

Sygn. akt: KIO 188/22

KIO 191/22

KIO 194/22

KIO 195/22

KIO 198/22

KIO 199/22

KIO 202/22

KIO 205/22

POSTANOWIENIE

z 8 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Robert Skrzyszewski
Maksym Smorczewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu 8 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 stycznia 2022 r. przez:

1. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie (KIO 188/22),
2. MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 191/22),
3. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 194/22),
4. PreZero Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 195/22),
5. J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej (KIO 198/22),
6. Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (KIO 199/22),
7. M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne BŁYSK M. z siedzibą w Łomży (KIO 202/22),
8. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (KIO 205/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców:

1. AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
2. ALBA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 188/22 po stronie odwołującego,

3. Błysk-BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 199/22 po stronie odwołującego,
4. Eko-Hetman Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
5. EKO-KONSULT Biuro Doradczo-prawne sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 188/22 po stronie odwołującego,
6. J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekolider J. W. z siedzibą w Lucinie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
7. FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 194/22 po stronie odwołującego,
8. M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa "CLEAN WORLD" M. W. z siedzibą w Leśniakowiznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 188/22 po stronie odwołującego,
9. Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Raszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 195/22, KIO 199/22 i KIO 202/22 po stronie odwołujących,
10. Firma Usługowa KOSZ Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 188/22 po stronie odwołującego,
11. Jurant Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Zielonce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 199/22 po stronie odwołującego,
12. MIKI Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
13. MR ROAD SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
14. MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
15. NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22 i KIO 194/22 po stronie odwołujących,
16. J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej zgłaszającej przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
17. D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
18. Partner Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,
19. PGO Mazowsze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 199/22 po stronie odwołującego,
20. Polska Izba Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22,

KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

21. Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22 i KIO 202/22 po stronie odwołujących,

22. PreZero Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

23. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

24. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22 i KIO 202/22 po stronie odwołujących,

25. Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 198/22 po stronie odwołującego,

26. M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

27. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

28. Transprzęt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

29. M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" M. M. z siedzibą w Łomży zgłaszającej przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

30. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie odwołujących,

31. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22 i KIO 205/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 188/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22, KIO 205/22.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 188/22.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 191/22.

4. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 194/22.

5. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: PreZero Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 195/22.

6. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekarzo J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 198/22.

7. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 199/22.

8. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: M. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne BŁYSK M. M. z siedzibą w Łomży kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 202/22.

9. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczonej tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 205/22.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 188/22
KIO 191/22
KIO 194/22
KIO 195/22
KIO 198/22
KIO 199/22
KIO 202/22
KIO 205/22

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Odbiór

odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, numer: 2021/WNP-0168-DU-OP-AB, (dalej: postępowanie).

Ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego zostało opublikowane 14 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00020418.

