Odwołujący zaznacza, że **wartości wynikające z sprawozdań finansowych tego podmiotu za lata 2019-2020 zawierają informacje o przychodach pochodzących z zagospodarowania i odbioru odpadów łącznie i nie mogą stanowić o spełnieniu przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b w niniejszym Postępowaniu.**

3. Ponadto działania Zamawiającego są **wprost sprzeczne z zasadami dotyczącymi zachowania uczciwej konkurencji** z art. 16 ustawy Pzp, a także z zasadami dotyczącymi zakazu ograniczania swobody świadczenia usług z art. 56 TFUE czy zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości z art. 49 TFUE.
4. Jednocześnie Zamawiający działając z zamiarem udzielenia niniejszego zamówienia jako zamówienie typu in-house podmiotowi MPO **nadużył pozycji dominującej, czym naruszył przepis art. 9 Uokik**. Wprowadził bowiem zagrożenie wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym, co jest wprost sprzeczne z art. 9 ust. 5 Uokik.
5. W ocenie Odwołującego **nie jest możliwym, żeby MPO wykonało główny przedmiot niniejszego zamówienia tj. transport odpadów, w sposób zapewniający poszanowanie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, a także samodzielnie, bez naruszenia art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.**
6. To wszystko powoduje, że Odwołanie jest nie tylko zasadne ale **wręcz konieczne**. Postępowanie o wartości tak znacznej, które stanowi jedno z największych postępowań na usługi w Polsce, powinno być przeprowadzone **bez jakichkolwiek wątpliwości w zakresie zgodności z przepisami prawa i generalnymi zasadami zamówień publicznych**. Tymczasem w niniejszej sytuacji jest **całkowicie odwrotnie**.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Grzegorz Rutkowski
SQUARE Tax & Legal

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. dowód uiszczenia wpisu,
3. dowody wskazane w Odwołaniu.

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej – adresat;
2. Zamawiający;
3. a/a.