KIO 188/22

24 stycznia 2022 r. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami z siedzibą w Warszawie (dalej: ZPGO lub Odwołujący ZPGO), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 188/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp przez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w ogłoszeniu, mimo, że informacje te były wymagane i konieczne, co wynikało wprost z przywołanych przepisów, a co z kolei prowadziło do wniosku, że Zamawiający naruszył również:
2. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp przez przyjęcie, że Zamawiający wykazał spełnienie warunków do udzielenia tzw. zamówienia in-house, określonych wskazanymi przepisami, w sytuacji, gdy Ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia było bardzo ogólne i nie zawierało uzasadnienia faktycznego i prawnego spełniającego wymagania obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności wymagań wynikających z zasady przejrzystości określonej art. 16 pkt 2 Pzp;
3. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm., dalej: Dyrektywa 2014/24) przez błędne przyjęcie, że spełnione zostały warunki udzielenia tzw. zamówienia in-house wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: MPO), w szczególności warunek by ponad 90% działalności podmiotu, któremu udzielane jest zamówienie dotyczyło wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę, w sytuacji gdy istotna część przychodów MPO pochodziła z działalności komercyjnej Spółki, tj. z umów, które zostały zawarte na zasadach rynkowych, w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego;
4. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy 2014/24 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE), wprowadzającymi zasadę swobodnego przepływu towarów, swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą (zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości) przez ich niewłaściwą wykładnię, której skutkiem było przyjęcie, że za zadania powierzone można uznać również zadania, które dany podmiot realizuje na rzecz podmiotu sprawującego nad nim kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) Pzp, na podstawie umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego w wyniku postępowania o udzielenie takiego zamówienia prowadzonego w trybie konkurencyjnym (w trybie przetargu nieograniczonego);
5. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy 2014/24 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i przepisami TFUE, wprowadzającymi zasadę swobodnego przepływu towarów, swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą (w szczególności art. 102 i art. 106) oraz w zw. art. 58 Kc przez ich niewłaściwą wykładnię, której skutkiem było przyjęcie, że MPO realizuje jako zadania powierzone usługi zagospodarowania odpadów komunalnych odbieranych z terenu m. st. Warszawy, w sytuacji gdy usługi te w przeważającej mierze świadczone są przez podmioty trzecie, a główne zadanie MPO sprowadza się do administrowania zawartymi umowami na zagospodarowanie odpadów, co prowadzi do wniosku, że powierzenie MPO realizacji usług polegających na zagospodarowaniu odpadów było czynnością pozorną;
6. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp przez wszczęcie

postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia zamówienia MPO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia w tym trybie i zawarcie umowy z MPO doprowadziłoby do realizacji zasad określonych w przywołanych przepisach, a nadto w sytuacji, gdy obiektywnie nie było możliwe zapewnienie, w przypadku tego zamówienia, najlepszej jakości usług, uzasadnionych charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów, bez umożliwienia konkurencyjnej walki wykonawców o to zamówienie;

7. art. 102 i 106 TFUE oraz art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp oraz w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275 j.t. ze zm., dalej: Uokk) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 Uokk, przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia zamówienia MPO w sytuacji, gdy nie istniały ku temu podstawy, a sam wybór trybu zamówienia był sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co prowadziło do wniosku, że Zamawiający wszczynając postępowanie, nadużył swojej pozycji dominującej;

8. art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia zamówienia MPO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że wyłączenie konkurencyjnej walki wykonawców o zamówienie np. w trybie przetargu nieograniczonego było działaniem proporcjonalnym do celów, jakie Zamawiający zamierzał zrealizować;

9. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. art. 214 ust. 9 Pzp przez przyjęcie, że możliwym było udzielenie zamówienia MPO, podczas gdy wykonawca ten nie posiada możliwości samodzielnego świadczenia usługi transportu odebranych z terenu m. st. Warszawy odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowych wskazanych przez Zamawiającego, zwłaszcza z uwagi na brak potencjału technicznego (pojazdów) i kadrowego, a tym samym nie będzie możliwe, aby MPO osobiście wykonało wszystkie części zamówienia.

Odwołujący ZPGO wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania w przedmiocie udzielenia Zamówienia prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Odwołujący ZPGO wniósł ponadto o:

1. zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 Pzp, do przedstawienia następujących dokumentów:

a) analizy spełnienia przez MPO warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, o której mowa w końcowej części ogłoszenia oraz wszystkich dokumentów źródłowych, które zostały wykorzystane do sporządzenia tej analizy, w tym w szczególności dokumentów odnoszących się do wysokości, rodzaju i źródeł przychodu osiągniętego przez MPO w roku 2021 r.,

b) kopii wszystkich faktur, jakie MPO wystawiła Zamawiającemu w związku z realizacją umów na: Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-7/19 - 22), Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 7, Śródmieście (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-10/19 - 22) oraz Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 9 Bemowo i Wola (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-12/19 - 22) (łącznie z ich ewentualnymi korektami), względnie zestawienia rozliczeń pomiędzy MPO w m. st. Warszawie sp. z o.o. z tytułu realizacji wskazanych umów,

2. dopuszczenie na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art.

539 ust. 1 Pzp i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny, jaki procent działalności MPO dotyczy zadań powierzonych (w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp) Spółce przez Zamawiającego, w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi ponad 90% średnich przychodów MPO za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

24 stycznia 2022 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: MS-EKO lub Odwołujący MS-EKO), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 191/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. a), tj. nie wykazał, że sprawuje nad MPO kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, gdyż w uzasadnieniu ograniczył się wyłącznie do przedstawienia kompetencji Prezydenta m.st. Warszawy przyznanych na mocy przepisów Ksh oraz dodatkowych uprawnień Prezydenta m.st. Warszawy określonych w akcie założycielskim, nie wykazał przy tym jednak, że nie występują okoliczności, które mogą świadczyć o osłabieniu kontroli Zamawiającego nad podległą osobą prawną (MPO);
2. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. art. 214 ust. 5 Pzp przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. b), tj. nie wykazał, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego, gdyż w uzasadnieniu nie przedstawił założeń przyjętych do sporządzenia analizy źródeł przychodów za lata 2019-2021, w tym czy do przychodów zostały zaliczone przychody osiągnięte przez MPO w związku z zawartą przez Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów;
3. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w biuletynie zamówień publicznych z 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), dalej: „Rozporządzenie” przez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, mimo że jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;
4. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia przez brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji o wielkości i ilości usług lub określenia zapotrzebowania i wymagań, mimo że jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;
5. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia przez brak podania w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy krajowego numeru identyfikacyjnego wykonawcy, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę, mimo że jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;
6. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp przez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia MPO, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, podczas gdy MPO nie posiada możliwości świadczenia usług odbioru odpadów w zakresie transportu, a tym samym nie jest możliwe, żeby MPO osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone temu wykonawcy;
7. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 68 ust. 3 ustawy z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tj. z 2 grudnia 2020 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 110, dalej: „ustawa o elektromobilności”) przez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia MPO, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, podczas gdy MPO nie spełnia warunku posiadania udziału pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie użytkowanych pojazdów na poziomie co najmniej 10%, a tym samym nie jest możliwe, żeby MPO osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone temu wykonawcy;

8. art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r., poz. 2434) przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, a w szczególności wszelkich dokumentów potwierdzających spełnianie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia Spełnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokumentów dotyczących lub związanych z negocjacjami

prowadzonymi pomiędzy Zamawiającym, a Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

9. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2024/14 w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokk przez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy MPO, co stanowiło nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; z ostrożności, w przypadku uznania, że zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp,

10. art. 16 Pzp w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 TFUE w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokk przez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości.

Odwołujący MS-EKO wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia prowadzonego Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, mimo niewykazania przesłanek ustawowych uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób, ewentualnie, w przypadku uznania, że brak jest podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami zgodnie z wnioskiem Odwołującego skierowanym na podstawie art. 74 Pzp.

KIO 194/22

24 stycznia 2022 r. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Remondis lub Odwołujący Remondis), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 194/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 Pzp w zw. z §3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r.

w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) przez brak zamieszczenia przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przed udzieleniem zamówienia podczas, gdy przepisy nakładają na zamawiającego niniejszy obowiązek publikacji,

2. art. 213 ust. 2 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, podczas gdy zamawiający zobowiązany był do tego rodzaju działania,

3. art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 i 18 Pzp w zw. z 52 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) przez niewyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy wybór trybu niekonkurencyjnego

możliwy jest wyłącznie na zasadzie wyjątku (odstępstwa od zasady) i w związku z tym wymaga szerokiego uzasadnienia oraz powołania wszelkich danych źródłowych umożliwiających weryfikację jego prawdziwości,

4. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że zamawiający sprawuje nad osobą prawną (MPO) kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, podczas gdy sam fakt ogólnych powiązań nie jest wystarczającą przesłanką do uznania spełnienia rzeczowego warunku kontroli,
5. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że ponad 90% działalności MPO dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy niniejsza przesłanka nie została spełniona,
6. 6.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że w MPO nie ma bezpośredniej partycypacji kapitału prywatnego,
7. art. 214 ust. 9 Pzp lub 29 ust. 2 Pzp przez wprowadzenie podwykonawstwa lub podział zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy,
8. art. 213 ust. 1 Pzp w zw. z art. 217 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zamiar udzielenia przez zamawiającego zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy podczas, gdy zamawiający nie spełnił obowiązku przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji i projektowanych postanowień zawieranej umowy oraz nie przeprowadził z wykonawcą negocjacji,
9. art. 8 Pzp w zw. z art. 58 Kc w związku z art. 4 ustawy o gospodarce komunalnej przez powzięcie zamiaru zawarcia umowy bez wymaganej przepisami szczególnymi uchwały Rady Miasta, w przedmiocie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej, która to uchwała podlega kontroli sądowno-administracyjnej,
10. art. 8 Pzp w zw. z art. 58 Kc zw. z art. 107, 108 ust. 3 TFUE z uwagi na niezgodną z prawem czynność Zamawiającego która prowadzi do udzielenia na rzecz wykonawcy MPO niezgodnej z przepisami Traktatu pomocy publicznej oraz przez zaniechanie przez Zamawiającego skierowania do Komisji Europejskiej notyfikacji o zamiarze udzielenia pomocy publicznej na rzecz MPO w wysokości (blisko) 1 mld złotych,
11. art. 8 Pzp w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 166 Konstytucji i motywu (6) i (7) Dyrektywy 2014/24/UE i 107 TFUE przez uznanie, że udzielenie zamówienia bezpośredniego in-house dotyczy usług zdefiniowanych jako „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym” (dalej: UOIG), a w związku z tym nie podlega zakazowi udzielenia pomocy publicznej, podczas gdy jeżeli na rynku istnieją podmioty podejmujące się i mogące podjąć się wykonania zamówienia na warunkach jak planowane przez Zamawiającego w zamówieniu, usługa taka nie spełnia kryteriów UOIG, w związku z tym zamówienie in-house nie służy celom wskazanym w Dyrektywie, a także jest niezgodne z przepisami dot. pomocy publicznej,
12. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 Kc w związku z art. 216 ust. 3 Konstytucji RP, art. 106 TFUE przez zamiar zawarcia umowy, która jako czynność prawna narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy dotyczące możliwości ustanawiania nowych monopolii publicznych w zakresie usług, które dostarcza rynek na warunkach wymaganych przez Zamawiającego,
13. art. 17 Pzp oraz art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, przez wykluczenie możliwości:
 - 1) udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację,
 - 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów,
14. art. 83 Pzp w zakresie obowiązku Zamawiającego do sporządzenia rzetelnej analizy potrzeb Zamawiającego, obejmującego porównanie możliwych efektów udzielenia zamówienia w wariantach wykonania zamówienia „własnymi siłami” lub zlecenia

na rzecz osób trzecich.

15. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 72 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania podziału zamówienia na części i zaniechanie udzielenia części zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym oraz zaniechanie wskazania w protokole postępowania szerokiego uzasadnienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części, podczas gdy zamawiający zobowiązany był do dokonania podziału zamówienia na części,

16. art. 99 i art. 112 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm., dalej: UCPG) przez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych UCPG elementów opisu zamówienia,

17. art. 8 Pzp w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach, z uwagi na okoliczność, że MPO nie posiada, na okres obowiązywania umowy, wymaganych zezwoleń pozwalających na magazynowanie (zbieranie odpadów),

18. art. 108 i art. 112 i art. 217 Pzp przez zaniechanie weryfikacji wykonawcy i zamiar udzielenia zamówienia podmiotowi nie posiadającemu zdolności do jego wykonania i nie dającym gwarancji należytego wykonania zamówienia, a także naruszenie art. 108, art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 68 ust. 2 ustawy z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 110 ze zm.) między innymi ze względu na niespełnianie przez MPO warunku posiadania udziału pojazdów spełniających wymogi w/w ustawy we flocie użytkowanych pojazdów samochodowych co najmniej w wysokości 10%.

19. art. 16 Pzp w zw. z art. 6d ust. 1a UCPG przez zastosowanie procedury ws. udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki podczas, gdy zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu,

20. art. 35 i 99 Pzp i 106 TFUE przez niewłaściwe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia, nieoparte żadnymi wyliczeniami, co prowadzić musiało do uznania, że „rekompensata” za świadczenie usług publicznych przyznana MPO na podstawie planowanej umowy nie nawiązuje do żadnych uwarunkowań gospodarczych a w zw. z tym jest zakazana przez przepisy prawa.

Odwolujący Remondis wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze procedury z wolnej ręki dla przedmiotowego Zamówienia
2. unieważnienia czynności zamawiającego zmierzającej do zawarcia z MPO umowy z wolnej ręki na odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów.

Dodatkowe wnioski Odwołania

1. Powołanie biegłego z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw w celu dokonania analizy podziału czynności na rzecz Miasta w poszczególnych branżach w sposób umożliwiający dokonanie weryfikacji spełnienia przesłanki o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt. b) Pzp,
2. Zadanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie:
 - 1) czy wedle art. 106 ust. 1 TFUE dopuszczalne jest udzielenie w trybie bezprzetargowym zamówienia in-house o którym mowa w art. 12 w sytuacji, gdy podmiot (beneficjent zamówienia in-house) konkuruje na rynku z innymi podmiotami na rynku;
 - 2) czy w takiej sytuacji udzielenie zamówienia na rzecz podmiotu (beneficjenta zamówienia in-house) może być traktowane jako pomoc publiczna w rozumieniu art. 107 TFUE;
 - 3) czy w takiej sytuacji wynagrodzenie przyznawane podmiotowi (beneficjentowi zamówienia in-house) może być rozumiane w świetle art. 107 TFUE jako pomoc publiczna,

4) czy nawiązywanie na rynku relacji finansowych w ramach konsorcjów, kredytów, umów o finansowanie, oznacza bezpośrednią partycypację kapitału prywatnego w kontrolowanym podmiocie, o którym mowa w art. 12 Dyrektywy 2014/12/UE.

195/22

24 stycznia 2022 r. wykonawca PreZero Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: PreZero lub Odwołujący PreZero), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 195/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z § 2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw.

z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp przez zamiar udzielenia zamówienia publicznego MPO w sytuacji niewykazania przez Zamawiającego (w sposób faktyczny, rzetelny i niebudzący wątpliwości) zaistnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp, a tym samym niewykazania, że możliwe jest udzielenie MPO przedmiotowego zamówienia w tym trybie, co dodatkowo naruszało prawo Odwołującego i innych zainteresowanych podmiotów do zweryfikowania prawidłowości zamiaru zastosowania przez Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym trybu „z wolnej ręki”;

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych przez zamiar udzielenia zamówienia publicznego MPO w sytuacji, gdy udzielenie przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki” nie zapewniałoby (i nie zostało to wykazane przez Zamawiającego) najlepszej jakości usługi uzasadnionej charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, i nie zapewniałoby uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (w szczególności nie powoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych), w porównaniu z jakością i efektami, które można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego;

3. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 Uokk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 Uokk w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z § 2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sposób nieuzasadniony i który stanowił naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący PreZero wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

KIO 198/22

24 stycznia 2022 r. J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej (dalej: Lekaro lub Odwołujący Lekaro), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 198/22 w którym zaskarżyła niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 216 ust. 1 Pzp przez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp;
2. art. 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której przedmiotem udzielanego zamówienia były usługi, które zapewniane są na rynku przez wielu konkurencyjnych wykonawców, na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców, nie gorszym od poziomu deklarowanego przez MPO;
3. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady proporcjonalności wskutek wyboru trybu (wolna ręka na podstawie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp), który był nieadekwatny do zrealizowania obiektywnie określonych celów zamówienia publicznego, a także, który nie zapewnia najlepszej jakości usług oraz najlepszych efektów zamówienia;
4. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp przez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której nie została spełniona przesłanka, zgodnie z którą ponad 90% średniego przychodu wykonawcy za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego.

Odwołujący Lekaro wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący Lekaro w oparciu o art. 267 TFUE wniósł o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej następującego pytania prejudycjalnego:

„Czy art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, jak również dopuszcza udzielenie zamówienia w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w stosunku do zamówienia publicznego o dowolnym przedmiocie, niezależnie od tego, czy usługi, dostawy, roboty budowlane będące jego przedmiotem są zapewniane na rynku właściwym przez wielu wykonawców, nie tylko przez wybranego, po cenach i na poziomie spełniającym wymagania instytucji zamawiającej?”.

KIO 199/22

24 stycznia 2022 r. wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Partner lub Odwołujący Partner), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 19/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2) Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z 23 grudnia 2020 r. oraz w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp - przez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu, podczas gdy informacje te były wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;
2. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 3 ppkt 8) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp - przez brak zamieszczenia w Ogłoszeniu w ramach informacji dotyczących krótkiego opisu przedmiotu zamówienia informacji o zakresie, rodzaju i ilości odpadów, które miałyby stanowić przedmiot zamówienia oraz okresu, na jaki miałyby zostać zawarta przedmiotowa umowa, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;
3. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp w związku z art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2014/24 - przez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO, podczas gdy Zamawiający nie sprawuje nad MPO kontroli, która odpowiadałaby kontroli sprawowanej nad jej własnymi jednostkami;
4. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w związku z art. 214 ust. 5 Pzp oraz art. 12 ust. 1

lit. b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24 - przez brak wykazania spełnienia przesłanki dotyczącej średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczącego MPO, w tym brak dowodów, w związku z czym nie można było ustalić procentu działalności wykonywanej przez MPO na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki,

5. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w związku z art. 214 ust. 9 Pzp w zw. z art. 58 Kc - przez przyjęcie, że możliwym było udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO, którego przedmiotem miała być usługa odbioru i transportu 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, podczas gdy MPO nie posiada niezbędnych zasobów technicznych i możliwości świadczenia usług odbioru i transportu tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby MPO osobiście wykonało główne części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce;

6. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 83 Pzp oraz art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 1 Pzp - przez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, a udzielenie zamówienia nie naruszało zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewniłoby najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoliłoby na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że zasady te zostaną zachowane, co powinno wynikać z przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, do której był zobowiązany na podstawie art. 83 Pzp;

7. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w związku z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24 w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 Uokk, a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE przez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24 było wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy spełnienie tych przesłanek nie jest samo w sobie zgodne z ww. bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa UE, co wynika z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sprawie Irgita C-285/18), a także z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy działanie Zamawiającego było sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

Odwołujący Partner wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, ponieważ było ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających stan prawny i faktyczny przedstawiony w ogłoszeniu.

Odwołujący Partner wniósł ponadto o:

1. dopuszczenie na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 539 ust. 1 Pzp i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny, jaki procent przychodów MPO był wynikiem realizacji zadań powierzonych (w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp tej spółce przez Zamawiającego, w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi ponad 90% średnich przychodów MPO za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.
2. skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej następujących pytań prejudycjalnych:
 - A. Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24 w świetle wyroku Trybunału w sprawie Irgita C-285/18 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku wyłączenia wskazanych

w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TFUE, w tym w szczególności art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE?

B. Czy użyte w art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24 sformułowanie „...w ramach wykonywania zadań powierzonych” należy interpretować jako obejmujące wyłącznie zadania, które zostały zlecone danemu podmiotowi z wyłączeniem stosowania przepisów Dyrektywy 2014/24 w sposób bezpośredni (bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania), czy też obejmuje ono również sytuacje, w których określone zadanie zostało zlecone danemu podmiotowi po uprzednim przeprowadzeniu postępowania konkurencyjnego na podstawie przepisów Dyrektywy 2014/24?

C. Czy warunki wskazane w art. 12 Dyrektywy 2014/24 powinny być spełnione zawsze w sytuacji, w której podmiot mający status „zamawiającego” zamierza zlecić wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych podmiotowi, który ma odrębną od niego osobowość prawną, czy też warunki te powinny być spełnione jedynie, gdy zlecenie takie następuje w formie umowy prawa cywilnego? Jeśli warunki wskazane w art. 12 Dyrektywy 2014/24 powinny być spełnione zawsze w sytuacji,

w której podmiot mający status zamawiającego zamierza zlecić wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych podmiotowi, który ma odrębną od niego osobowość prawną, to czy do takiego zlecenia znajdują zastosowanie te same zasady dotyczące np. możliwości (lub braku możliwości) korzystania przez „wykonawcę” z podwykonawstwa dotyczącego tak zleconych mu usług, dostaw lub robót budowlanych?

D. Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na sytuację, w której całość lub istotna część zamówienia, które zostaje udzielone wykonawcy na jego podstawie, została przez tego wykonawcę następnie podzlecona innemu wykonawcy, którego nie wiążą z zamawiającym (zamawiającymi) jakiegokolwiek relacje, czy też, że mechanizm tzw. zamówień in-house wymaga, aby całość lub istotna część zamówienia udzielanego na jego podstawie była wykonywana osobiście przez wykonawcę, któremu zostaje ono udzielone?

E. Czy art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że dla obliczania minimum 90% przychodów uzyskiwanych przez kontrolowaną osobę prawną w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, który udziela jej danego zamówienia, wlicza się przychody z zadań powierzonych, które to zadania dana osoba prawna zleca swoim podwykonawcom, czy też wlicza się jedynie przychody, z zadań powierzonych, które dana osoba prawna wykonuje osobiście?

KIO 202/22

24 stycznia 2022 r. M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne BŁYSK M. M. z siedzibą w Łomży (dalej: Błysk lub Odwołujący Błysk), wniosła odwołanie o sygn. akt KIO 202/22 w którym zaskarżyła niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp oraz art. 272 Pzp a także § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych przez 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 Pzp i ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „UCPG”) oraz opisanie struktury właścicielskiej MPO:

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp przez 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 Pzp w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 oraz art. 106 TFUE,

a także art. 18 Dyrektywy 2014/24 przez niezastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp naczelnych zasad dotyczących zamówień publicznych, w tym zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4. art. 9 Uokk w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp oraz art. 16 Pzp przez 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 Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp przez 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący ponadto wniósł 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 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 2021 r.

KIO 205/22

24 stycznia 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: Fart-Bis lub Odwołujący Fart-Bis), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 205/22 w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 216 ust. 1 Pzp, art. 267 ust. 1 i art. 267 ust. 2 pkt 9 Pzp w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz art. 16 pkt 2 Pzp, przez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, podczas gdy informacje te były wymagane i konieczne na podstawie przepisów objętych tym zarzutem,

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp, przez przyjęcie, że Zamawiający wykazał spełnienie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki i uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy z ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia spełnienie tej przesłanki nie wynikało,

3. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2014/24, przez błędne uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPO dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy przychody MPO z tzw. działalności komercyjnej nie pozwalały na osiągnięcie tego wskaźnika,

4. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp, przez błędne uznanie, że Zamawiający sprawuje

nad MPO kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;

5. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, przez wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia zamówienia MPO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia w tym trybie i zawarcie umowy z MPO doprowadzi

do realizacji zasad określonych w przywołanych przepisach, a nadto w sytuacji, gdy obiektywnie nie jest możliwe zapewnienie, w przypadku niniejszego zamówienia, najlepszej jakości usług, uzasadnionych charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów, bez umożliwienia konkurencyjnej walki wykonawców o to zamówienie;

6. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24 w związku z art. 4 pkt 1 lit. a w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 Uokk, przez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24, przez niezapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, mimo braku przesłanek dla udzielenia zamówienia w tym trybie, co skutkowało nadużyciem przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym i stanowi przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Odwołujący Fart-Bis wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla tego zamówienia;
2. unieważnienia czynności zmierzającej do zawarcia z MPO umowy z wolnej ręki na odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów.

Odwołujący Fart-Bis dodatkowo wniósł o zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 Pzp, do przedstawienia informacji i dokumentów:

3. na podstawie których Zamawiający uznał, że sprawuje nad MPO kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) Pzp, w tym w szczególności raportów, analiz i dokumentów źródłowych, które legły u podstaw tego uznania, o na podstawie których Zamawiający uznał, że ponad 90% przychodów MPO pochodziło z wykonywania zadań powierzonych spółce przez Zamawiającego, tj. potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp, w tym w szczególności raportów, analiz i dokumentów źródłowych, które legły u podstaw tego uznania;

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny ekonomii i analiz ekonomicznych, na podstawie art. 531 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 Pzp i art. 539 ust. 1 Pzp i art. 534 ust. 1 Pzp, w przedmiocie dokonania oceny, jaki procent przychodów MPO stanowi realizacja zadań powierzonych jej przez Zamawiającego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi ponad 90% średnich przychodów MPO za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Zamawiający wniósł odpowiedź na wszystkie odwołania pismem z 7 lutego 2022 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przed otwarciem posiedzenia Izby i wniósł o ich oddalenie w całości.

Następnie, w tym samym dniu Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację o unieważnieniu postępowania. Jako przyczynę unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał w punkcie 5.2.1. Ogłoszenia o wyniku postępowania (2022/BZP 00049292/01) co następuje:

„Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. 2020 poz. 2439), ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy Pzp - w prowadzonym w trybie wolnej ręki postępowaniu negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Po analizie treści uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zawartego w zamieszczonym w dniu 14 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00020418/01 ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, w związku z koniecznością zapewnienia maksymalnej transparentności postępowania oraz udostępnienia zainteresowanym stronom, w tym stronom zainteresowanym zakwestionowaniem wyboru trybu udzielania zamówienia w drodze środków ochrony prawnej, wszystkich niezbędnych danych wymaganych przepisami ww. rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w tym danych o przychodach wskazanego wykonawcy za rok 2021, a tym samym koniecznością doszczegółowienia ogłoszenia i uzasadnienia w wymaganym zakresie, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie.

Wobec faktu, iż wniesione w dniu 24 stycznia br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania zawierają szereg różnie sformułowanych zarzutów dotyczących zarówno braku wystarczającego uzasadnienia faktycznego i informacji wymaganych w przepisach powołanego powyżej rozporządzenia, jak też materialnego braku spełniania przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, niemożliwe jest proste naprawienie postępowania przez uwzględnienie odwołań i zmianę treści ogłoszenia. Rodziłoby to niepewność prawną co do charakteru i zakresu powołanych czynności Zamawiającego, terminów na korzystanie ze środków ochrony prawnej oraz oceny skutków powyższego dla bezpieczeństwa prawnego umowy.

Ponadto postępowanie podlega unieważnieniu w oparciu o przesłankę z art. 255 pkt 8 ustawy Pzp - w obecnym stanie niepewności prawnej i kształcie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy negocjacje nie doprowadziły i nie mogą doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Jak podkreśla się w piśmiennictwie (np. w Komentarzu pod red. H. Nowaka, UZP), strony nie są zobowiązane do zawarcia umowy w prowadzonym w trybie z wolnej ręki postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

8 lutego 2022 r. Odwołujący Lekaro przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania o sygn. akt KIO 198/22.

W toku posiedzenia z udziałem stron 8 lutego 2022 r. Zamawiający oświadczył, że dokonana przez niego czynność unieważnienia postępowania może zostać uznana za uwzględnienie odwołań w zakresie konieczności uzupełnienia uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki. Przystępujący MPO oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołań przez Zamawiającego.

Wobec oświadczenia Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołań wszyscy odwołujący (poza Lekaro) złożyli oświadczenia o wycofaniu pozostałych zarzutów swoich odwołań.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym

postępowaniu odwoławczym na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołań, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Izba orzekła też o zwrocie Odwołującym (za wyjątkiem Odwołującego Lekaro) pełnych kwot wpisu, gdyż zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, koszty określone w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W zakresie odwołania KIO 198/22 o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r., nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego Lekaro zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczony tytułem wpisu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 Pzp.

Przewodniczący: