

Sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22

WYROK

z dnia 16 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Młacka

Anna Osiecka

Protokolanci: Piotr Cegłowski

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8, 11, 12, 13, 14 kwietnia 2022 r. oraz 9 i 11 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez Odwołujących:

- A. MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa (sygn. akt KIO 561/22),
- B. Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 563/22),
- C. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami, Al. Jerozolimskie 53/lok. 508, 00-697 Warszawa, (sygn. akt KIO 573/22),
- D. EKO-KONSULT Biuro Doradczo-Prawne sp. z o.o., ul. Elewatorska 11/1, 15-620 Białystok (sygn. akt KIO 574/22),
- E. M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "BŁYSK" M. M., ul. Przykoszarowa 22A, 18-400 Łomża, (sygn. akt KIO 575/22),
- F. J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianki (sygn. akt KIO 577/22),
- G. PreZero Warszawa Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 579/22),
- H. Partner Sp. z o.o. sp. k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa (sygn. akt KIO 581/22),
- I. Jarper Sp. z o.o., Al. Krakowska 108A, 05-552 Kolonia Warszawska (sygn. akt KIO

587/22),

J. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o., ul. Ks. Piotra Ściegiennego 268 a, 25-116 Kielce (sygn. akt KIO 589/22),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, Pl.

Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22 i KIO 589/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 A. Odwołujący MS-EKO Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 561/22)

I. 1 Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. art. 214 ust. 5 PZP poprzez

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),

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 1 1 PZP w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp poprzez 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,

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w

m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

B. Odwołujący Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 563/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 PZP poprzez nieprawidłowe uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy niniejsza przesłanka nie została spełniona,

- naruszenia art. 214 ust. 9 PZP poprzez wprowadzenie podwykonawstwa

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

C. Odwołujący Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami (sygn. akt KIO 573/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia tzw. zamówienia in-house, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał spełnienia warunków określonych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, a w szczególności nie wykazał, że ponad 90% działalności MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego,

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. art. 214 ust. 9 Pzp poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie Zamówienia MPO, podczas gdy MPO 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 jest możliwe, aby MPO osobiście wykonało wszystkie części Zamówienia, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia,

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

D. Odwołujący EKO-KONSULT Biuro Doradczo-Prawne sp. z o.o. (sygn. akt KIO 574/22)

1.1 Oddala odwołanie w całości.

E. Odwołujący M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "BŁYSK" M. M. (sygn. akt KIO 575/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia 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 Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. (dalej: „MPO”) na rzecz Zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę,

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 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,

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

F. Odwołujący J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro J. Z. (sygn. akt KIO 577/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp poprzez 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
i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

G. Odwołujący PreZero Warszawa Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 579/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego MPO w sposób niezgodny z przewidzianymi w Pzp warunkami udzielenia takiego zamówienia, tj. w sytuacji niespełnienia przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego jako zadań powierzonych, a co najmniej 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 Pzp

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

H. Odwołujący Partner Sp. z o.o. sp. k. (sygn. akt KIO 581/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia 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/UE w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt.

4 ppkt 2) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia - poprzez zamieszczenie w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu informacji, z których nie wynika, że jest spełniona przesłanka dotycząca średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczące MPO Warszawa,

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 214 ust. 9 PZP w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego - poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO Warszawa, którego przedmiotem ma 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 Warszawa nie posiada niezbędnych zasobów technicznych i możliwości świadczenia usług odbioru i transportu tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby MPO Warszawa osobiście wykonało główne części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

I. Odwołujący Jarper Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 587/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w zw. z art. 214 ust. 5 PZP poprzez zamiar

udzielenia zamówienia in - house osobie prawnej w stosunku, do której nie zachodzi przesłanka, iż ponad 90% jej działalności kontrolowanej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę,

- naruszenia art. 214 ust. 9 PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in - house osobie prawnej, która świadczenia wchodzące w skład przedmiotu zamówienia wykonuje przy pomocy podwykonawców,

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV/22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

J. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 589/22)

1.1. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu:

- naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp, poprzez przyjęcie, że Zamawiający wykazał spełnienie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki i uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów spełnienie tej przesłanki nie wynika

i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i dalsze czynności podjęte dotychczas w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV/22/22) dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

1.2 Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odpowiednio Zamawiającego i Odwołujących w sprawach połączonych stosunkowo do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 150.000 zł 00 gr. (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 561/22, sygn. akt KIO 563/22, sygn. akt KIO 573/22, sygn. akt KIO 574/22, sygn. akt KIO 575/22, sygn. akt KIO 577/22, sygn. akt KIO 579/22, sygn. akt KIO 581/22, sygn. akt KIO 587/22, sygn. akt KIO 589/22 tytułem wpisów od odwołań, a także kwotę 66.021 zł 96 gr (słownie: sześćdziesiąt sześć tysięcy dwadzieścia jeden złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy) tytułem łącznej kwoty kosztów stron poniesionych w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania w związku z dopuszczalnymi kosztami pełnomocników Odwołujących (sprawy o sygn. akt KIO 563/22, sygn. akt KIO 573/22, sygn. akt KIO 575/22, sygn. akt KIO 579/22, sygn. akt KIO 581/22, sygn. akt KIO 587/22, sygn. akt KIO 589/22) oraz kosztami pełnomocnika Zamawiającego we wszystkich sprawach odwoławczych.

2.2 Zasądza od Zamawiającego na rzecz:

2.2.1 Odwołującego MS-EKO Sp. z o.o. kwotę 5.700 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 561/22;

2.2.2 Odwołującego Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami kwotę 5.280 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 573/22.

2.2.3 Odwołującego M. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "BŁYSK" M. M. kwotę 5.280 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 575/22.

2.2.4 Odwołującego J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro J. Z. kwotę 3.800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 577/22.

2.2.5 Odwołującego PreZero Warszawa Sp. z o.o. kwotę 3.800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 579/22.

2.2.6 Odwołującego Partner Sp. z o.o. sp. k. kwotę 5.280 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 581/22.

2.2.7 Odwołującego Jarper Sp. z o.o. kwotę 7.208 zł 78 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście osiem złotych siedemdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 587/22.

2.2.8 Odwołującego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. kwotę 1.950 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie sygn. akt KIO 589/22.

2.3 Zasądza od Odwołującego EKO-Konsult Biuro Doradczo-Prawne Sp. z o.o. na rzecz

Zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 574/22.

2.4 Zasądza od Odwołującego Remondis Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawa kwotę 1.380 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 563/22.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22,

KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22

Uzasadnienie

Odwolania zostały wniesione w dniu 28 lutego 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w Warszawie od 1.07.2022r. (dzielnice: Białoleka, Targówek; Ochota, Ursus, Włochy; Śródmieście; Bemowo i Wola) i od 1.10.2022r.(Mokotów)” (numer referencyjny: ZP/JK/271/IV22/22).

Zamawiający zamieścił w dniu 18.02.2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00062472 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę jest Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako MPO). Jak wynika z treści Ogłoszenia wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 973 781 801 zł, a zatem wartość zamówienia przekracza progi unijne. Tym samym termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp upływał w dniu 28 lutego 2022 r.

Na czynność wyboru trybu i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w celu udzielenia zamówienia MPO odwołania wnieśli: MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 561/22), Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 563/22), Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami (sygn. akt KIO 573/22), EKO-KONSULT Biuro Doradczoprawne sp. z o.o.(sygn. akt KIO 574/22), Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. (sygn. akt KIO 575/22), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. (sygn. akt KIO 577/22), PreZero Warszawa Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 579/22), Partner Sp. z o.o. sp.k. (sygn. akt KIO 581/22), Jarper Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 587/22), Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 589/22).

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniami z dnia 3 marca 2022 r. na podstawie na podstawie art. 544 ust. 2 ustawy Pzp skierował odwołania do łącznego rozpoznania przez trzyosobowy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniach podniesiono zarzuty i żądania związane z wyborem trybu zamówienia z wolnej ręki, jako czynności mającej prowadzić do naruszenia przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych i innych ustawy szczególnych wskazanych w poszczególnych odwołaniach.

I (sygn. akt KIO 561/22)

Odwolujący MS-EKO Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp w zw. z art. Art. 214 ust. 5 PZP poprzez 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 z uzasadnienia faktycznego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wynika, że do obliczenia wspomnianych 90% zostały uwzględnione przychody osiągnięte przez MPO w związku z zawartą pomiędzy Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów oraz przychody ze sprzedaży energii elektrycznej;
2. art. 214 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp poprzez 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;

3. art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r., poz. 2434) poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu postępowania zgodnie z wnioskiem Odwołującego skierowanym na podstawie art. 74 Pzp, w szczególności dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych i sporządzenia Raportu niezależnego biegłego rewidenta dla Prezydenta m.st. Warszawy z audytu spełniania przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności dokumentów wymienionych w załączniku nr 1 do wspomnianego raportu;

4. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L94 z 28.3.2014, s. 65, dalej: „Dyrektywa”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego

2007 r. (tj. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. Zm., dalej: „uokik”) poprzez 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 stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu 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 1 Pzp

5. art. 16 PZP w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, dalej: „TFUE”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez 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 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie 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, pomimo 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 załączników do protokołu postępowania zgodnie z wnioskiem Odwołującego skierowanym na podstawie art. 74 Pzp, w szczególności dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych i sporządzenia Raportu niezależnego biegłego rewidenta dla Prezydenta m.st. Warszawy z audytu spełniania przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, w szczególności dokumentów wymienionych w załączniku nr 1 do wspomnianego raportu.

II (sygn. akt KIO 563/22)

Odwołujący Remondis Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu:

Zarzuty dot. publikacji i uzasadnienia decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru trybu

naruszenie:

1. art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z 53 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) poprzez 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 pkt 1), 2) i 3) PZP poprzez zaniechanie przez przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do tego rodzaju działania,
3. art. 23 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm., dalej „Kodeks cywilny”) oraz art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez nieprawidłową publikację oraz nieprawidłowe sporządzenie planu postępowań o udzielenie zamówień (obejmującego niniejsze zamówienie), w sposób mający na celu obejście ustawy i niezapewnijący zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest opublikować plan z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym identyfikację przez potencjalnych wykonawców zamierzeń Zamawiającego co do zasad udzielania zamówień,
4. art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i 18 ust. 1 PZP w zw. z 52 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) poprzez 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,

Zarzuty dot. braku wystąpienia przesłanek o których mowa w art. 214 PZP (naruszenia):

5. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) PZP poprzez 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 rzeczzonego warunku kontroli,
6. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 PZP poprzez nieprawidłowe uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy niniejsza przesłanka nie została spełniona,
7. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. c) PZP poprzez nieprawidłowe uznanie, że w przedsiębiorstwie MPO nie ma bezpośredniej partycypacji kapitału prywatnego;
8. art. 214 ust. 9 PZP lub 29 ust. 2 PZP poprzez wprowadzenie podwykonawstwa lub podział zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy,
9. art. 213 ust. 1 PZP w zw. z art. 217 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny poprzez zamiar udzielenia przez Zamawiającego zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy podczas, gdy Zamawiający nie przeprowadził z MPO negocjacji w sposób wymagany przepisami, a podjęte w tym przedmiocie przez Zamawiającego działania zostały przeprowadzone dla pozu,

Zarzuty odnoszące się do nieważności czynności prawnej na podstawie bezwzględnie

obowiązujących przepisów prawa:

10. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 4 ust. 1 pkt 1) ustawy o gospodarce komunalnej poprzez powzięcie zamiaru zawarcia umowy bez wymaganej przepisami szczególnymi uchwały Rady Miasta w przedmiocie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej, która to uchwała podlega kontroli sądowo-

administracyjnej,

11. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy Kodeks cywilny zw. z art. 107 ust. 1, art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „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,

12. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 166 Konstytucji i motywu (6) i (7) Dyrektywy 2014/24/UE i art. 107 ust. 1, art. 14 Traktatu o

funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie 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 niezgodna z przepisami dot. pomocy publicznej,

13. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 SI ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 216 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 106 ust. 1 TFUE poprzez 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,

14. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm., dalej „UCPG”) oraz art. 91 ust. 1 PZP poprzez zamiar udzielenia dwóch zamówień publicznych oraz zawarcia dwóch umów na ten sam przedmiot usług podczas, gdy określony przedmiot usług może być objęty wyłącznie jednym zamówieniem publicznym oraz jedną umową.

Zarzuty odnoszące się do naruszenia przepisów ustawy PZP mających zastosowanie do

trybu z wolnej ręki:

15. art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy PZP oraz art. 44 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, poprzez 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,

16. art. 83 ust. 1 ustawy PZP w zakresie obowiązku Zamawiającego do sporządzenia rzetelnej analizy potrzeb Zamawiającego, obejmującej porównanie możliwych efektów udzielenia zamówienia w wariantach wykonania zamówienia „własnymi siłami” lub zlecenia na rzecz osób trzecich.

17. art. 91 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 72 ust. 1 PZP w zw. z art.

16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy Kodeks

cywilny poprzez faktyczne niedokonanie przez Zamawiającego podziału zamówienia na części i zaniechanie udzielenia części zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym oraz zaniechanie wskazania w protokole postępowania szerokiego uzasadnienia kwestii podziału zamówienia na części, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania

podziału zamówienia na części w sposób prowadzący do rozwoju konkurencyjności,

18. art. 99 ust. 1 i 2 i art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 6d ust. 4 UCPG poprzez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych UCPG elementów opisu zamówienia,

19. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny 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),

20. art. 108 i art. 112 ust. 1 i art. 217 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie weryfikacji wykonawcy i zamiar udzielenia zamówienia podmiotowi nie posiadającemu zdolności do jego wykonania i nie dającemu gwarancji należytego wykonania zamówienia,

21. art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 6d ust. 1a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 888 ze zm., dalej: „UCPG”) poprzez zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki podczas, gdy zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu,

22. art. 35 ust. 1 pkt 2) i 99 ust. 1 PZP i 106 ust. 1 TFUE poprzez niewłaściwe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia, niepoparte żadnymi wyliczeniami, co prowadzić musi 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze procedury z wolnej ręki i 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.

III (sygn. akt KIO 573/22)

Odwołujący Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp poprzez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów, a nadto z zasady przejrzystości określonej art. 16 pkt 2 Pzp;

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia tzw. zamówienia in house, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał spełnienia warunków określonych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, a w

szczegółności nie wykazał, że ponad 90% działalności MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego;

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 dnia 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") poprzez błędne przyjęcie, że spełnione zostały względem MPO warunki udzielenia tzw. zamówienia in house określone wskazanymi przepisami, a w szczególności warunek polegający na tym by ponad 90% działalności podmiotu, któremu udzielane jest to zamówienie dotyczyło wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę, w sytuacji gdy istotna część przychodów MPO pochodzi 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 Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 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") oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), wprowadzającymi zasadę swobodnego przepływu towarów, swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości poprzez 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 b) 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 Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 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") oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), wprowadzającymi zasadę swobodnego przepływu towarów, swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości oraz w zw. art. 58 kc poprzez 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 pośredniczenia w zawieraniu umów na zagospodarowanie odpadów i administrowania nimi, 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 poprzez 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;

7. art. 102 i 106 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (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 dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie 18 października 2021 konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275 j.t. ze zm., dalej: „Uokik”) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 Uokik, poprzez 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 udzielenia Zamówienia w warunkach niniejszej sprawy jest sprzeczny z zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający wszczynając niniejsze Postępowanie, nadużył swojej pozycji dominującej;

8. art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia Zamówienia MPO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że działanie polegające na wyłączeniu konkurencyjnej walki wykonawców o Zamówienie i nie zastosowaniu do udzielenia Zamówienia np. trybu przetargu nieograniczonego jest działaniem proporcjonalnym do celów, jakie Zamawiający zamierza zrealizować i skutków, jakie taki sposób udzielenia zamówienia publicznego niesie ze sobą;

9. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. art. 214 ust. 9 Pzp poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie Zamówienia MPO, podczas gdy MPO 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 jest możliwe, aby MPO osobiście wykonało wszystkie części Zamówienia, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

IV (sygn. akt KIO 574/22)

Odwołujący EKO-KONSULT Biuro Doradczo-Prawne Sp. z o.o.

Odwołujący zażądał unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

V (sygn. akt KIO 575/22)

Odwołujący Usługi Komunalne „BŁYSK” M. M. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

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;

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 Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. (dalej: „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 naczelných 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.

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

VI (sygn. akt KIO 577/22)

Odwołujący Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.
zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 214 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 z późn. Zm.) - dalej: „ustawa Pzp” - poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której przedmiotem udzielanego zamówienia są 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 sp. z o.o., a w konsekwencji nie mogą być przedmiotem udzielanego zamówienia;
- 2) art. 16 pkt 3) w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady proporcjonalności wskutek wyboru trybu (wolna ręka na podstawie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11), który jest nieadekwatny do zrealizowania obiektywnie określonych celów zamówienia publicznego, a także, który nie zapewnia najlepszej jakości usług oraz najlepszych efektów zamówienia;
- 3) art. 214 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp poprzez 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;

- 4) art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. Zm.) - dalej: „ustawa uokik” - poprzez nadużycie pozycji dominującej w wyniku wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, co prowadzi do sztucznego zawężenia konkurencji i uprzywilejowania jednego z wykonawców działających na rynku tj. MPO sp. z o.o.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

VII (sygn. akt KIO 579/22)

Odwołujący PreZero Warszawa Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego MPO w sposób niezgodny z przewidzianymi w Pzp warunkami udzielenia takiego zamówienia, tj. w sytuacji niespełnienia przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego jako zadań powierzonych, a co najmniej 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 Pzp;
- 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 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sytuacji, gdy udzielenie przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki” nie zapewnia (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 zapewnia uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych 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. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm., dalej jako „Dyrektywa 2014/24/WE”) w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r.,

poz. 275 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez zamiar

udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sposób nieuzasadniony i który stanowi naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1

pkt 11 Pzp.

VIII (sygn. akt 581/22)

Odwolujący Partner Sp. z o.o. sp. k. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 17 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2) PPZ w zw. z art. 83 PZP i 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) Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) („Rozporządzenie”) - poprzez zamieszczenie w ramach uzasadnienia

faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu informacji, z których nie wynika, aby Zamawiający udzielał zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów, podczas gdy z przytoczonych regulacji wynika, że Zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający realizację zasady efektywności;

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP w związku z art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE2 („Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 4 ppkt 2) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia - poprzez zamieszczenie w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu informacji, z których nie wynika, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO Warszawa, podczas gdy Zamawiający nie sprawuje nad MPO Warszawa kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej nad jej własnymi jednostkami;

3. 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/UE w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 4 ppkt 2)

Załącznika nr 2 do Rozporządzenia - poprzez zamieszczenie w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu informacji, z

których nie wynika, że jest spełniona przesłanka dotycząca średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczące MPO Warszawa, w tym:

- błędną kwalifikację przychodów uzyskiwanych przez MPO Warszawa z tytułu zamówień realizowanych przez tę spółkę, które zostały przez nią uzyskane w wyniku konkurencyjnych procedur przetargowych;
- błędną kwalifikację przychodów uzyskiwanych przez MPO Warszawa z tytułu usługi zagospodarowania odpadów w pełnej wysokości, podczas gdy przychody te powinny się ograniczać wyłącznie do kwot uzyskiwanych przez MPO w związku z usługą, którą MPO realizuje samodzielnie, a nie poprzez podwykonawców,
- błędną kwalifikację przychodów uzyskiwanych przez MPO z tytułu usług odbioru odpadów z Zadań 1, 2 i 3; podczas gdy usługi te są świadczone przez inne podmioty,
- rozbieżne dane, które pojawiają się w dokumentach finansowych Spółki i Raporcie biegłego rewidenta, co sprawia, że wyliczenia poziomu przychodów MPO z zadań powierzonych przez Miasto są niezetelne i niewiarygodne,

a także w związku z brakiem dowodów potwierdzających wyliczenia Zamawiającego, w związku z czym nie można ustalić procentu działalności wykonywanej przez MPO Warszawa

na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki, podczas gdy wykazanie spełnienia tej przesłanki jest obowiązkiem Zamawiającego;

4. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 214 ust. 9 PZP w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego - poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO Warszawa, którego przedmiotem ma 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 Warszawa nie posiada niezbędnych zasobów technicznych i możliwości świadczenia usług odbioru i transportu tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby MPO Warszawa osobiście wykonało główne części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce;

5. 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/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („UOKiK”) a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵ (TFUE) poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE jest 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

(„Trybunał”) sprawie Irgita C-285/18), a także z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy działanie Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) PZP.

IX (sygn. akt KIO 587/22)

Odwołujący Jarper Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in - house osobie prawnej w stosunku, do której nie zachodzi przesłanka sprawowania kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w zw. z art. 214 ust. 5 PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in - house osobie prawnej w stosunku, do której nie zachodzi przesłanka, iż ponad 90% jej działalności kontrolowanej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę;

3. art. 214 ust. 9 PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in - house osobie prawnej, która świadczenia wchodzące w skład przedmiotu zamówienia wykonuje przy pomocy podwykonawców;

4. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zamiar zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie nieważna z mocy prawa w następstwie sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275 - „UoKiK”);

5. art. 216 ust. 1 PZP w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439 - „Rozp. z spr. ogłoszeń”) poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy niezawierające treści wymaganej przepisami prawa;

Mając na uwadze powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o. ul. Księdza Piotra
Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1) art. 16 pkt 2, art. 17 ust. 1 w zw. z art. 83 Pzp i 214 ust. 1 pkt 11, art. 216 ust. 1 Pzp w

zw. z art. 267 ust. 1 i art. 267 ust. 2 pkt 9 Pzp w zw. z pkt. 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439), poprzez wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, mimo że z uzasadnienia faktycznego i prawnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy oraz analizy potrzeb i wymagań nie wynika spełnienie przez Zamawiającego zasady efektywności w ramach tego trybu udzielenia zamówienia;

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

3) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp. w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 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"), poprzez błędne uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy przychody MPO z tzw. działalności komercyjnej nie pozwalają na osiągnięcie tego wskaźnika,

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

Mając na względzie powyższe zarzuty, wnioskuję o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla tego zamówienia, nakazanie Zamawiającemu 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.

Zamawiający w pismach z 14.03.2022 r. oraz z 7.04.2022 r. odniósł się do zarzutów i

wniosków dowodowych, w tym wniosków o powołanie biegłego oraz o skierowanie pytań

prejudycjalnych przez Krajową Izbę Odwoławczą, wskazując na ich bezzasadność.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 18.02.2022 r. (nr 2022/BZP 00062472/01) wraz z załącznikami, tj. Analiza potrzeb i wymagań zamawiającego z 17.02.2022 r., Raport niezależnego biegłego rewidenta dla Prezydenta M.st. Warszawy z audytu spełnienia przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w M.st. Warszawie Sp. z o.o. warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Ustawy prawo zamówień publicznych z 17.02.2022 r., Zestawienie - strumień odpadów dla zadań 2,3,4,7 i 9, jako dokumenty wskazane przez Zamawiającego w celu wykazania spełnienia przesłanek z art. 214 ust 1 pkt 11 Ustawy dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Izba uwzględniła również treść Umowy Wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów z 12.12.2017 r. na podstawie, której MPO powierzono realizację zadania własnego gminy z zakresu utrzymania czystości i porządku. Ponadto, Izba uwzględniła dowody zgłoszone przez strony w zakresie w jakim miały one znaczenie dla rozpoznania podstawy poszczególnych zarzutów - wskazane w dalszej części uzasadnienia.

Wnioski Odwołujących o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dodatkowych dokumentów mających uzupełniać informacje niezbędne do oceny spełnienia przesłanek Izba oddaliła uznając, iż istotnymi dla oceny decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki są informacje ujawnione przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, jako wyznaczające podstawę faktyczną i prawną wyboru trybu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Ewentualne braki w dokumentacji mogły w tej sytuacji prowadzić do uznania, iż przesłanki ustawowe nie zostały wykazane, co prowadziłoby do stwierdzenia naruszenia przepisów w zakresie wyznaczającym podstawy prawne dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego. Jednocześnie należy zauważyć, iż dokumenty powołane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu miały wiodące znaczenie, również w kontekście oceny argumentacji prezentowanej na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego, jako wyznaczające faktyczną podstawę decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, w szczególności w odniesieniu do ustalenia, czy Zamawiający przystępując do negocjacji z MPO zakładał, iż Spółka będzie korzystała z podwykonawców do wykonania usługi transportowej odpadów odbieranych z nieruchomości.

Izba oddaliła wnioski Odwołujących o powołanie biegłego z zakresu rachunkowości uznając, iż w sprawie spór nie odnosił się do podanych wyliczeń i analiz biegłego rewidenta - wskazanych w Raporcie danych księgowych, ale miał on wymiar zgola odmienny, gdyż dotyczył wykładni i stosowania przepisu Ustawy Pzp określającego jedną z przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, tj. możliwości zaliczenia do wskaźnika 90% przychodu z działalności MPO, która faktycznie nie była przez Spółkę realizowana, ale zlecana na zewnątrz podmiotom prywatnym do wykonania - w zakresie zagospodarowania odpadów. To nie kwestia rachunkowa - wyliczenia matematycznego procentu działalności spółki wymagała zajęcia stanowiska w sprawie, ale ocena prawna okoliczności faktycznej związanej ze sposobem organizacji procesu zagospodarowania odpadów wyznaczała oś sporu, do czego Izba jako organ uprawniony mogła odnieść się bez znajomości wiedzy specjalnej z zakresu rachunkowości, prowadzenia ksiąg, czy też sporządzania sprawozdań finansowych i ich analizy finansowej. Wniosek o biegłego uzasadniany potrzebą kontroli danych prezentowanych w Raporcie również nie został niczym umotywowany, poza wskazaniem na brak dostępu do danych źródłowych, na podstawie których został opracowany ten dokument. Należy zauważyć, iż rolą biegłego nie jest poszukiwanie ewentualnych podstaw do sformułowania nowych zarzutów. Skoro w odwołaniach nie była w żaden sposób podważana wiarygodność oficjalnych danych rachunkowych, nie było podstaw do przeprowadzenia dowodu, który miałby potwierdzić błędy, które nie zostały zidentyfikowane w oparciu o dostępne dane Spółki.

Izba oddaliła wniosek Remondis (sygn. akt KIO 563/22) o powołanie biegłego, który miałby wydać opinię co do prawa na okoliczności, jakie towarzyszyły wydawaniu orzeczeń w sprawach in-house na przestrzeni ostatnich lat. Zgłoszony środek dowodowy w ocenie składu orzekającego nie ma żadnej podstawy i nie zawiera żadnej tezy dowodowej.

Izba oddaliła wnioski o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba uznała, iż dla rozstrzygnięcia w przedmiocie stosowania przesłanek in-house w kontekście okoliczności wskazanych w podstawie zarzutów nie jest konieczne wystąpienie do Trybunału z pytaniami, które zostały sformułowane w wielu wariantach i w odniesieniu do różnych aspektów prawnych związanych z rozumieniem instytucji in-house. Zakres pytań ujętych w odwołaniu Partner został sformułowany w taki sposób, aby odpowiedzi wprost odnosiły się do sytuacji faktycznej MPO i Zamawiającego, a nie wymagających wyjaśnienia zagadnień prawnych powstałych na tle niejasnej kwestii stosowania prawa wspólnotowego. Przepis krajowy wdrażający rozwiązania przyjęte na szczeblu unijnym nie wykracza w

spornym zakresie poza brzmienie przepisów wspólnotowych, a w ocenie składu również nie prowadzi do ryzyka sprzeczności z rozwiązaniem wspólnotowym. Wprawdzie odpowiedź Trybunału (gdyby Ten zajął się pytaniami) mogłaby wyjaśniać kwestie dotyczące przepisów dyrektywy wprowadzającej wyjątek, to z racji istnienia już obszernego orzecznictwa dotyczącego in-house skład orzekający uznał, iż pozwala ono zająć stanowisko w sprawie poruszonych kwestii prawnych stosowania przepisu krajowego. Izba, jako sąd od którego orzeczenia przysługuje środek zaskarżenia nie była zobowiązana do uwzględnienia wniosków Odwołujących o skierowanie pytań do Trybunału. Ponadto, w ocenie składu orzekającego zagadnienia prawne, jakie powstały na tle wniesionych odwołań i dotyczące stosowania instytucji in-house przez Zamawiającego - Miasto stołeczne Warszawa, mogły być rozstrzygnięte w oparciu o dotychczas wydane orzeczenia Trybunału, szeroko komentowane w pismach procesowych stron sporu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Żadne z odwołań nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie sformułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy. Wszystkie odwołania skierowane zostały do rozpoznania na rozprawie. Zamawiający dopiero przed zamknięciem rozprawy wskazał na brak legitymacji Odwołującego - Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami (sygn. akt KIO 573/22) w rozumieniu art. 505 ust. 2 Ustawy. Z uwagi na ograniczenia prawne wynikające z regulacji krajowej dotyczące wnoszenia odwołań przez organizacje wpisane na listę, w której mowa w art. 469 pkt 15 Ustawy, jak również zakres działalności statutowej Odwołujący nie może, w ocenie Zamawiającego, korzystać z środków ochrony prawnej wobec decyzji o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający powołał się na stanowisko jakie w tej materii miała zająć Izba w sprawach o sygn. akt KIO 654/16 wyrok z 10 maja 2016 r., w którym Izba nie dopuściła w charakterze uczestnika Związku Pracodawców Budownictwa. Podobnie w sprawie o sygn. akt KIO 625/17, w której Przystępującym miała być Polska Izba Gospodarki Odpadami, Izba miała wskazać na wspólny argument jakim jest ograniczenie korzystania ze środków ochrony prawnej wyłącznie w zakresie dotyczącym kwestionowania dokumentacji postępowania, które zostały zdefiniowane w Ustawie w art. 7 ust. 1 pkt 3 i nie obejmują ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Na tej podstawie odmówiono statusu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w postępowaniu odwoławczym.

Skład orzekający nie stwierdził podstawy dla odmowy Odwołującemu legitymacji materialnej do wniesienia odwołania wobec czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 505 ust. 2 Ustawy Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Zamawiający swój wniosek o braku legitymacji materialnej Odwołującego opierał na stwierdzeniu, iż w procedurze zamówienia z wolnej ręki nie ma dokumentów zamówienia, które zdefiniowane zostały w art. 7 pkt 3 Ustawy, jako dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacji warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Ponadto, Zamawiający wskazał na zakres działalności wynikającej ze statutu Związku, która nie jest związana z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii formalnej wynikającej z faktu posiadania statusu podmiotu wpisanego na listę prowadzoną przez Prezesa UZP, skład orzekający uznał, iż dla istnienia prawa do wniesienia odwołania, po stronie podmiotu wpisanego na listę nie zachodzi konieczność wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, jak ma to miejsce w odniesieniu do wykonawcy chcącego ubiegać się o zamówienia publiczne, a zatem nie ma znaczenia również rodzaj i zakres działalności prowadzonej przez Związek. W odniesieniu natomiast, do zakresu czynności postępowania wobec, których podmiotom wpisanym na listę przysługuje prawo do wniesienia odwołania, Zamawiający wybiórczo traktuje przepis, w którym nie tylko wobec dokumentów zamówienia, ale również wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia podmioty te mogą wnosić odwołania. Ogłoszenia ujęte zostały w tym przepisie w sposób szeroki, bez ograniczania do konkretnego rodzaju ogłoszenia, jakie przewidziane zostało w przepisach Ustawy dla poszczególnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia, którym w rozumieniu art. 129 ust. 1 jest również tryb zamówienia z wolnej ręki. W ocenie składu orzekającego Ustawa

nie wprowadza ograniczenia dla korzystania z środków ochrony prawnej wobec czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Użyte określenie „ogłoszenie wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia” należy rozumieć jako przekazanie do publikacji informacji o prowadzeniu postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego. Wprawdzie ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia z wolnej ręki jest zamieszczane po wszczęciu postępowania, to faktycznie pierwszą czynnością ujawniającą ten fakt jest publikacja ogłoszenia. Ograniczenie prawa do wniesienia odwołania powinno być wyraźnie wskazane w Ustawie wraz z opisem skutku, jaki miałby się wiązać z jego wprowadzeniem, np. odrzucenia odwołania. Takiej regulacji nie zawiera wskazany przepis art. 505 ust. 2 Ustawy, jak również art. 528 Ustawy.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu w całości.

Izba ustaliła i zważyła.

I. STAN FAKTYCZNY

14.01.2022 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, na które wniesione zostały 24.01.2022 r. odwołania, w których kwestionowano zasadność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający unieważnił to postępowanie 7.02.2022 r., tj. na dzień przed wyznaczonym przez Krajową Izbę Odwoławczą terminem posiedzenia w sprawach połączonych o sygn.

KIO 181/22, KIO 191/22, KIO 194/22, KIO 195/22, KIO 198/22, KIO 199/22, KIO 202/22, KIO 205/22.

Postępowanie zostało unieważnione jako obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz ze względu na fakt, że w prowadzonym w trybie z wolnej ręki postępowaniu negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Negocjacje Zamawiający prowadził ze spółką, nad którą ma sprawować kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

Następnie, 18.02.2022 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki (nr ref. ZP/JK/271/IV-22/22), którego przedmiot stanowi odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz częściowo zamieszkują mieszkańcy, położonych w Warszawie, od 1.07.2022 (zadania/dzielnice i szacowany strumień w Mg: 2. Białoleka, Targówek [380.105,262]; Ochota, Ursus, Włochy [269.676,834]; Śródmieście [163.628,642]; Bemowo i Wola [372.205,952]) i od 1.10.2022 3. Mokotów [309.943,917 Mg] przez 48 m-cy.

Główny kod CPV zamówienia to 90513100-7 - Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych, dodatkowe kody CPV: 90512000-9 - Usługi transportu odpadów, 90533000-2 - Usługi gospodarki odpadami.

Poza ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy, Zamawiający na swoich stronach opublikował również Analizę potrzeb i wymagań, sporządzoną na podstawie art. 83 Pzp, do której załączył Raport niezależnego biegłego rewidenta dla Prezydenta m. st. Warszawy z audytu spełniania przez MPO warunku o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp. oraz zestawienie strumienia odpadów dla zadań 2, 3, 4, 7 i 9.

Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia spółce Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. (dalej jako MPO).

Po analizie Zamawiający uznał za optymalny dla zaspokojenia jego potrzeb i dopuszczalny tryb z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 (lit.a-c) Ustawy, w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający w Analizie, jako zadanie własne, mające stanowić przedmiot zamówienia udzielonego na rzecz MPO wskazał odbiór odpadów komunalnych, z wyłączeniem zagospodarowania odpadów komunalnych, gdyż zadanie to realizuje w imieniu m.st.

Warszawy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. (dalej jako MPO) - jednoosobowa spółka, której wyłącznym właścicielem jest m.st. Warszawa, w oparciu o przepisy ustawy o gospodarce komunalnej.

Dotychczas, w celu organizacji odbierania odpadów komunalnych postępowanie na odbiór podzielone było na 9 zadań, obejmujących jedną lub więcej dzielnic, a obowiązujące nadal umowy zawarte zostały na okres do: 30 czerwca 2022 r. (zadania 1, 4, 7 i 9), 30 września 2022 r. (zadanie nr 3) i 31 grudnia 2022 r. (zadania nr 2, 5, 6 i 8). W związku z powyższym zachodzi konieczność zapewnienia dalszej realizacji usługi odbierania odpadów komunalnych w terminach od 1 lipca 2022 r. i 1 października oraz w okresie od 1 listopada 2022 r. do 1 stycznia 2023 r.

Zamawiający zaplanował w pierwszej kolejności udzielenie zamówienia obejmującego zadania nr 2, 3, 4, 7 i 9, natomiast pozostałe zadania (1, 5, 6 i 8) zostaną zakontraktowane w ramach innego postępowania, którego sposób przeprowadzenia zostanie przeanalizowany i ustalony w przyszłości.

Stanowisko w zakresie zasadności zarzutów Izba prezentuje zbiorczo, tj. w odniesieniu do poszczególnych przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki oraz pozostałych kwestii poruszanych w poszczególnych odwołaniach, z wyłączeniem odwołania o sygn. akt KIO 574/22 - wykonawcy EKO-Konsult Biuro Doradczo-prawne sp. z o.o., do którego Izba odniesie się oddzielnie.

W pierwszej kolejności Izba odniesienie się do przesłanek opisanych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a-c Ustawy, których spełnienie było kwestionowane we wszystkich odwołaniach - w odniesieniu do przesłanki z lit b, a co do dwóch pozostałych przesłanek trybu w niektórych odwołaniach.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a Ustawy - przesłanka sprawowania przez zamawiającego nad osobą prawną kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej - zarzut wspólny dla odwoływanych w sprawach: sygn. akt KIO 563/22, sygn. akt KIO 581/22, sygn. akt KIO 587/22, sygn. akt KIO 589/22.

Izba oddaliła zarzut braku wykazania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a Ustawy, poprzez 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.

Zamawiający w ogłoszeniu wskazał na zasady dotyczące funkcjonowania spółki MPO, będącej jednoosobową spółką komunalną, w której 100% udziału posiada miasto (księga udziałów). Opisane przez Zamawiającego kompetencje Prezydenta Miasta pełniącego funkcję Zgromadzenia Wspólników, którego zadania opisane zostały szczegółowo w Akcie Założycielskim Spółki (tekst jednolity Akt notarialny Repetytorium A Nr 2257/2017), w ocenie Izby wskazują na szerszą, niż wynikająca jedynie z zasad kodeksowych relację właścicielską, pozwalającą uznać, iż kontrola miasta nad spółką może mieć wymiar faktycznie oddziałujący na sposób prowadzenia spraw spółki.

W odwołaniach podkreślano znaczenia, jakie dla oceny elementu kontroli ma nie tylko aspekt prawny, ale również aspekt faktyczny, tj. realny wpływ jednostki samorządu terytorialnego na dany podmiot i decyzje przez niego podejmowane. W szczególności, jako istotną podkreślano potrzebę wykazania, czy zamawiający wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, skład personalny, jak i inne kwestie wynikające ze sprawowania zarządu w danym podmiocie. Ocena statusu tego podmiotu powinna brać pod uwagę całokształt uregulowań prawnych (tak wewnętrznych, jak i ogólnie obowiązujących przepisów) oraz okoliczności faktycznych, dotyczących ewentualnej autonomii i jej zakresu danego podmiotu. Kluczową kwestią dla elementu kontroli ma być to, czy powiązania pomiędzy zamawiającym

- a podmiotem prawnie od niego odrębnym pozwalają temu drugiemu na zachowanie

autonomii w stosunkach łączących go z zamawiającym. Inaczej mówiąc, czy podmiot taki ma swobodę kontraktowania z zamawiającym, czy też tej swobody jest pozbawiony na rzecz podporządkowania mającego charakter administracyjny. Wskazuje na to jednoznacznie zarówno art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE, jak i art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP. W obu tych przepisach jest mowa o kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, przy czym za te własne jednostki należy uznawać jednostki funkcjonujące w ramach osobowości prawnej zamawiającego.

W odwołaniach szeroko przywołane zostało orzecznictwo TSUE, jakie na przestrzeni ostatnich lat stanowiło wytyczną dla stosowania wyjątku wyłączającego spod reżimu dyrektywy zamówieniowej zamówienia in-house. Kluczowe znaczenie dla określenia treści omawianej instytucji miał wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal Srl v. Comune di Viano and Azienda GasAcqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), w którym Trybunał orzekł, iż obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych nie powstaje, gdy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz jednocześnie osoba ta wykonuje istotną część działalności organu wraz ze sprawującymi nad nią taką kontrolę organem lub organami.

W kolejnych wyrokach doprecyzowano - w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna), że: „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie jest wykluczone wystąpienie innych okoliczności, w których zaproszenie do składania ofert nie jest obowiązkowe, mimo że kontrahent jest jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Może tak być w przypadku, gdy władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, sprawuje nad daną jednostką odrębną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). W orzeczeniu tym Trybunał podjął próbę doprecyzowania zakresu kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad osobą prawną, której ma zostać udzielone zamówienie. W wyroku tym Trybunał orzekł bowiem: „W odniesieniu do przedmiotu kontroli Trybunał w wyroku Teckal, ustanawiającym omawiany wyjątek, nie ograniczył jej do określonych decyzji kontrolowanej jednostki. Sama kontrola decyzji o udzielaniu zamówień ogólnie lub nawet konkretnej decyzji o udzieleniu zamówienia nie jest zatem wystarczająca. Mając na uwadze brzmienie i cel kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami, należy raczej wymagać możliwości całkowitej kontroli. Nie powinna się ona jednak ograniczać do strategicznych decyzji rynkowych, ale obejmować również poszczególne decyzje z zakresu zarządzania”.

W swoim orzecznictwie TSUE akcentował też, że kontrola sprawowana przez zamawiającego nad podmiotem, któremu ma być udzielone zamówienie, nie może być sprowadzona jedynie do wykonywania uprawnień wynikających z posiadania akcji lub udziałów. W wyroku z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 (Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA) Trybunał zwrócił uwagę, że: „Dyrektywa 93/36 koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w sposób bezpośredni na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca. W takich okolicznościach nie jest bowiem spełniona przesłanka niestosowania dyrektywy 93/36, zgodnie z którą instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką, której udzieliła danego zamówienia publicznego, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami”.

W wyroku z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C458/03 (Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG) TSUE zwracał uwagę na aspekty, które należy badać, ustalając stopień kontroli i zależności pomiędzy jednostką zamawiającą, a podległą jej osobą prawną. Trybunał wyraźnie akcentował nie tylko aspekt właścicielski wynikający z posiadania udziałów albo akcji w kapitale zakładowym, lecz także stopień autonomii organu zarządzającego (choćby był on całkowicie wyłaniany przez organy władzy samorządowej). Uzasadnienie tego wyroku wyraźnie akcentuje, że dla ustalenia odpowiedniego stopnia zależności pomiędzy instytucją zamawiającą, a jej osobą prawną niezbędne jest istnienie podległości o intensywniejszym charakterze, niż wynikająca z wykonywania uprawnień wspólnika czy akcjonariusza. Powinien być to wpływ zarówno na cele strategiczne funkcjonowania danej osoby prawnej, jak i na inne ważne decyzje podmiotu podległego.

Niemожność utożsamienia posiadania całości kapitału zakładowego ze sprawowaniem nad

osobą prawną kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami wynika z faktu, iż TSUE konsekwentnie wyraża pogląd, że „analogiczna kontrola” istnieje dopiero wówczas, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje (wyrok TSUE z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 (Econord SpA v. Comune di Cagno i inni). Instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką (wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-371/05 (Komisja v. Włochy)).

Oddalając w tym zakresie zarzuty swoje stanowisko Izba oparła na podstawie okoliczności omówionych na rozprawie, wynikających z dokumentów publicznie dostępnych, dotyczących spółki MPO, w tym Aktu Założycielskiego (umowy spółki), „Zasad sprawowania nadzoru nad spółkami prawa handlowego, w których m.st. Warszawa posiada udziały lub akcje” (załącznik do zarządzenia nr 6548/2014 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 9 września 2014 r z późn. zm.), przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz wykładni dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Izba oddaliła wnioski Odwołującego Jarper (sygn. akt KIO 587/22) o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać opisany w sposób ekstraparytaryjny, wobec przepisów powszechnie obowiązujących, ład korporacyjny MPO, co miało na celu wykazanie, czy pomiędzy podmiotami istnieje zależność tego rodzaju, że Zamawiający może wydawać wiążące polecenia. W ocenie składu orzekającego dowód ten nie byłby przydatny, gdyż decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki została podjęta w oparciu o dokumenty wskazane w uzasadnieniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki i do tego odnosi się Izba w swoim stanowisku.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż relacje właścicielskie Zamawiającego i MPO wskazują na możliwość kierowania sprawami spółki, co wynika zarówno z umowy spółki, jak i przepisów regulujących funkcjonowanie spółki z o.o. w obrocie prawnym. W sprawie nie było sporu co do ustalenia, iż organy nadzoru w ramach swoich obowiązków mogą wywoływać wpływ na funkcjonowanie spółki i jej działalność, istotnym pozostawało natomiast ustalenie, czy z racji uprawnień właścicielskich Miasta wystarczające dla stwierdzenia kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, jest stwierdzenie, iż Miasto posiada 100 % kapitału zakładowego, jak również, czy dla tej kontroli konieczne jest wydawanie poleceń w codziennej działalności, co pozwoliłoby na uznanie, iż Miasto posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej.

W ocenie składu orzekającego należy odróżnić prowadzenie spraw, czy też podejmowanie decyzji w bieżących sprawach spółki od kontroli nad tymi sprawami, która pozwala uznać, iż pomimo formalnej odrębności od podmiotowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego, Spółka pozostaje elementem samorządowego aparatu organizacyjnego Miasta, wykonującego ustawowo powierzone zadania we własnym zakresie. Odwołujący kładł akcent na wykazanie, iż dla spełnienia przesłanki ustawowej konieczne jest wykazanie takiego zaangażowania Zamawiającego w bieżących sprawach Spółki, które można utożsamiać z faktycznym uczestnictwem w podejmowaniu decyzji, co prowadziłoby faktycznie do zrównania zadań, jakie realizuje Zarząd Spółki w oparciu o regulację prawa handlowego w ramach prowadzenia spraw spółki z funkcją kontrolną organów nadzoru. W ocenie Izby do takich wniosków nie uprawnia wykładnia przepisów Ustawy. Przepis wyraźnie wymaga wykazania sprawowania kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

W ocenie składu orzekającego, w przypadku MPO będącej spółką w pełni zależną od decyzji właściciela (Miasta), który powołał i może zlikwidować spółkę, określa w statucie jej obowiązki i powierza zadania, taka kontrola zachodzi. Jak wskazał w wyroku z 11.06.2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt XXIII Zs 27/21) zamówienia in-house udzielane są podmiotom zależnym, które w ujęciu funkcjonalnym stanowią element struktury władzy lokalnej. Taki charakter posiadają spółki samorządowe, powoływane w celu realizacji zadań gmin.

Sama zatem forma organizacyjnoprawna jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dopuszczona wprost w przepisach ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (dalej jako UGK), podlegająca regulacjom kodeksu spółek handlowych, nie może stanowić wystarczającej podstawy do kwestionowania istnienia relacji właścicielskiej pozwalającej na efektywne prowadzenie gospodarki komunalnej przez jednostkę samorządu terytorialnego. Mając na uwadze przepisy UGK spółka komunalna stanowi narzędzie (instrument) w rękach gminy. Fakt, iż spółka powołana zostaje w celu wykonywania zadań własnych gminy oznacza, iż już w Akcie Założycielskim wyznaczone zostały przez Miasto zasadnicze cele działalności Spółki i jej obowiązki. Złożone dowody - w szczególności

„Zasady sprawowania nadzoru nad spółkami prawa handlowego, w których m.st. Warszawa posiada udziały lub akcje” (załącznik do zarządzenia nr 1712/2018 oraz nr 6548/2014 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z 31.10.2018 r. i 9.09.2014 r.), wskazują na istnienie powiązań pomiędzy Zamawiającym, a MPO wykraczających poza standardowe relacje właścicielskie, jakie są przypisane jednemu właścicielowi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Łączenie funkcji Przewodniczącego Rady Nadzorczej spółki MPO oraz Dyrektora Biura Ładu Korporacyjnego Miasta (dawne Biuro Nadzoru Właścicielskiego) ma faktyczne i rzeczywiste przełożenie na prowadzenie spraw Spółki, wykraczające poza zwyczajowe relacje właścicielskie. Zgodnie z pkt 2.1 do obowiązków Biura należy w szczególności prowadzenie spraw dotyczących spółek, w których m.st. Warszawa jest wspólnikiem. Biuro monitoruje istotne ryzyka związane z funkcjonowaniem jednoosobowych spółek i informuje o nich Prezydenta. W dokumencie tym opisane zostały obowiązki Rady Nadzorczej, która m.in. stosuje się do wytycznych i wzorcowych dokumentów opracowanych przez Biuro, odnoszących się do działalności rady nadzorczej. Ponadto, przywoływane postanowienia Aktu Założycielskiego, jak i dowody złożone przez Odwołujących, wskazują na bliską relację organów Spółki, która chociaż stanowi odrębny od Zamawiającego podmiot prawa, to w ramach powierzonych jej zadań własnych gminy, pozostaje pod ścisłym wpływem Miasta. Wskazaniem w Akcie Założycielskim celem Spółki jest wykonywanie zadania własnego m.st. Warszawy w zakresie utrzymania czystości i porządku, w tym odbiór oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w szczególności poprzez ich odzysk i unieszkodliwianie w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Okolicznością faktyczną, która potwierdziła możliwość wydawania poleceń Spółce w trybie odbiegającym od schematu działania niezależnych podmiotów prawa, było udzielenie zamówienia z wolnej ręki w 2018 r. w trybie „pilnym” w celu zabezpieczenia świadczenia usługi odbioru odpadów, po tym jak wybrany w przetargu wykonawca porzucił kontrakt. W ocenie Izby, kwestią wtórną wobec ustalenia istnienia powiązań prawnych i faktycznych pozwalających stwierdzić sprawowanie kontroli przez Miasto, jest określenie formuły w jakiej zadania zostają przekazane do realizacji. Szerzej na ten temat Izba wypowie się przy ocenie kolejnej przesłanki związanej z wyliczeniem wskaźnika przychodu, jakie MPO miałyby uzyskać w związku z wykonaniem zadań zleconych jej przez Miasto. W tym miejscu należy jednak podkreślić, iż to decyzja Zamawiającego o tym jaki model udzielenia zamówienia przyjmie, wyznacza Spółce sposób działania. Konieczność udziału w przetargu jest również podyktowana decyzją Zamawiającego, co potwierdza m.in. uchwała Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki z 25.06.2018 r. w sprawie wyrażenia zgody na zaciągnięcie zobowiązania o wartości przekraczającej 10.000.000,00 zł brutto. Jak wynika z treści tego dokumentu, Zarząd Spółki w dniu 21 czerwca 2018 r. złożył oświadczenie o gotowości Spółki do udziału w ogłaszanych przez m.st. Warszawa postępowaniach przetargowych na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta st. Warszawy od 1 stycznia 2019 r.

W ocenie składu orzekającego dla oceny spełnienia tej przesłanki nie ma znaczenia, czy usługi świadczone na rzecz Zamawiającego były realizowane w trybie umowy zawartej z MPO, jako wykonawcy wyłonionemu w trybie konkurencyjnym. Powyższe stanowi jedynie wyraz pewnego modelu wykorzystania zasobów własnej spółki, który nie ma znaczenia dla oceny, czy faktycznie Zamawiający sprawuje kontrolę, o jakiej mowa w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) Ustawy. To wskazywane powyżej zapisy aktów tworzących ład korporacyjny Spółki pozwalają na stwierdzenie, czy kontrola Miasta sprowadza się jedynie do wykonywania uprawnień wynikających z posiadania udziałów. W ocenie Izby tak nie jest, a Odwołujący nie przedstawili w tej materii przekonujących dowodów, które mogłyby świadczyć o ograniczonej kontroli Zamawiającego nad MPO.

Zasadniczo argumentacja prawna sprowadzona była do wykazania ogólnych zasad, jakie wynikają z przepisów kodeksu spółek handlowych, co jak wskazano powyżej nie wyczerpuje oceny ładu korporacyjnego MPO. Ponadto, sprawozdania z działalności MPO nie są wystarczające do podważenia sposobu sprawowania kontroli. Ich charakter sprawozdawczy ma na celu wyłącznie przedstawienie danych obrazujących stan finansów Spółki i nie jest to dokument opisujący mechanizmy kontroli jaką sprawować ma Miasto. Wreszcie, odwoływanie się do wykładni przesłanki kontroli w rozumieniu, jakie przyjmują na poziomie krajowym inne państwa członkowskie nie mogło mieć znaczenia prawnego. Ocena spełnienia przesłanki kontroli wymaga indywidualnego rozstrzygnięcia. Oceniając sytuację faktyczną dotyczącą sprawowania kontroli Izba uwzględniła nie tylko fakt, iż Miasto posiada 100 kapitału zakładowego, ale również uwzględniła wprowadzone mechanizmy nadzoru i kontroli organu nadzoru nad Zarządem (choćby zasady dotyczące przeważającego znaczenia głosu przewodniczącego Rady Nadzorczej obsadzonego pracownikiem Zamawiającego odpowiedzialnym za nadzór nad spółkami), co rzeczywiście gwarantuje sprawowanie kontroli przez instytucję zamawiającą. Wprawdzie to Zarząd realizuje cele Spółki, to jednak strategiczne decyzje wyznaczające kierunki działalności Spółki pochodzą od jedynego właściciela - Miasta, który rozlicza Zarząd z zadań powierzonych do wykonania Spółce.

Należy również podkreślić, iż podejście kapitałowe z punktu widzenia przesłanki dotyczącej sprawowania kontroli wpisuje się w utrwaloną wykładnię, jaką przyjmuje Trybunał, co potwierdzone zostało m.in. w orzeczeniu w sprawie C-328/19 Porin Kaupunki. W pkt 67 motywów wprost znajduje to potwierdzenie w stwierdzeniu, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przesłankę dotyczącą kontroli organu władzy publicznej uznaje się za spełnioną, jeżeli instytucja zamawiająca posiada, samodzielnie lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia. Dalej, w pkt 68 Trybunał wskazał, iż kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje instytucja zamawiająca nad własnymi służbami, może przejawiać się w inny sposób, niż za pomocą podejścia kapitałowego. Następnie Trybunał stwierdził, iż w tzw. modelu „gminy odpowiedzialnej”, gminy będące stronami porozumienia opartego na tym modelu, pomimo faktu, że nie mają one udziałów w kapitale podmiotu in house mogą wywierać, podobnie jak gmina odpowiedzialna, decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i ważne decyzje podmiotu będącego wykonawcą zamówienia, a tym samym sprawować nad nim skuteczną, strukturalną i funkcjonalną kontrolę.

W świetle powyższego Izba uznała, iż spełniona została przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Ustawy.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b Ustawy - przesłanka 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 - zarzut wspólny dla odwołujących w

sprawach: : KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22.

Izba uwzględniła odwołania w zakresie wspólnie podnoszonego w odwołaniach zarzutu braku wykazania, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego, gdyż z uzasadnienia faktycznego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wynika, że do obliczenia wspomnianych 90% zostały uwzględnione przychody osiągnięte przez MPO w związku z zawartą pomiędzy Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów, a także przychody ze sprzedaży energii elektrycznej oraz odbioru odpadów po-Covidowych.

Zgodnie z art. 214 ust. 5 Pzp, do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągany przez osobę prawną lub Zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Na str. 9. Analizy wskazuje się, że jako zadania powierzone traktowane są 4 rodzaje działań: zagospodarowanie odpadów / odbiór odpadów z poszczególnych dzielnic m. st. Warszawy / doraźny odbiór odpadów „poCovidowych” / wpływy z tytułu sprzedaży energii.

Wskazane przez Zamawiającego średnie przychody MPO z tytułu wykonywanych dostaw, usług i robót za lata 2019-2021 wyniosły 736.475.438,00 zł/rok. Natomiast średnie przychody powstałe w związku z realizacją zadań powierzonych przez Miasto wynosiły w tym okresie 701.443.359 zł/rok. Oznacza to, że 95,20% działalności MPO wykonywanej w tych latach miałyby dotyczyć zadań powierzonych przez Miasto. Do obliczenia % działalności związanego z realizacją zadań zleconych przez Miasto przyjęto dane księgowe i sprawozdania finansowe za lata 2019 i 2020 oraz dostępne dane księgowe i sprawozdanie F-01 z 2021 r. Dokładna analiza struktury i porównanie przychodów została przedstawiona w raporcie biegłego stanowiącym załącznik do Analizy. Udział poszczególnych przychodów z zadań powierzonych przez Miasto we wskazanej średniej wynosi dla zagospodarowania odpadów komunalnych 1.682.556.206,00 zł, odbioru odpadów 401.101.738,00 zł, odbioru odpadów poCovidowych 368.428,00 zł, i sprzedaż energii 20.303.706,00 zł.

Z Analizy wynika, iż większość przychodów uzyskiwanych przez MPO pochodzi z następujących źródeł:

- z działalności polegającej na odbieraniu, transporcie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych; są to usługi świadczone na podstawie trzech umów na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, zawartych z Zamawiającym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór

odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.", nr ref.: ZP/GP/271/IV172/18 (zadanie 3, 4, 7 i 9)

- z dopłat, o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy wykonawczej z tytułu świadczenia Usług Publicznych na podstawie umowy wykonawczej z 12.12.2017 r., odbiór odpadów z poszczególnych dzielnic (odpowiednio Zadania 1, 2, 3, 4, 7, 9);
- inne przychody (które stanowią znikomy % całości przychodów), tj. przychody z czyszczenia ulic i placów, wywozu i unieszkodliwienia odpadów (umowy inne niż z Zamawiającym), sprzedaży energii, wynajem lokali, diagnostyki oraz przychody operacyjne .

Przychody z zagospodarowania odpadów, podane w Ogłoszeniu wynoszą odpowiednio: 412 729 719,00 zł (2019); 790 429 310,00 zł (2020) oraz 479 397 177,00zł (2021). W odwołaniach w ten sam sposób uznano, iż tylko niewielka część odpadów objętych tym zadaniem jest zagospodarowywana przez MPO (ok. 20%). W przeważającej mierze zagospodarowanie realizowane jest przez podmioty trzecie wyłonione przez MPO w konkurencyjnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów. Rola MPO ogranicza się w tym przypadku de facto do przeprowadzenia postępowania, zawarcia umowy z wybranym wykonawcą oraz kontroli realizacji umowy i jej rozliczenia. Działania podejmowane przez MPO dotyczą zatem co prawda sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tego zadania, a co za tym idzie stanowią działalność dodatkową, która nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności. MPO za 2020 r. wskazuje (str. 20, tabela V.I), że przychody ze sprzedaży, w tym wywóz i unieszkodliwianie odpadów według umów z Miastem st. Warszawa, wynosiły 890.824.260,99 zł. Kwota 890.824.260,99 zł to prawdopodobnie w około 90% kwota przekazywana MPO przez Zamawiającego na pokrycie rozszczeń zakładów przetwarzania/unieszkodliwiania.

Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut wskazał, iż przychód zaliczony, jako uzyskany w związku z realizacją umowy wykonawczej zawartej z Miastem obejmuje zarówno odbiór, jak i zagospodarowanie odpadów, a także przychody z tytułu wszystkich umów zawartych z Miastem dotyczących odbioru odpadów niezależnie od trybu czy podstawy ich zawierania. Zamawiający w pkt 56 odpowiedzi na odwołanie przyznał, iż wartościowy udział przychodów z tytułu umów zawartych w trybie konkurencyjnym oraz z tytułu realizacji Umowy Wykonawczej w zakresie zagospodarowania odpadów jest na tyle wysoki, że ich wykluczenie (zarówno obu kategorii jak i każdej z osobna) z licznika proporcji spowoduje automatycznie niespełnienie przesłanki 90% stosunku działalności powierzonej do całej działalności Spółki. W pkt 77 i 78 odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazując na zasadność zaliczenia całości przychodu MPO za zagospodarowanie całości odpadów komunalnych Miasta, odniósł się do odpowiedzialności MPO przewidzianej w Umowie Wykonawczej, która dopuszczała różne formy organizacji tego zagospodarowania w

zależności od dostępności własnych mocy przerobowych, które w związku z zamykaniem jednych instalacji przetwarzania odpadów i budową nowych, będą odpowiednio maleć lub rosnąć w okresie powierzenia. Zamawiający zakresem powierzenia objął zagospodarowanie przez MPO całości odpadów Miasta, a tym samym do wyliczenia procenta działalności MPO zaliczył całość przychodu z zagospodarowania, jako przychód MPO. Dalsze powierzenie zagospodarowania części odpadów w instalacjach zewnętrznych przez MPO Zamawiający traktuje, jako koszty Spółki ponoszone w związku z wykonywaniem powierzonej działalności (koszt podwykonawstwa). Jak wskazał, właściwym miernikiem spełnienia przesłanki przychodowej jest przychód, a nie dochód, czy inny wskaźnik finansowy. Zamawiający zakłada zmniejszanie się w kolejnych latach wolumenu odpadów, które będą kierowane do instalacji zewnętrznych, co wiąże się z planowanym zwiększeniem mocy przerobowych instalacji MPO (w szczególności wraz z oddaniem nowobudowanej, nowoczesnej spalarni). Zgodnie z § 6 Umowy Wykonawczej z tytułu świadczenia usług publicznych Miasto wnosi do Spółki dopłaty, których wysokość ustalana jest na podstawie corocznie aktualizowanej kalkulacji finansowej. Na podstawie aktualizowanej do 15 kwietnia roku następnego po każdym roku świadczenia zaktualizowanej kalkulacji dokonywane będą zwroty nadwyżki dopłaty, o ile taka nadwyżka nastąpi.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśniał, iż MPO udzielając zamówień na zagospodarowanie odpadów zastępuje Miasto, kontroluje wykonanie usługi i realizuje powierzone mu zadanie. Zamawiający przyznał, iż nie ma sporu pomiędzy stronami w tym, że przychody z zagospodarowania odpadów mogą zaburzyć wynik w taki sposób, iż nie zostanie spełniona przesłanka w przypadku, gdyby Izba uznała za zasadne wnioski Odwołujących, co do konieczności pominięcia przychodów z zagospodarowania odpadów, które nie są udziałem wykorzystania zasobów własnych MPO.

Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie oraz treścią Umowy Wykonawczej Izba

ustaliła, iż wnoszone do MPO dopłaty obejmują również rekompensatę na pokrycie kosztów, jakie po stronie MPO powstają w związku z rozstrzygnięciem przetargów na zagospodarowanie odpadów.

Świadczenie usług publicznych przez MPO na podstawie Umowy Wykonawczej odbywa się w granicach powierzenia dokonanego Uchwałą nr LII/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego

Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 6068) oraz Aktem Założycielskim, zgodnie z którym celem MPO jest wykonywanie zadania własnego Miasta, w tym odbiór oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych - Usługa Publiczna (§ 3 Umowy Wykonawczej).

Zgodnie z § 3 świadczenie Usług Publicznych przez MPO odbywa się w granicach powierzenia dokonanego Uchwałą i Aktem Założycielskim i obejmuje:

- 1) unieszkodliwianie i odzysk odpadów w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w instalacjach;
- 2) przedstawianie Miastu - co najmniej raz w roku, nie później niż do 15 marca każdego roku świadczenia Usług Publicznych - propozycji zmian w systemie gospodarki odpadami komunalnymi wraz z określeniem potrzeb inwestycyjnych na podstawie prowadzonego monitoringu dostępnych technologii przetwarzania odpadów komunalnych pod kątem ich faktycznego stosowania oraz wpływu na osiąganie poziomów recyklingu, a także monitoringu dostępnych rozwiązań, inwestycji i przedsięwzięć dotyczących powierzenia odpadów komunalnych pozostających w zgodzie z założeniami gospodarki o obiegu zamkniętym, w celu tworzenia polityki Miasta w zakresie gospodarki Odpadami;
- 3) opracowywanie, nie więcej niż cztery razy w roku, na żądanie Miasta w określonym terminie informacji, analiz i sprawozdań w zakresie gospodarki Odpadów;
- 4) wyłanianie jako zamawiający podmiotów trzecich prowadzących instalacje do przetwarzania Odpadów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie Odpadów w zakresie, w jakim zagospodarowanie Odpadów nie będzie następowało w instalacjach prowadzonych przez MPO;
- 5) bieżące kontrolowanie sposobu zagospodarowania Odpadów w Instalacjach - w tym do zapewnienia zgodności działania Instalacji z zasadami i regulacjami prawnymi;
- 6) świadczenie Usług Publicznych z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, mając na względzie zapewnienie najwyższej jakości usług i optymalizacji kosztów świadczenia tych usług, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w sposób przyczyniający się do osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c Ustawy.

Zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r., poz. 559 z późn. zm.) zadaniami użyteczności publicznej są zadania gminy określone w art. 7 ust. 1 tej ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Katalog zadań własnych gminy obejmuje m.in. utrzymanie czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwianie odpadów komunalnych (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym).

Izba uwzględniła zarzut związany ze spełnieniem przesłanki 90% przychodu, jaki MPO miało osiągać z tytułu powierzonego jej do realizacji zadania własnego gminy. Zarzut ten był wspólny dla każdego z odwołań (z pominięciem odwołania o sygn. akt KIO 574/22 Eco-Konsult) w zakresie związanym z zaliczeniem do przychodów pozwalających osiągnąć wskaźnik procentowy tych, które MPO miało osiągnąć na skutek realizacji usługi zagospodarowania odpadów.

Jak wskazał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w sprawie nie było spornym stwierdzenie, iż ta grupa przychodów miała decydujące znaczenie dla spełnienia przesłanki określonej w lit. b. Ponieważ w sprawie nie było spornym ustalenie, jaki jest poziom przychodów zaliczonych w ramach tej grupy, nie było koniecznym zasięgnięcie opinii biegłego, o co wnosili Odwołujący, m.in. w celu potwierdzenia prawidłowości danych źródłowych przyjętych w Raporcie. W szczególności, to nie sama kwestia rachunkowa, ale prawne aspekty stosowania instytucji in-house, regulowanej przepisami unijnymi, miała w sprawie wiodące znaczenie. Izba jako organ właściwy do dokonania wykładni przepisów

prawa uznała, iż może samodzielnie dokonać tej oceny, a opinia biegłego w tym obszarze nie była właściwym środkiem dowodowym. Należy w tym miejscu zauważyć, iż również w części opinii prawnych złożonych w sprawie kwestia przychodu zaliczanego do grupy mającej wskazywać spełnienie przesłanki, została sprowadzona do rozumienia przychodu w kategorii rachunkowej, a nie kwalifikacji przychodu, jako pojęcia użytego na potrzeby regulacji instytucji unijnej, kształtowanej przede wszystkim dorobkiem orzecznictwa TSUE bez odsyłania do konkretnych porządków prawnych krajów członkowskich.

Izba uznała, iż dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące instytucji in-house pozwala wskazać na zasadnicze tezy, w świetle których przychód zaliczany na potrzeby wykazania przesłanki 90% musi być powiązany bezpośrednio z realizacją zadania powierzzonego przez jednostkę kontrolowaną. W niniejszej sprawie to właśnie położenie akcentu na ten związek prowadziło do uwzględnienia zarzutów odwołania. Zamawiający zaliczył do przychodu z powierzonych MPO do realizacji zadań tę część, jaką MPO uzyskuje nie z racji faktycznego świadczenia usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów, ale udziału w organizacji tego zagospodarowania, co następowało w formule ogłaszanych przetargów nieograniczonych na wybór wykonawców usługi. Faktyczna rola MPO w tym zakresie sprowadzona została do organizatora przetargu i podmiotu pośredniczącego w przekazywaniu środków na wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia usługi podmiotom trzecim, którym zlecane było wykonanie tego świadczenia. MPO z tytułu wykonania tej części prac zleconych przez podmiot kontrolujący nie otrzymuje wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów. Jak wyjaśniono na rozprawie środki przewidziane na ten cel rozliczane są pomiędzy Zamawiającym - a MPO w postaci dopłat, których wysokość uzależniona jest od wyników przetargów i cen, jakie zostaną w nich ustalone, w celu pokrycia kosztów (roszczeń zakładów przetwarzania/unieszkodliwiania). Z punktu widzenia rachunkowego, ta część dopłat pokrywa koszty MPO związane z przekazaniem odpadów odebranych z nieruchomości objętych systemem celem ich unieszkodliwienia do instalacji zewnętrznych (obcych).

W ocenie Izby sprowadzenie przychodu wyłącznie do ustalenia, czy zagospodarowanie mieści się w zakresie zadania powierzzonego w Umowie Wykonawczej do realizacji przez MPO, bez uwzględnienia sposobu, w jaki zagospodarowanie faktycznie było zapewnione, prowadziło do wypaczenia istoty relacji Miasto - Spółka, jako podmiotu którego zasoby pozwalają na wykonanie powierzzonego zadania. Samo sprowadzenie przychodu do kategorii rachunkowej, tj. sposobu prezentacji w dokumentach finansowych, bez powiązania z faktyczną realizacją świadczenia, prowadzi do wypaczenia instytucji in-house i przesłanek wykluczających faktyczny udział w realizacji zadań własnych podmiotów, nad którymi zamawiający nie sprawuje kontroli. Przywoływane wielokrotnie orzeczenie w sprawie C-340/04 Carbotermo, w którym Trybunał zajmował się oceną dopuszczalności zaliczenia do przychodów spółki uzyskiwanych z tytułu działalności powierzonej do realizacji przez jednostkę kontrolującą, wynagrodzenia otrzymywanego od beneficjentów usługi odnosi się wprost do sytuacji, w której to spółka realizuje usługę. Trybunał wskazał, iż nie ma znaczenia kto płaci wynagrodzenie przedsiębiorstwo - jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług, co oznacza, iż spółka zależna jest podmiotem, który realizuje powierzone jej zadanie. Również w przywołanym w opinii prawnej sporządzonym dla Zamawiającego orzeczeniu w sprawie C-328/19 Porin Kaupunki (pkt 28 opinii z 6.05.2022 r.) Trybunał odnosił się do zaliczania przychodu uzyskanego przez spółkę, która realizowała zlecenie jej prace. Konkluzja prezentowana w opinii o tym, iż dla TSUE nie miało mieć znaczenia w jaki sposób jednostka wewnętrzna organizuje realizację powierzzonego zadania, zwłaszcza czy korzysta w jakimkolwiek zakresie z usług świadczonych przez podmioty zewnętrzne w toku zapewnienia realizacji zadania powierzzonego, wykracza poza ramy pytania i odpowiedzi udzielonej przez Trybunał oraz nie ma żadnego potwierdzenia w okolicznościach opisanych w pytaniu. W sprawie tej Trybunał odnosił się do możliwości zaliczenia całości obrotów osiągniętych przez spółkę z tytułu wykonywania usług transportowych, które świadczone były nie tylko na rzecz jedyne go akcjonariusza spółki (kontrolującej ją instytucji zamawiającej), ale również innych gmin powiązanych porozumieniem. Wątpliwość sądu odsyłającego dotyczyła tego, czy w następstwie przekazania kompetencji w ramach porozumienia o współpracy nie zachodzi obowiązek przeprowadzenia postępowania przetargowego, jak również zaliczania obrotu. Stan faktyczny ujęty w pytaniu w ogóle nie odnosił się do korzystania z podwykonawstwa przez spółkę, której instytucja kontrolująca powierza realizację zadań i uwzględniania całości obrotu w sytuacji, gdyby spółka zlecała na zewnątrz podmiotom działającym na rynku realizację powierzzonego jej zadania. Z orzeczenia tego wynika natomiast domniemanie, jakie towarzyszy udzieleniu zamówienia in-house, że instytucja zamawiająca korzysta wówczas z własnych środków (pkt 66). Tym samym jako pozbawioną zasadności należy uznać konkluzję autora opinii, iż z orzeczenia tego wynikać miałyby, iż kwestia podwykonawstwa w

zakresie zaliczania przychodu z realizacji zadania pozostaje irrelevantna z punktu widzenia

oceny spełnienia przesłanki przychodowej udzielenia zamówienia wewnętrznego.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, powierzenie MPO do realizacji zadania

własnego gminy na podstawie Uchwały, w zakresie dotyczącym zagospodarowania odpadów, jedynie w części zakładało samodzielne zabezpieczenie potrzeb Zamawiającego w tym zakresie zasobami własnymi MPO. Wynika to wprost z zapisów § 3 ust. 1 Umowy Wykonawczej z 12.12.2017 r. Przeważająca część tego zadania nie jest i nie była dotąd w praktyce realizowana przez MPO, jako podmiot zagospodarowujący odpady, tj. przetwarzający odpady w instalacjach własnych. Jednocześnie dla wyliczenia % działalności Zamawiający zaliczył całość środków, jakie na ten cel dotychczas przekazano Spółce, niezależnie od tego, że w dużej części środki na sfinansowanie zagospodarowania odpadów były przekazywane do podmiotów zewnętrznych, co stanowiło ich przychód. Wykonanie zadania własnego gminy wprost powiązane jest w ustawie o samorządzie gminnym ze świadczeniem usług powszechnie dostępnych w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb ludności. W kontekście normatywnym, nie można zatem utożsamiać powierzenia zadania własnego gminy spółce zależnej z dalszym jego przekazaniem do podmiotów zewnętrznych, gdyż zaburzona zostaje relacja jaka jest konieczna dla uznania, iż działalność związana, tu z zagospodarowaniem odpadów, dotyczy wykonywania zadań powierzonych. Tylko w zakresie, w jakim MPO było w stanie tę usługę wykonać samodzielnie, przychód mógł być zaliczony do wyliczenia wskaźnika procentowego przychodu z realizacji powierzonego zadania. Nie jest zadaniem własnym gminy powierzaniem do wykonania MPO usługi publiczna polegająca na organizowaniu przetargów publicznych, a taką formę przyjmuje w dużej części działalność MPO w zakresie zagospodarowania odpadów. Obligatoryjnym zadaniem gminy jest natomiast odbiór i zagospodarowanie odpadów w ramach utrzymania porządku i czystości w gminie w drodze świadczenia tych usług poprzez bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności.

Działalność generująca przychód zaliczany do licznika proporcji w celu wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy musi być bezpośrednio związana z wykonaniem powierzonego zadania jednostki sprawującej kontrolę o jakiej mowa w lit. a. Powiązanie obu przesłanek ustawowych w tym przepisie musi prowadzić do stwierdzenia, iż to podmiot, nad którym jednostka sprawuje kontrolę, realizuje zadanie powierzone do wykonania. W sytuacji, gdy realizacja zadania własnego gminy faktycznie kierowana jest do podmiotu zewnętrznego, nad którym nie zachodzi żaden stosunek kontroli zamawiającego, przychód nie może być zaliczany do przychodu z działalności realizowanej w ramach „struktury wewnętrznej” zamawiającego. Ponownie należy wskazać na domniemanie, jakie dotyczy instytucji in-house, iż jednostka zamawiająca korzysta wówczas z własnych środków. W doktrynie wskazuje się, że prace wykonywane przez podmiot powiązany na rzecz zamawiającego stanowią istotę ich funkcjonowania, co oznacza że nie chodzi tu o pośrednictwo, ale bezpośrednie świadczenie (komentarz W. Hartung, M. Bagła, T. Michałczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, s.234, aut. Warszawa 2015). Próba wyjaśnienia sytuacji, jaka powstaje na skutek udzielenia zamówienia przez MPO podmiotom trzecim w formule podwykonawstwa, nie ma znaczenia dla oceny normatywnej możliwości zaliczenia całości obrotu, jaki jest udziałem MPO na podstawie Umowy Wykonawczej. Przede wszystkim, jak wynika z Umowy Wykonawczej MPO jedynie wyłania wykonawców usługi, a zatem w tej części nie realizuje zadania własnego gminy, jakim jest zagospodarowanie odpadów i nie może z tego tytułu osiągnąć przychodów. Zobowiązanie MPO do kontrolowania sposobu zagospodarowania odpadów w instalacjach podmiotów trzecich w żaden sposób nie prowadzi do stwierdzenia, iż MPO wykonuje zadanie własne gminy, jakim jest zagospodarowanie odpadów komunalnych i osiąga z tego tytułu przychód. Zaliczenie do przychodu MPO z tytułu zagospodarowania odpadów całości środków, w celu wykazania spełnienia przesłanki przychodowej jest niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym. MPO mogłoby zaliczyć tylko część tych środków, jako przychód własny, tj. w zakresie w jakim pokrywa to jego działalność, w tym obejmującą funkcjonowanie instalacji do przetwarzania odpadów, administrowanie i kontrola nad realizacją umów zawartych z podmiotami trzecimi. Tylko w tym obszarze MPO realizuje jakiegokolwiek czynności objęte Umową Wykonawczą. Część zadania własnego gminy, jaka jest udziałem podmiotów zewnętrznych w całości odpowiedzialnych za proces zagospodarowania odpadów, nie może być utożsamiana z przychodem MPO uzyskiwanym z wykonania zadania powierzonego do realizacji przez jednostkę sprawującą kontrolę. W ocenie Izby, zaliczenie jedynie części środków do przychodów MPO z zagospodarowania odpadów nie jest sztucznym dzieleniem pozycji finansowej, ale koniecznym zabiegiem rachunkowym dla ustalenia rzeczywistego udziału w działalności MPO zadań realizowanych na rzecz Zamawiającego. W odniesieniu do działalności podmiotów zewnętrznych zastępujących faktycznie MPO w zakresie, w jakim jego zasoby nie pozwalają na wykonanie zadania własnego Miasta, przychody z tej części nie mogą być kwalifikowane w całości do przychodu z wykonania zadania powierzonego w Umowie Wykonawczej. Jak wskazano powyżej Umowa Wykonawcza określa ramy działalności powierzonej MPO, co nie pozwala zaliczyć do przychodu tej części, jaka jest przekazywana do podmiotów trzecich, gdyż MPO w tym elemencie pełni obowiązki opisane w Umowie Wykonawczej w § 3 pkt 4, jako organizator przetargu, a nie odpowiedzialny za zagospodarowanie odpadów. Sam Zamawiający identyfikuje proces zagospodarowania

odpadów, jako związany z przetwarzaniem w instalacjach, co w przeważającej części dotychczas musiało odbywać się z wykorzystaniem instalacji zewnętrznych - bez udziału MPO. Tym samym wysokość przychodu MPO, jaki może być zaliczony do wykazania tej przesłanki musi być pomniejszona o wysokość wynagrodzenia, jakie z tytułu zagospodarowania odpadów uzyskiwały podmioty trzecie, co jest możliwe w oparciu o księgi rachunkowe i rozliczenia finansowe pomiędzy MPO, a podmiotami zewnętrznymi.

W ocenie składu orzekającego do wymaganych 90% działalności MPO z zadań powierzonych nie powinny być również wliczane przychody osiągnięte przez MPO ze sprzedaży energii elektrycznej powstałe w związku z zagospodarowaniem odpadów (instalacja przy ul. Zabranieckiej, Zakład Kampinoska). W odniesieniu do tego rodzaju przychodów na str. 3 Raportu wskazano, że „W przychodach uwzględnione zostały również przychody ze sprzedaży energii wytworzonej w wyniku procesu zagospodarowania odpadów. Istnieją bowiem argumenty przemawiające za uznaniem tych przychodów za bezpośrednio powiązane z realizacją zadań powierzonych Spółce przez Miasto - związane z zasadami rozliczania (pomniejszenie dopłaty wypłacanej Spółce z tytułu realizacji zadania własnego polegającego na zagospodarowaniu odpadów).” Zastrzeżenia Odwołujących były uzasadnione, gdyż za bezpośrednie powiązanie z realizacją zadań powierzonych nie można uznać powiązania opartego wyłącznie na zasadach rozliczania. Zamawiający wyjaśniał to powiązanie tym, że przychody jakie MPO generuje ze sprzedaży energii elektrycznej pomniejszą wysokość dopłat, jakie przekazuje Miasto, a w przypadku braku sprzedaży energii, wysokość przychodu przekazanego przez Miasto jest wyższa. Stąd przychody ze sprzedaży energii Zamawiający traktuje jako przychody, które Miasto „przekazuje” własnej Spółce przez ich rozliczenie w inny sposób, niż w drodze bezpośredniej wpłaty. Przedstawione uzasadnienie prowadzi do wniosku, iż przychód ze sprzedaży energii elektrycznej nie jest wpłatą od Zamawiającego przekazaną w związku z realizacją zadania powierzonego na podstawie Umowy Wykonawczej. W ocenie składu orzekającego budzi to uzasadnione zastrzeżenie, iż nie ma on związku z realizacją zadania powierzonego do wykonania, którego ekwiwalentem są wpłaty od Zamawiającego. Uzasadnione są wątpliwości Odwołujących, czy przychód ze sprzedaży energii wytworzonej w procesie przetwarzania odpadów w instalacji MPO stanowi przychód z realizacji zadania powierzonego do wykonania, a jest nim zagospodarowanie odpadów, co rozumiane jest jako przetworzenie, odzysk, utylizacja tych odpadów, czyli proces unieszkodliwiania odpadów. W ocenie składu orzekającego, działalność związana z produkcją energii w instalacjach MPO jest działalnością dodatkową, z której przychód powinien być wliczony do mianownika. Kwestia finansowania, czy też pokrywania tych kosztów ze środków przekazywanych przez Miasto ma wyłącznie przełożenie na sposób finansowania dodatkowej działalności podmiotu wewnętrznego Miasta.

Izba przychyliła się również do zastrzeżeń, jakie Odwołujący podnosili wobec zaliczenia przychodu z odbioru tzw. odpadów „poCovidowych”, gdyż:

- 1) odpady te podlegają kwalifikacji jako odpady medyczne (o kodzie odpadu 18), które nie są objęte zakresem powierzenia, oraz
- 2) brak jest jakiegokolwiek informacji o tym, na jakiej podstawie były świadczone — brak obligatoryjnego elementu „powierzenia”.

MPO w sprawozdaniu finansowym za rok 2020 nie wykazało przychodu z realizacji tych umów jako części przychodów operacyjnych uzyskiwanych z umów z Miastem st. Warszawa (pkt V.1 Informacji dodatkowej do Sprawozdania finansowego). Z Raportu wynika jedynie, że pod określeniem umów na odbiór odpadów „poCovidowych” mieszczą się umowy: COVID - UMIA/GO/B/III/1/8/4/2020 z 30 kwietnia 2020r., COVID - UMIA/GO/B/III/1/8/6/2020 z 16 września 2020r., COVID - UMIA/GO/B/III/1/8/7/2020 - 2021 z 3 grudnia 2020r., COVID - UMIA/GO/B/VI/1/7/3/2021 z 1 maja 2021r., COVID - UMIA/GO/B/VI/1/7/12/2021 z 28 października 2021r., co jednak nie daje odpowiedzi na pytanie, z jakich względów przychody z tych umów są klasyfikowane jako przychody „z zadań powierzonych”.

Przychody te wg Raportu pojawiają się za rok 2020 i 2021. W sprawozdaniu finansowym na dzień 31 grudnia 2020 r. taka pozycja w ogóle się nie pojawia, a tymczasem, jak wynika z informacji ze str. 2 Raportu, przychody za lata 2020 i 2019 uzgodniono na podstawie sprawozdań finansowych. Już samo zestawienie tych informacji budzi uzasadnione wątpliwości co do wyliczeń przychodów z tego tytułu. Ponieważ to dokumenty finansowe, będące wiarygodnym źródłem informacji o obrotach Spółki, stanowić powinny podstawę do ustalenia wysokości przychodu pozwalającego na udzielenie zamówienia in-house, brak możliwości zweryfikowania założeń przyjętych do wyliczenia procentu działalności MPO dotyczącej zadania powierzonego, prowadzi do uznania, iż ta kategoria przychodu nie jest możliwa do zaliczenia.

Jednocześnie Izba uznała, iż do przychodu z działalności Spółki dotyczącej wykonywania

zadań powierzonych wliczany mógł być przychód nie tylko z realizacji zadania uzyskanego przez Spółkę w drodze tzw. „in-house” administracyjnego, ale również przychód z zamówień wykonanych na podstawie zamówienia publicznego. Zarówno przepis krajowy, jak i dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych w art. 12 nie wprowadza ograniczenia dla określenia formuły prawnej dla działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych. W ocenie składu orzekającego istotnym pozostaje to, czy zasadnicza działalność podmiotu zależnego od jednostki samorządu terytorialnego jest związana z wykonywaniem zadań własnym tej jednostki. Z orzeczenia w sprawie C-107/98 Teckal wynika, iż Trybunał dopuszcza możliwość uznania za transakcję o charakterze wewnętrznym również taką, która powstaje pomiędzy niezależnymi formalnie podmiotami, co zawsze musi przybrać postać formalną. Z żadnego z orzeczeń Trybunału nie wynika uzasadnienie dla wyłączenia tego obszaru działalności spółki zależnej, jaki jest wynikiem uzyskanych zamówień publicznych, jeżeli pozostaje on w związku z realizacją zadań powierzonych w akcie założycielskim. W ocenie składu orzekającego fakt, iż realizacja zadania następuje w drodze umowy zawartej w procedurze otwartej nie wpływa w żaden sposób na ustalenie, że przychód z tej umowy dotyczy wykonania zadania powierzonego w akcie założycielskim spółki. Niezależnie od formuły w jakiej dochodzi do realizacji świadczenia usługi, istotnym z punktu widzenia przesłanki „in-house” pozostaje ustalenie istnienia relacji zależności pomiędzy podmiotami oraz związku działalności spółki z zadaniami powierzonymi w akcie założycielskim. Izba podziela w tym względzie stanowisko

prezentowane w opinii prawnej dr hab. M. K. z 25.03.2022 r. przygotowanej na zlecenie

Odwołujących, iż orzecznictwo Trybunału wskazując na kierunki wykładni, tzw. kryterium „zależności operacyjnej”, zwanego również kryterium zależności ekonomicznej, wyznaczając granice tej zależności, odnosi się do udziału usług przedsiębiorstwa świadczonych na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego. W wyroku z 11 maja 2006 r. sprawa C-340/04 Carbotermo SpA Trybunał potwierdził konieczność badania, czy działalność przedsiębiorstwa poświadczona jest głównie jednostce kontrolującej, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny, co ma pozostawać w zgodzie z rozumieniem jakie prezentował Trybunał w sprawie Teckal. Końcowy wniosek, jaki prezentuje opiniujący w całości potwierdza stanowisko Izby, iż o zależności ekonomicznej świadczyć ma fakt wykonywania przez kontrolowany podmiot działalności gospodarczej w przeważającej mierze na rzecz zamawiającego (pkt 15 opinii). Przyjmując dalsze wnioski z opinii, co do konieczności zachowania ekonomicznej zależności od realizacji zadań na rzecz jednostki kontrolującej, zależność ta w żaden sposób nie zostaje złagodzona na skutek ubiegania się o zamówienie w formule przetargu publicznego zorganizowanego przez jednostkę kontrolującą. Nie można również na tej podstawie formułować tezy, iż działalność spółki prowadzona jest w tej sytuacji na rynku konkurencyjnym w sposób uprzywilejowany. Przeciwnie, decyzja o ogłoszeniu przetargu, w którym spółka zależna od zamawiającego musi ubiegać się o zamówienie, pozwala innym podmiotom na tych samych zasadach co spółka uzyskać zamówienie. W przypadku zawarcia umowy w trybie przetargu nadal działalność spółki pozostaje związana z zadaniami powierzonymi do realizacji na podstawie aktu założycielskiego, zmienia się wyłącznie forma prawna powierzenia. Prowadzenie natomiast przez spółkę działalności na rynku konkurencyjnym, jako mogącej osłabiać przesłankę zależności ekonomicznej, należy odnosić wyłącznie do innych podmiotów, niż jednostka kontrolująca, co musi pozostawać marginalnym udziałem tej spółki, aby uznać, iż spełniona zostaje przesłanka ustawowa. W wyroku już wskazywanym C-328/19 Porin Kaupunki Trybunał wyjaśniał wymóg dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej, jako mający na celu zapewnienie by dyrektywa znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może konkurować z innymi przedsiębiorstwami. Sam fakt, że decyzje dotyczące przedsiębiorstwa są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego posiadające jego udziały niekoniecznie oznacza bowiem, że przedsiębiorstwo to nie ma swobody działania, jeżeli może ono nadal prowadzić znaczną część swojej działalności gospodarczej z innymi podmiotami gospodarczymi (pkt 71). Z powyższego należy zatem wnioskować, iż przesłanka ekonomicznej zależności od jednostki kontrolującej została wprowadzona w celu wykazania, iż podmiot działający na rynku konkurencyjnym pomimo możliwości zawierania umów z innymi podmiotami, nadal pozostaje zależny od jednostki kontrolującej, na rzecz której prowadzi przeważającą część swojej działalności.

Nie ma zatem znaczenia, czy działalność spółki jest inicjowana decyzją o zleceniu w formule „in-house” administracyjnym, „in-house” udzielanym na podstawie Ustawy, czy też zamówieniem uzyskanym w przetargu nieograniczonym, jeżeli zachodzi związek z wykonywaniem zadań w granicach powierzenia dokonanego Uchwałą oraz Aktem Założycielskim. Nie przeczy temu prezentowane w opinii stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt II GSK 105/05), które odnosi się wyłącznie do kwestii zlecania zamówień poza Ustawą w zakresie w jakim mieszczą się one w zadaniach własnych gminy powierzonych spółce komunalnej. Podstawą takiego powierzenia staje się wówczas sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i

określający przedmiot jej działalności. Izba w całości taki pogląd podziela, jednocześnie uznając, iż powierzenie może również nastąpić w formie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania konkurencyjnego z udziałem innych podmiotów, co jak wskazano powyżej nie ma znaczenia dla ustalenia istnienia powiązania ekonomicznego działalności jednostki zależnej z zadaniami własnymi gminy, które realizuje, tak jak będzie miało to miejsce na podstawie umowy zawieranej w trybie zamówienia z wolnej ręki, co również jest zamówieniem publicznym. Przyjmując zatem tezy z opinii, iż zamówienie „in-house” udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz „in-house” administracyjny są w zasadzie jednorodne, to nie ma żadnej podstawy do pozbawienia tego samego znaczenia, z punktu widzenia zależności ekonomicznej działalności spółki, od wykonywania na rzecz jednostki kontrolującej zadań powierzonych, zamówień uzyskanych w procedurze konkurencyjnej.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit c Ustawy - poprzez nieprawidłowe uznanie, że w przedsiębiorstwie MPO nie ma bezpośredniej partycypacji kapitału prywatnego - podniesiony w odwołaniu o sygn. akt KIO 563/22.

Zarzut zasadniczo opierał się na wykazaniu wpływu jaki na ocenę spełnienia przesłanki dotyczącej braku bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej mają środki wykorzystywane w bieżącej działalności MPO na pokrycie kosztów, pochodzące ze źródeł prywatnych w postaci środków trwałych (umowy leasingu maszyn, pojazdów), kredytów, zabezpieczeń, dywidend.

Izba oddaliła zarzut uznając, iż dla oceny spełnienia przesłanki ustawowej dla „in-house” znaczenie ma okoliczność nieस्पorna, iż 100% kapitału zakładowego MPO należy do Miasta - jednostki kontrolującej. W zasadzie okoliczność ta wyczerpuje ocenę sytuacji prawnej Spółki, a kwestie związane z pozyskiwaniem źródeł finansowania bieżącej działalności podmiotu sprowadzone de facto do kredytowania działalności pozostają obojętne dla ustalenia, czy MPO faktycznie stanowi podmiot wewnętrzny dla jednostki samorządu terytorialnego. Istota tej przesłanki związana jest bezpośrednio z relacją właścicielską instytucji kontrolującej, która ma zapewnić kontrolę nad podmiotem. Orzecznictwo Trybunału wprost odnosi się do tej relacji uznając, iż na ocenę spełnienia przesłanki wpływ ma udział kapitału prywatnego w kapitale zakładowym podmiotu, któremu zleca się wykonanie zadania, co może wykluczać uznanie go za podmiot wewnętrzny (zob. wyrok TSUE z 11.1.2005 r., w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH). Stanowisko to, choć na przestrzeni lat uległo złagodzeniu przez dopuszczenie w art. 12 ust.1 lit. c dyrektywy udziału kapitału prywatnego, nadal nie zmienia istoty badania sprawowania kontroli nad jednostką, co odnosi się do udziału w kapitale zakładowym tej jednostki.

W świetle powyższego wyłącznie okoliczność nieस्पorna, jaką jest posiadanie przez Miasto 100% udziału w kapitale zakładowym, ma bezpośrednie znaczenie z punktu widzenia tej przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Art. 214 ust. UST. 9 - zarzut wspólny dla odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 561/22;

563/22; 573/22; 575/22; 581/22; 587/22;

- poprzez 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.

Przedmiot zamówienia obejmować będzie transport odpadów - ich przemieszczenie z miejsca wytworzenia do miejsca odzysku, unieszkodliwiania lub miejsca ich gromadzenia i jest nierozdzielnie związany z odbiorem odpadów (§ 2 ust. 1 pkt 3 umowy). W ocenie Odwołujących transport nie może być zlecony podwykonawcom. MPO obecnie realizuje trzy umowy na zagospodarowanie odpadów, a od kwietnia 2021 r. MPO prowadził łącznie 11 postępowań, których przedmiotem był transport odpadów komunalnych. MPO obsługuje obecnie 6 z 9 dzielnic objętych przedmiotem zamówienia i dla ich realizacji zleca transport odpadów komunalnych z własnych punktów przeładunkowych do instalacji zewnętrznych, a zatem nie jest w stanie wykonać tego transportu samodzielnie. Powyższe prowadzić ma do

stwierdzenia, iż część głównego przedmiotu zamówienia stanowiącego transport odpadów zostanie powierzona wykonawcy niezdolnemu do jego realizacji, co w efekcie spowoduje, że wszczęcie przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp było działaniem nieprawidłowym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż za główny przedmiot zamówienia uznaje odbiór odpadów komunalnych, który polega na odebraniu odpadów od mieszkańców, załadunku ich na specjalistyczne pojazdy oraz przewiezieniu tymi pojazdami do miejsca utylizacji lub przeładunku. Ewentualny dalszy transport odpadów, np. pomiędzy stacją przeładunkową - a odległą od miasta instalacją, nie stanowi głównego przedmiotu zamówienia. We wszystkich dotychczas realizowanych umowach obowiązywały te same zasady dotyczące „przejazdu”, w których zakazem podwykonawstwa nie obejmowano transportu odpadów od bazy przeładunkowej do instalacji unieszkodliwiania. Przyjmując nawet odmienną ocenę znaczenia tego transportu dla przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż według szacunkowych ilości odpadów wytwarzanych w zadaniach objętych przedmiotem zamówienia oraz planowanej optymalizacji sposobu (miejsca) ich zagospodarowania, Spółka przewiduje, iż będzie posiadała wystarczający potencjał techniczny (transportowy) dla transportu odpadów ze stacji przeładunkowych do instalacji zagospodarowania odpadów bez udziału podwykonawców. Zwłaszcza, iż znaczna część odpadów będzie transportowana bezpośrednio po odbiorze bez ich przeładunku do instalacji własnych MPO oraz instalacji zewnętrznych położonych w bezpośredniej bliskości Warszawy. Zamawiający wskazał, iż nie są obecnie możliwe do ustalenia ściśle potrzeby transportowe generowane przez przedmiot zamówienia, co będzie zależało od tego w jakich instalacjach odbierane odpady będą zagospodarowywane. Jednocześnie Zamawiający wskazał na infrastrukturę baz transportowych i magazynowo-transportowych, jaką posiada MPO oraz zakładaną do oddania w trakcie realizacji zamówienia nową instalację o przepustowości 305 000 Mg/rok.

Rozstrzygając w zakresie tego zarzutu Izba miała na uwadze założenie akceptowane przez Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu in-house Spółce, a wynikające z dotychczasowej praktyki udzielania na zewnątrz zamówień przez MPO na transport odpadów, co nie uległo zmianie. Ma to wiodące znaczenie, gdyż podejmowane na rozprawie próby wykazania jednak zdolności MPO do samodzielnego zabezpieczenia transportu prowadziło faktycznie do zmiany tego założenia już po wszczęciu postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia in-house. W ocenie Izby, dla oceny decyzji Zamawiającego należało przyjąć, iż usługa transportowa miałaby w części być zlecana przez MPO podmiotom trzecim w zakresie, tzw. transportu dalszego, tak jak działa się to dotychczas.

Izba uznała, iż transport odpadów, niezależnie od tego, czy kończy się bezpośrednio na instalacji, czy też zrealizowany zostanie od stacji przeładunkowej do instalacji, stanowi główny przedmiot zamówienia. Zamawiający tłumaczył odmienne traktowanie transportu, jakie MPO miałoby zapewnić ze stacji przeładunkowej do instalacji tym, iż nie zawsze stanowi ono będzie stały element zamówienia. Według Zamawiającego, z punktu widzenia ekonomicznego taki transport może odbywać się innymi, mniej specjalistycznymi pojazdami, co pozwala uzasadnić, iż transport ten nie stanowi głównego przedmiotu zamówienia. Na rozprawie MPO przyznało, iż usługa transportu zlecana jest podmiotom trzecim z uwagi na wymiar ekonomiczny i niższy koszt, niż ponosiłoby z tego tytułu MPO. Zamawiający wskazywał, iż potrzeby transportowe będą uzależnione od wykorzystania mocy przerobowych instalacji położonych najbliżej, na co wpływ ma mieć również optymalizacja procesu do jakiej przyczynić się ma wskazywanie przez MPO w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów kryterium związanego z odległością instalacji do przetwarzania odpadów, co miałoby ograniczać potrzebę transportu odpadów ze stacji przeładunkowej do instalacji.

Zamawiający w swojej Analizie przedstawił dane obrazujące ilości odpadów z podziałem na frakcje podając łączną masę odpadów odebranych w 2020 r. z terenu m.st. Warszawy w ramach systemu gospodarki odpadami komunalnymi wynoszącą 729.530,76 Mg. W roku 2021 masa odebranych odpadów wyniosła ok. 665.647 Mg (dane dla 9 zadań, na jakie dotychczas Zamawiający dzielił przedmiot zamówienia w postępowaniach na odbiór odpadów komunalnych). Zamówienie z wolnej ręki dla MPO obejmie dotychczasowe pięć z dziewięciu zadań, dla których umowy kończyć się będą w tym roku. Trzy z tych zadań obecnie są realizowane przez MPO (zadanie nr 4, 7 i 9, tj. dla dzielnic Ochota, Ursynów, Włochy, Śródmieście, Wola i Bemowo). Na rozprawie Odwołujący Partner (sygn. akt KIO 581/22) złożył zestawienie prezentujące dane dotyczące dwóch umów z MPO zawartych 27.03.2019 r. na odbiór odpadów z zadań 4, 7 i 9 wraz z fakturami, które prezentują wynagrodzenie uzyskane z tych umów (nr GO/B/III/1/8/U-7/19-22 oraz GO/B/III/1/8/U-12/19-22), wyliczane na podstawie stawek podstawowych, tj. 450,00 zł oraz 442,00 zł. - oraz

stawek wyliczonych na podstawie algorytmu stosowanego w odniesieniu do każdego wykonawcy w oparciu o stawki transportu odpadów uzależnionej od odległości.

Według złożonej na rozprawie przez MPO analizy dotyczącej zaplecza technicznego dla transportu odpadów z przeładunku do instalacji do zagospodarowania odpadów z 12.04.2022 r., wskazana na podstawie danych historycznych dla 2021 r. ilości odpadów wyniosła 366 000 ton za 2021 r. (dla dwóch frakcji odpadów). MPO dotychczas organizowało przetargi na zagospodarowanie części odpadów, jakie odbiera od Zamawiającego, co potwierdza okoliczność podnoszoną w odwołaniach, iż dotychczas MPO nie miało zaplecza technicznego pozwalającego w całości na zagospodarowanie odbieranych odpadów. Jak wynika z oświadczeń Zamawiającego i danych prezentowanych w Analizie MPO od stycznia 2019 r. zagospodarowywało odpady we własnych instalacjach oraz rozliczało wykonywanie usługi zagospodarowania odpadów przez podmioty/firmy/instalacje, które zostały zakontraktowane. Analiza przygotowana przez MPO miała przekonać, iż MPO posiada wystarczający potencjał techniczny do tego aby usługa transportowa nie musiała być realizowana z udziałem podmiotów trzecich (gdyby Izba uznała, iż transport ze stacji przeładunkowej do instalacji również należy traktować jako główny przedmiot zamówienia). Jak wyjaśniał założenia MPO Zamawiający - ilość odpadów jaka będzie przewożona ze stacji przeładunkowej do instalacji, tj. 228 307,61 dotyczy transportu, który nie był wykonywany przez śmieciarki w 2021. W piśmie procesowym z 6.05.2022 r. Zamawiający wskazał, iż szacowany strumień odpadów w ramach zadań objętych in-house wynosi ok. 370 tys. ton rocznie, co może być przekazane do instalacji funkcjonujących na terenie miasta (instalacje

Byś i Remondis - o łącznej mocy przerobowej 450 000,00 Mg odpadów - frakcje 20 03 01 oraz 15 01) oraz instalacji w odległości do 40 km od granic miasta (instalacja Lekaro i Hetman o łącznej mocy przerobowej ponad 300 000,00 Mg). Przystępujący MPO ilości szacowane dla zadań 2, 3, 4, 7 i 9 wskazał w piśmie z 6.05.2022 r., jako 252 969,9 Mg/rok (transport do oddalonych instalacji) oraz 115 140,75 Mg (zagospodarowanie odpadów w instalacjach do 40 km). W trakcie toczącej się sprawy odwoławczej MPO rozstrzygnęło kolejny przetarg na zagospodarowanie odpadów objętych zadaniem nr 8 w postępowaniu ogłoszonym w procedurze otwartej, gdzie wskazana została instalacja w Kamieńsku, do której odpady te będą kierowane. Jak wyjaśniał Zamawiający, zmiana instalacji w trakcie trwania umowy może mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych, np. awarii, ale instalacja w takiej sytuacji zostaje zobowiązana do przyjęcia odpadów i ich przekazania na własny koszt do innej instalacji. Zasady te dotyczą każdego zamówienia na zagospodarowanie odpadów, również dla odpadów, które miałyby być objęte in-house.

W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw do odmiennego traktowania transportu odpadów w zależności od miejsca, w którym miałyby on się zakończyć, bez czego usługa odbioru odpadów nie może zostać efektywnie zakończona. Zamawiający uzasadniał swoją ocenę względami ekonomicznymi organizacji transportu „dalszego” samochodami mniej specjalistycznymi, jak również przyjętą od lat praktyką korzystania z podwykonawców w zakresie transportu odpadów, co miałyby uzasadniać odmienny charakter tego transportu. W ocenie składu orzekającego usługa transportu, niezależnie od rodzaju pojazdów, odległości przewozu, stanowi główny przedmiot zamówienia polegający na odbiorze odpadów. Sam odbiór odpadu nie może zakończyć się w momencie opróżnienia pojemników, odebrania odpadów, ale zawsze wymagać będzie ich przewiezienia do miejsca docelowego, a takim ostatecznie są również instalacje do przetwarzania odpadów, do których transport może odbywać się bezpośrednio z wykorzystaniem specjalistycznych pojazdów (śmieciarki) lub pośrednio ze stacji przeładunkowej z wykorzystaniem mniej specjalistycznego sprzętu. Zamawiający wymaga odpowiedniego wyposażenia pojazdów w systemy monitoringu nie tylko rodzaju i ilości odpadów, ale również trasy - położenia pojazdów, co dotyczy zarówno śmieciarek, jak i innych pojazdów transportowych. Tym samym, z punktu widzenia procesu transportu odpadów stanowi główny przedmiot usługi realizowanej z wykorzystaniem pojazdów transportu drogowego. W ocenie składu orzekającego, argumenty związane z ekonomicznymi aspektami transportu na odległość nie zmieniają znaczenia tej części przedmiotu usługi, jaką świadczyć miałyby w całości MPO własnymi siłami (bez udziału podwykonawców). Przeciwnie, przedstawione dowody, w tym zestawienie przygotowane przez Odwołującego Partner, a dotyczące realizowanych przez MPO umów wskazuje, iż usługa transportowa ma istotne znaczenie finansowe, co ma przełożenie na wysokość wynagrodzenia wyliczanego z wykorzystaniem algorytmów uwzględniających wyższe stawki za transport na odległość. Jak wyjaśniał Zamawiający stawka podstawowa nie jest i nie będzie jedyną składową ceny oferty, a do wyliczenia wynagrodzenia zastosowanie będą miały również stawki za transport. To charakter usługi, zakres rzeczowy świadczenia determinuje ocenę jego charakteru, a nie sposób organizacji i przygotowania do wykonania usługi. Zamawiający z jednej strony prezentował stanowisko o odmiennym charakterze transportu dalszego, co miałyby uzasadniać możliwość skorzystania z podwykonawców, jak dotychczas ma to miejsce w przypadku MPO. Z drugiej strony złożył oświadczenie, iż w momencie rozpoczęcia świadczenia MPO będzie posiadało wystarczający potencjał do samodzielnego transportu całości odebranych odpadów.

Stan jaki istniał w momencie podejmowania decyzji o zamiarze udzielenia zamówienia in-house własnej spółce, której dotychczasowe możliwości nie pozwalały na samodzielne wykonanie pełnego zakresu świadczenia, o czym świadczą ogłoszenia publikowane na transport oraz zagospodarowanie odpadów, w ocenie Izby nie uległ zmianie. Zamawiający i Przystępujący po jego stronie podjęli próbę wykazania na rozprawie, iż MPO posiada lub może posiadać wystarczający potencjał techniczny, jednak analizy złożone w tym celu nie pozwalały na tak optymistyczną ocenę. Przede wszystkim wartość merytoryczna różnych wyliczeń została podważona założeniem, iż potrzeba transportu ze stacji przeładunkowej do instalacji będzie zmniejszała się w trakcie realizacji umowy, co pozostawało w sprzeczności z założeniami przyjętymi na potrzeby Analizy. Uzasadnieniem dla tej tezy miałyby być oddanie do użytku obecnie jeszcze budowanej przez MPO nowej instalacji do przetwarzania odpadów, co jednak nie nastąpi wcześniej, niż z początkiem 2024 r., a więc w odległej perspektywie mając na uwadze okres od, jakiego umowa miałaby zacząć obowiązywać, tj. od 1 lipca i 1 października 2022 r. Zakładany skutek optymalizacji potrzeb transportowych, jaką przewiduje MPO w ramach ogłaszanych przez nią postępowań przetargowych, w żaden sposób nie może decydować o ocenie aktualnych możliwości transportowych samej Spółki, która miałaby ten transport w całości zrealizować, jako zadanie główne. Również założenie Zamawiającego o zmniejszaniu się ilości odpadów odbieranych w kolejnych latach nie miało żadnego uzasadnienia i nie pozwalało ocenić dotychczasowych i planowanych w najbliższym czasie do pozyskania zasobów własnych Spółki, jako wystarczających do wykonania zamówienia „in-house”. Zamawiający w zasadzie uznał za wystarczające oraz wiarygodne oświadczenie własne, iż zamierza udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do osobistego wykonania również w zakresie ewentualnego dalszego transportu oraz, że zamierza egzekwować jego wykonanie w sposób zgodny z art. 219 ust. 9 Ustawy (pkt 28 pisma procesowego z 6.05.2022 r.) W ocenie składu orzekającego, w świetle okoliczności faktycznych opisujących dotychczasowe możliwości MPO w odbiorze i transporcie mniejszej ilości odpadów (mniejsza ilość zadań), stanowisko Zamawiającego nie mogło być wystarczające do podważenia słusznych zastrzeżeń, co do możliwości zapewnienia samodzielnej realizacji w całości usługi transportu odpadów, w tym również na większą odległość. Należy zauważyć, iż założeniem, jakie towarzyszy udzieleniu zamówienia in-house dla MPO jest korzystanie z podwykonawców w zakresie transportu i zagospodarowania odpadów, co wynika z ogłoszonych postępowań przetargowych, w których wprowadza się optymalizację mającą doprowadzić do zmniejszenia odległości na jaką miałyby być realizowany transport odpadów. Również Zamawiający powołuje się na brak możliwości przewidzenia w tym momencie do jakiego miejsca odpady będą musiały być kierowane, co jest powiązane z potrzebą rozstrzygnięcia ogłoszonych postępowań na zagospodarowanie odpadów (pkt 11 pisma z 6.05.2022 r.).

Należy stanowczo podkreślić, iż formuła tego zamówienia, jako zamówienia wewnętrznego, nie może być pomijana na etapie podejmowania decyzji o udzieleniu zamówienia. Należy zauważyć, iż przesłanki w art. 214 Ustawy są ze sobą powiązane w ten sposób, iż każda z nich musi być spełniona samodzielnie, ale nie może prowadzić do wypaczenia sensu instytucji, jako całości rozwiązania zakładającego realizację zadania z pominięciem rynku zewnętrznego. W tym znaczeniu przepis art. 214 ust. 9 Ustawy, chociaż nie stanowi wprost przesłanki trybu, której spełnienie wymaga wykazania w momencie wszczęcia postępowania, to stanowi ważny element oceny decyzji zamawiającego, który musi liczyć się z konsekwencjami ograniczenia, jakie Ustawa wprowadza wobec udziału podwykonawców w realizacji głównej części zamówienia.

Zamawiający od początku zakładał formułę zlecenia przez MPO transportu na zewnątrz,

czego nie mogły zmienić dowody - analizy dotyczące możliwości technicznych MPO, które nie są możliwe do zweryfikowania z uwagi na wiele zmiennych, jakie mogą wpłynąć na ilość transportów, ich odległość. W tej materii skład orzekający w całości podziela stanowisko wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 19 sierpnia 2017 r., sygn. akt. KIO/KU 52/17: Podczas gdy przesłanki te [zastosowania trybu in-house - dop. Odwołujący] musi spełniać podmiot wewnętrzny, który z założenia musi być zdolny, tj. posiada odpowiedni potencjał, do samodzielnego wykonania zamówienia in-house, aby móc uzyskać takie zamówienie z wolnej ręki. W przeciwnym wypadku, powierzenie zamówienia in-house podmiotowi wewnętrznemu niezdolnemu do samodzielnego wykonania takiego zamówienia powoduje, iż traci ono charakter zamówienia in-house, przez co staje się zwykłym zamówieniem publicznym, które powinno zostać udzielone z zastosowaniem jednego z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia przewidzianych w ustawie Pzp. Cytując za Sądem Okręgowym w Warszawie z uzasadnienia wyroku z 11.06.2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 27/21) Z samej konstrukcji zamówienia in-house, zamówienia te udzielane są podmiotom zależnym, które w ujęciu funkcjonalnym stanowią element struktury władzy lokalnej (samodzielną realizację zadania). W rezultacie wyłączone są one z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE, a regulacje dPZP stosuje się do niech wyłącznie w zakresie procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, przy zastrzeżeniu, że działania takie pozostaje w zgodności z regulacjami prawa unijnego i krajowego - jeżeli spełnione są przesłanki wyrażone w art. 67 ust. 1 pkt 12 dPZP.

W sytuacji gdy Zamawiający ma świadomość potrzeby zabezpieczenia usługi transportowej umowami zawieranymi z podmiotami zewnętrznymi, decyzja o wyborze formuły in-house do wykonania zadania własnego gminy nie może być uznana za dopuszczalną. W ocenie składu orzekającego nie stanowi przeszkody formalnej dla oceny decyzji o wyborze trybu sposób ujęcia przesłanek w art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy, które należy czytać łącznie z całością przepisów regulujących in-house. W przeciwnym wypadku prowadziłyby to do niezgodnych z celem Ustawy stanów, w których pod pretekstem in-house faktycznie realizacja zadania własnego gminy byłaby udziałem podmiotów zewnętrznych w zakresie głównego przedmiotu zamówienia. Zamawiający decydując się na taką formułę powierzenia MPO realizacji zadania własnego musi mieć na względzie to, czy Spółka może samodzielnie wykonać główny przedmiot świadczenia. Postulat utrzymania dotychczasowej praktyki, jaka funkcjonuje na rynku otwartym nie może uzasadniać odstępiania od przestrzegania warunków, na jakich usługa może być świadczona przez podmiot „wewnętrzny”. To jego możliwości powinny wyznaczać zakres powierzanego do wykonania zadania, zlecanego w procedurze uniemożliwiającej ubieganie się o zamówienie przez podmioty działające na rynku otwartym.

Ponieważ Zamawiający od początku dopuszczał konieczność kierowania transportu odpadów do podmiotów zewnętrznych, co było podyktowane sytuacją faktyczną MPO, która ogłasza przetargi na transport odpadów, jakie MPO dotychczas odbierała, akceptacja decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, oznaczałaby zgodę na naruszenie warunków in-house, których istota zawiera się w konieczności wykorzystania własnych zasobów do realizacji zamówienia. Tym samym Izba uznała stanowisko Odwoływających za zasadne i uwzględniła w tym zakresie odwołania.

Zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów innych ustaw, tj.:

Zarzut nadużycia pozycji dominującej (ART. 9 UST. 2 pkt 5 UOKIK)

(KIO 561/22; 573/22; 575/22; 577/22; 579/22; 581/22; 587/22; 589/22).

- poprzez 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 stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji,

Działania podjęte przez Zamawiającego w celu udzielenia MPO zamówienia w trybie z wolnej ręki, w ocenie Odwoływających wypełniają również dyspozycję przepisu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Na gruncie definicji zawartej w art. 4 pkt 1 uokik, nie budzi wątpliwości, że zarówno Zamawiający jak i MPO, która będzie stroną umowy, są przedsiębiorcami. Świadcząc usługi o charakterze użyteczności publicznej (samodzielnie lub poprzez podmioty zewnętrzne) tu: w zakresie odbioru odpadów komunalnych Zamawiający jest przedsiębiorcą. Wynika to z orzecznictwa, w tym w szczególności wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., III SK 12/08. Zgodnie bowiem z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z 17 marca 1997 (W/ 96) za zadania o charakterze użyteczności publicznej należy uważać zadania, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Trybunał postulował szeroką definicję.

W ocenie Odwoływających, zachowanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów uokik, w szczególności poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, jaką niewątpliwie posiada on w zakresie w jakim jest uprawniony do organizacji usług użyteczności publicznej, co w konsekwencji prowadzi do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Działania Zamawiającego, który jest podmiotem organizującym rynek właściwy (rynek odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy) zmierzające do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, a zatem wyłączające możliwość uzyskania zamówienia na realizację świadczenia usługi odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy przez inne podmioty niż MPO z całą pewnością przeciwdziałają ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. De facto wyłączają bowiem jakąkolwiek konkurencję w tym zakresie na obszarze m.st. Warszawy, objętym przedmiotem zamówienia.

Zamówienie in-house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit a-c Dyrektywy, nie

jest samo w sobie zgodne z prawem Unii. Tym samym należałoby uznać, że udzielenie takiego zamówienia nie jest także samo w sobie zgodne z przepisami uokik, a w szczególności z zasadami wynikającymi z art. 6 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli takie działanie będzie sprzeczne z przepisami uokik. Skoro gmina stanowi przedsiębiorstwo, to jest związana zasadami określonymi w artykułach od 101 do 109 TFUE, zatytułowanych jako reguły konkurencji. Zamawiający, który zdecydował się na wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy trudno ustalić obiektywne uzasadnienie dla takiego działania, nadużywa swojej pozycji dominującej zgodnie z art. 102 TFUE.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zakwestionował kognicję Izby do orzekania o zarzutach naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bez wyraźnego odesłania do tych przepisów w Ustawy (takiego jak np. w art. 226 ust. 1 pkt 7

Ustawy).

Na rozprawie skład orzekający zasygnalizował wątpliwość co do istnienia umocowania Izby do orzekania w przedmiocie zachowania Zamawiającego mającego naruszać zasady konkurencji poprzez nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, co jest domeną prawa konkurencji, w tym podlega kontroli pod względem naruszenia zasad dotyczących funkcjonowania rynku wspólnotowego (art. 82 Traktatu z 25.3.1957 r. o ustanowieniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej - obecnie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 13.12.2007 r.). W odpowiedzi na tę wątpliwość Odwołujący wskazali na odesłanie w art. 16 Ustawy Pzp do zasad uczciwej konkurencji, co miałyby dawać podstawę do stwierdzenia nieważności czynności z mocy prawa, jeżeli Izba stwierdziłaby, iż czynność udzielenia zamówienia in-house prowadzi do nadużycia pozycji dominującej objętej normą art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Oczekiwaniem Odwołujących wobec Izby było zbadanie w jaki sposób decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia in-house wpłynie na rynek właściwy, tj. rynek odbioru śmieci. Należy przy tym podkreślić, iż zachowanie naruszające zasady traktatowe może spotkać się z karą nakładaną przez Komisję Europejską w przypadku stwierdzenia przez Komisję nadużycia pozycji dominującej (tak jak miało to miejsce np. w sprawie Microsoft - decyzja Komisji Europejskiej z 24.3.2004 r. COMP/C-3/37.792).

Izba stoi na stanowisku, iż ocena zachowania Zamawiającego w związku z decyzją o powierzeniu wykonania zamówienia własnej spółce, jako mająca prowadzić do naruszenia pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 uokik nie leży w kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej, która orzeka wyłącznie w zakresie zgodności czynności zamawiającego z przepisami regulującymi udzielanie zamówień publicznych. Jak wynika z postulatów Odwołujących, Izba miałaby dokonać badania rynku i wpływu decyzji o udzieleniu zamówienia in-house spółce komunalnej na funkcjonowanie rynku odbioru śmieci w Warszawie. Z przywoływanego wyroku Sądu Najwyższego z 26.1.2017 r., sygn. akt I CSK 252/15 wynika, iż takiej oceny dokonać może sąd krajowy rozstrzygający spór o roszczenie odszkodowawcze wobec bezprawności działania podmiotu publicznego. Należy zauważyć, iż kompetencje Izby zostały zakreślone ramami Ustawy regulującej co do zasady tryb w jakim udzielone może być zamówienie publiczne. Zachowania Zamawiającego mogące naruszać przepisy innych ustaw szczególnych, tak jak np. ustawy o finansach publicznych nie podlegają kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazanie na samo naruszenie zasady uczciwej konkurencji nie jest wystarczającą podstawą dla stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy. Naruszenie tej zasady powiązane musi być z naruszeniem konkretnego przepisu obligującego zamawiającego do czynności w postępowaniu, co dopiero pozwala stwierdzić, czy czynności zamawiającego prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tymczasem w odwołaniach do naruszenia zasady uczciwej konkurencji miałyby dojść przez naruszenie przepisów uokik, co nie zostało powiązane z żadnym przepisem Ustawy, który pozwalałby dokonać oceny decyzji Zamawiającego w kontekście naruszenia pozycji dominującej. W sytuacji gdy ustawodawca odnosi się do czynów objętych przepisami innych ustaw (np. czynu nieuczciwej konkurencji), jako identyfikujących przesłanki do podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie wskazanie jest wyraźne i pozwala na wydanie rozstrzygnięcia mającego znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postawione zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego mających naruszać zakaz naruszania pozycji dominującej na rynku, czy też stanowić niedozwoloną pomoc publiczną, faktycznie nie są powiązane z przepisami Ustawy.

Stosowanie in-house jako trybu zamówienia publicznego - jego przesłanek zostało ustalone w przepisach Ustawy, które w żaden sposób nie odwołują się do dalszych ograniczeń, nakładając na zamawiających obowiązek badania wpływu decyzji o powierzeniu realizacji prac własnej jednostce, na funkcjonujący rynek. Stanowisko takie zostało już wyrażone m.in.

w orzeczeniu SO w Warszawie z 11.06.2021 r., sygn. XXIII Ga Zs 27/21, w którym sąd

wskazał, iż Brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia analizy w zakresie nienaruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, gdyż wykraczałoby to poza wymogi wynikające na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 dPZP, a najczęściej uniemożliwiłoby zastosowanie tego trybu. Pogląd ten przyjęty jest również w doktrynie, które podnosi że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ dPZP, w tym art. 67 ust. 1 i in. Takiego obowiązku nie przewiduje (tak: A. Matusiak, w: M. Jaworska (red). Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, komentarz do art. 67, nb.52). Ma również rację Izba wskazując, że odmienne wnioski nie wynikają z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, a w szczególności do odmiennych wniosków nie prowadzi wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r., w sprawie C-285/18 Irgita (...) Z powyższego wynika jedynie tyle, że TSUE zaaprobował sytuacje w których przepisy prawa krajowego wprowadzają dodatkowe wymogi udzielenia zamówienia publicznego w trybie in-house. Tyle tylko, że na gruncie prawa polskiego warunki te wynikają z powołanego art. 67 ust. 1 pkt 12 dPZP oraz ewentualnie innych przepisów, które wprost do tego trybu nawiązują.

W ocenie składu orzekającego ocena, czy decyzja Zamawiającego prowadzi jednocześnie do naruszenia mieszczącego się w niedopuszczalnym działaniu na gruncie przepisu szczególnego leży w kompetencji innego organu - Prezes UOKiK, jak również Komisji Europejskiej, czy też sądów powszechnych. Chociaż Ustawa w części nawiązuje do zachowań regulowanych w przepisach innych ustaw, to zawsze zawiera szczególne odesłanie do tych przepisów, ze wskazaniem konsekwencji prawnych, jakie rodzą one na gruncie Ustawy. W przypadku przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki takie odesłanie nie zostało wprowadzone, a tym samym dla zastosowania trybu znaczenie mają te przesłanki, które ustawodawca wprowadził wprost w Ustawie.

NIEDOZOWOLONA POMOC PUBLICZNA

(sygn. akt KIO 563/22 - zarzuty nr 11 i 12).

- zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny zw. z art. 107 ust. 1, art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „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.

W uzasadnieniu Odwołujący kwestionował zgodność z prawem czynności udzielenia in-house Spółce, która uzyska pozycję uprzywilejowaną w związku z udzieleniem zlecenia o wartości ok. 1 mld złotych na okres 4 lat, a tym samym stanowi pomoc publiczną. Zgodnie z art. 107 TFUE „Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.” Zgodnie natomiast z art. 14 TFUE, Bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Stosownie do przepisów Dyrektywy 2014/24/UE możliwość wyłączenia spod reguł konkurencyjnych danego zamówienia poprzez zlecenie bezpośrednie — „in-house”- dotyczy

- m.in. usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG). Natomiast zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej nie można mówić o usługach świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli są one zapewniane przez rynek na odpowiednim poziomie, w szczególności jeżeli pewne jest, że dana usługa jest powszechnie dostępna w sensie geograficznym, a cena za nabycie danej usługi nie blokuje możliwości jej nabycia. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, o UOIG można mówić jedynie wówczas, gdy są to usługi, których żadne przedsiębiorstwo, ze względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta jest świadczona przez podmiot, któremu została zlecona przy zachowaniu interwencji publicznej.

Odwolujący na rozprawie sprecyzował swoje oczekiwanie wobec Izby, jako organu orzekającego w przedmiocie naruszenia przepisów Ustawy, aby kierując się wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie dotyczącej pomocy państwa zajęła stanowisko przesądzając o tym, czy w sytuacji w jakiej znajduje się MPO dojdzie do niedozwolonej pomocy publicznej. Na pytanie Przewodniczącej jakie organy mogą rozstrzygnąć w tej kwestii wskazuje na Prezesa UOKiK i Komisję Europejską. Kognicja Izby co do zajęcia stanowiska ma wynikać z opinii prezentowanej w stanowisku pisemnym na str. 13 lit. c dr S. wraz z prezentowanymi tam orzeczeniami.

W odniesieniu do tego zarzutu, podobnie jak w przypadku zarzutu związanego z naruszeniem ustawy uokik, skład orzekający uznał, iż przepisy Ustawy w zakresie kompetencji organu orzekającego w pierwszej instancji w sprawie odwołań na czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ograniczone zostały do oceny zgodności decyzji z przepisami Ustawy. Ocena zgodności określonych środków pomocowych ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego, co zostało przyznane wprost w wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., sygn. akt III SK 12/08. Sąd Najwyższy co do zasady podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego o tym, iż o uznaniu określonego świadczenia ze strony państwa (w tym organów jego samorządu) za pomoc publiczną wyłączną kompetencję posiada Komisja Europejska, podlegająca kontroli sądu wspólnotowego. Wyłączna kompetencja Komisji do stwierdzenia zgodności przyznanej pomocy z prawem unijnym wynika wprost z art. 108 TFUE. W orzeczeniu *Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L.* (wyrok ETS z 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/65) ETS uznał, że poprzez wyrażne zobowiązanie się do informowania Komisji „w odpowiednim terminie” o wszelkiej projektowanej pomocy oraz przez zaakceptowanie procedury określonej w art. 108, państwa zaciągnęły wyrażne zobowiązanie względem Unii, a do zagwarantowania wynikających z tego zobowiązania praw indywidualnych powołane są sądy krajowe w odniesieniu do art. 108 ust. 3 TFUE. Jednakże, jak wyraźnie wskazuje zarówno orzecznictwo, jak i doktryna - podział kompetencji między sądy krajowe, a Komisję jest wyraźny. Komisja i sądy krajowe mają w dziedzinie pomocy państwa do spełnienia odrębne, ale komplementarne role. Szczególna procedura przewidziana przez art. 108 TFUE ma na celu zapewnienie stałego badania pomocy państwa przez Komisję, która winna brać pod uwagę złożone czynniki gospodarcze ulegające szybkim zmianom.

Komisja posiada wyłączną kompetencję do oceny zgodności pomocy z zasadami rynku wewnętrznego. Dlatego też zainteresowane strony nie mogą przed sądem krajowym kwestionować zgodności pomocy lub środków ją finansujących, natomiast mogą domagać się wyciągnięcia przez sąd konsekwencji z niedopełnienia obowiązku notyfikacyjnego.

W związku z powyższym zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

NARUSZENIE ZASAD - zarzuty wspólne dla odwołań oznaczonych sygn. akt: KIO

563/22, KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 589/22

- przez naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy przez poprzez 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 (sygn. akt KIO 563/22, KIO 573/22, 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 589/22;

- przez naruszenie art. 16 pkt 3 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której przedmiotem udzielanego zamówienia są 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 sp. z o.o., a w konsekwencji nie mogą być przedmiotem udzielanego zamówienia (sygn. akt KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 589/22.

- przez naruszenie zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości wyrażonych w TFUE (sygn. akt KIO 561/22, KIO 573/22,

Odwołujący w swojej argumentacji odnosili się w sposób podobny do oceny czynności udzielenia in-house wskazując, iż nawet gdyby uznać, że na gruncie przedmiotowej sprawy zachodzą przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, to i tak udzielenie zamówienia na odbiór odpadów na terenie m.st. Warszawy w trybie zamówienia z wolnej ręki należy uznać za niedopuszczalne, gdyż jego udzielenie skutkowałoby 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. Fakt, iż zostały spełnione przesłanki określone w tym przepisie nie uprawnia Zamawiającego do bezrefleksyjnego udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, gdyż każdorazowo konieczne jest zbadanie czy poprzez jego udzielenie nie zostaną naruszone podstawowe zasady TFUE. Podsumowując, udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym niewątpliwie wpłynie zatem negatywnie nie tylko na konkurencję na rynku krajowym, ale również doprowadzi do zakazanego w świetle przepisu art. 49 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości, a także ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług (art. 56 TFUE) na rynku europejskim. Zamawiający nie wykazał również w żaden sposób, że udzielenie zamówienia w tym trybie będzie korzystne dla końcowych odbiorców tych usług, czyli mieszkańców, którzy ponoszą koszty funkcjonowania systemu odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy. W niniejszej sprawie usługa odbioru odpadów komunalnych może być realizowana na zasadach rynkowych, tj. na rynku funkcjonuje wiele podmiotów gotowych ją wykonać, a nic nie wskazuje na to, by jakość świadczonych przez te podmioty usług miała być gorsza niż jakość, którą będzie w stanie zapewnić MPO. Nic też nie wskazuje na to, by m. st. Warszawa, realizując zamówienie przy wykorzystaniu MPO, było w stanie zminimalizować koszty, aż w takim zakresie by uzasadniało to eliminację konkurencji na prawidłowo działającym rynku. Przeciwnie, sam Zamawiający w Analizie potrzeb i wymagań przyznaje, że udzielenie zamówienia MPO w trybie zamówienia z wolnej ręki może prowadzić do wzrostu kosztów odbioru odpadów.

Zgodnie z motywem 31 dyrektywy należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu (z obowiązku stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych) nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami. Tożsame stanowisko wynika wprost z orzecznictwa TSUE, gdzie wskazuje się, że okoliczność, że zamówienie typu in-house w rozumieniu art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy, nie może zwalniać państw członkowskich, ani też instytucji zamawiających, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości (por. wyrok z dnia 3 października 2019 r. Irgita, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829, pkt 61).

Oczekiwaniem Odwołujących było, aby Zamawiający podejmując decyzję o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki dokonał rozeznania rynku i ustalił, czy istnieją alternatywne do przewidzianych przez niego pierwotnie środki zaspokojenia potrzeb oraz czy istnieją warianty realizacji zamówienia prowadzące do osiągnięcia zakładanego celu. Zamawiający powinien był przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu orientacji co do wysokości kosztów związanych z realizacją zamówienia, czynników wpływających na oferowaną cenę, jak i możliwości technologicznych pojazdów i urządzeń wyprowadzających w nowocześnie, ekologiczne rozwiązania technologiczne. Podjęcie takich działań pozwalałoby Zamawiającemu nie tylko na właściwe zidentyfikowanie jego potrzeb i wymagań, ale też na wypracowanie możliwych sposobów ich realizacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania (pkt 119-125) powołał się na orzecznictwo sądowe oraz Krajowej Izby Odwoławczej, w którym jednoznacznie wskazuje się, że z przepisów Ustawy nie wynika, aby do udzielenia z wolnej ręki zamówienia in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wskazane enumeratywnie w przepisach Ustawy dla tego trybu. Zatem Zamawiający nie miał obowiązku przeprowadzenia analizy, której celem byłoby wykazanie braku naruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym.

Oddalając zarzuty Izba uznała, iż naruszenie zasad ogólnych zostało podniesione w zarzutach sformułowanych nie tyle, jako konsekwencja braku spełnienia przesłanek ustawowych do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt 11 li a-c, ale jako samodzielna podstawa dla uznania, iż czynność wyboru trybu (niezależnie od tych przesłanek), jako naruszająca podstawowe zasady, nie może być uznana za zgodną z Ustawą. Do udzielania zamówień w każdym trybie, zdaniem

Odwolujących, stosowane są zasady ogólne i nie można przyjmować bezkrytycznie, że skoro Zamawiający wykazał spełnienie trzech przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11, to jego działanie jest zgodne z przepisami i zastosowanie trybu typu in-house jest prawidłowe. Należałoby zatem przyjąć, że Zamawiający powinien nie tylko wykazać spełnienie warunków wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, ale także, że taki sposób realizacji zamówienia pozostaje w zgodzie z zasadami ogólnymi udzielania zamówień, w tym w szczególności w zgodzie z art. 16 i 17 Pzp. Powyższe powinno wynikać z analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 Pzp. W tym kontekście przedstawiane były zarzuty wobec Analizy SWOT, jako elementu, w którym Zamawiający miał wykazać przewagę zamówienia z wolnej ręki dla MPO nad trybem konkurencyjnym i mechanizmami konkurencji działającej na rynku właściwym.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie i traktuje je jako własne. Odnoszenie zasad ogólnych do trybu niekonkurencyjnego, dla którego ustawodawca przewidział odrębną regulację, w tym precyzując przesłanki dla wyłączenia konkurencyjnych trybów, nie może prowadzić do konkluzji do jakiej skłaniają stanowiska Odwołujących. Zostało to wprost ujęte w odwołaniu Fart-bis (sygn. akt 589/22) w stwierdzeniu, iż wolną rękę należy stosować właśnie wtedy, gdy nie stanowi ona naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jest z tymi zasadami zgodna. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby wprowadzenie dodatkowej przesłanki wymagającej wykazania na etapie wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, która nie jest powiązana z okolicznościami wskazanymi w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a-c Ustawy. Ponownie należy zauważyć, iż naruszenie zasad ustawowych w kontekście zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga powiązania z konkretnym przepisem Ustawy nakładającym na zamawiającego obowiązek określonego zachowania. Skoro ustawodawca ustalając przesłanki zamówienia in-house nie wprowadził żadnych dodatkowych warunków, w tym nakazujących ocenę skutków, jakie dla rynku właściwego może mieć udzielenie zamówienia jednemu podmiotowi z pominięciem innych uczestników rynku, żądania Odwołujących nie miały podstawy prawnej.

Przywoływany wyrok Trybunału z 3.10.2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita dotyczył stosowania dyrektywy w kontekście przepisów państwa członkowskiego (Litwa), w których wprowadzono dodatkowe kryteria oceny dla zamówienia in-house, wynikające w szczególności z ustawy o konkurencji, które obejmują w szczególności ciągłość, dobrą jakość i dostępność usług, a także wpływ przewidzianych zamówień typu in-house, z jednej strony na równe traktowanie innych wykonawców oraz, z drugiej strony, na ich możliwość konkurowania o usługi. Trybunał w pkt 48 odnosząc się do swobody państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług wyznaczył jej granice odesłaniem do poszanowania zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Dalej w pkt 49 Trybunał wskazał, iż W tych granicach dane państwo członkowskie może nałożyć na instytucję zamawiającą warunki, nieprzewidziane w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, od których może być uzależnione udzielenie zamówienia typu in-house, w szczególności w celu zagwarantowania ciągłości, dobrej jakości i dostępności usług. Co istotne z punktu widzenia zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Trybunał w wyroku tym wprost wskazał w pkt 55, iż zasada przejrzystości, podobnie jak zasada pewności prawa, wymaga aby warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielenie zamówień in-house, zostały ustanowione w oparciu o wystarczająco dostępne, precyzyjne i przewidywalne przepisy w zakresie ich stosowania, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności. Stanowisko Trybunału prezentowane w odniesieniu do konieczności poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości zostało odniesione do sytuacji opisanej w pytaniu, w którym wskazano na możliwość naruszenia zobowiązań umownych zamawiającego wobec strony kontraktu zawartego w trybie konkurencyjnym, której nie zagwarantowano świadczenia minimalnej ilości usług, przy jednoczesnym udzieleniu na tożsamy rodzaj usług zamówienia in-house podmiotowi wewnętrznemu. W tym kontekście udzielona została odpowiedź na pytanie czwarte, 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.

Analiza tego orzeczenia nie pozwala na sformułowanie wniosku, jakoby Trybunał nakazał badając przesłanki dla zamówienia in-house opisane w art. 12 ust. 1 lit a)-c) (w przepisie krajowym ujęte w art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy) rozszerzenie tej oceny pod kątem spełnienia dodatkowych warunków, które nie zostały wyraźnie przewidziane w ustawodawstwie krajowym dla wyjątku in-house. Zdaniem składu orzekającego ocena ewentualnego skutki, jaki dla rynku usług warszawskiego miałyby mieć decyzja Zamawiającego o realizacji zamówienia z wykorzystaniem własnej spółki, nie mieściła się w warunkach, od których spełnienia uzależnione zostało udzielenie zamówienia in-house. Należy zatem wskazać, iż to wymogi jasno sprecyzowane przez ustawodawcę w odniesieniu do przesłanki in-house (art. 214 ust. 1 Ustawy) wyznaczają zamawiającemu granice swobody przy podejmowaniu decyzji

o udzieleniu zamówienia wewnętrznego. Tym samym skład orzekający nie odnosił się do kwestii związanych z kształtowaniem się cen za odbiór odpadów w przetargach publicznych i oświadczenia MPO o utrzymaniu cen na poziomie nie przekraczającym średniej ceny ważonej, jakości świadczenia usług przez dotychczasowych wykonawców, w tym MPO, czy też korzyści, jakie dla zabezpieczenia potrzeb Zamawiającego (mieszkańców) miałyby udzielenie zamówienia spółce miejskiej z pominięciem trybu konkurencyjnego.

BRAKI OGŁOSZENIA - zarzuty wspólne dla odwołań o sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 587/22.

- przez naruszenie art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r., poz. 2434) poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania zgodnie z wnioskiem skierowanym na podstawie art. 74 Pzp, w szczególności dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych i sporządzenia Raportu, w szczególności dokumentów wymienionych w załączniku nr 1 do wspomnianego Raportu (sygn. akt KIO 561/22);

- przez naruszenie art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy w zw. z 53 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) oraz art. 213 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Ustawy poprzez 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 oraz zaniechanie przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (sygn. akt KIO 563/22);

- poprzez naruszenie art. 23 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 SI i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm., dalej „Kodeks cywilny”) oraz art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez nieprawidłową publikację oraz nieprawidłowe sporządzenie planu postępowań o udzielenie zamówień (obejmującego niniejsze zamówienie), w sposób mający na celu obejście ustawy i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest opublikować plan z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym identyfikację przez potencjalnych wykonawców zamierzeń Zamawiającego co do zasad udzielania zamówień (sygn. akt KIO 563/22);

- przez naruszenie art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i 18 ust. 1 PZP w zw. z 52 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2439) poprzez 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 (sygn. akt KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 581/22 KIO 587/22).

W ocenie składu orzekającego zarzuty wobec treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie zasługiwały na uwzględnienie. Sposób przedstawienia informacji mógł mieć znaczenie dla wyniku sprawy wyłącznie w zestawieniu z zarzutem braku wykazania spełnienia przesłanki trybu, a nie jako samodzielna podstawa do podważenia czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Należy podkreślić, iż Zamawiający zamieścił wszystkie niezbędne dane, na podstawie których Odwołujący mogli sformułować zarzuty merytorycznie podważające stanowisko co dopuszczalności udzielenia zamówienia w formule in-house. Dodatkowe informacje, których brak był wytykany w uzasadnieniu zarzutów nie miały bezpośredniego wpływu na ocenę czynności Zamawiającego w świetle przesłanek trybu i tym samym nie miały wpływu na wynik postępowania.

POZOSTAŁE ZARZUTY Z ODWOŁANIA Remondis (sygn. akt KIO 563/22).

- naruszenia art. 213 ust. 1 PZP w zw. z art. 217 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP

oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny poprzez zamiar udzielenia przez Zamawiającego zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy podczas, gdy Zamawiający nie przeprowadził z MPO negocjacji w sposób wymagany przepisami, a podjęte w tym przedmiocie przez Zamawiającego działania zostały przeprowadzone dla pozorów;

- naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 4 ust. 1 pkt 1) ustawy o gospodarce komunalnej poprzez powzięcie zamiaru zawarcia umowy bez wymaganej przepisami szczególnymi uchwały Rady Miasta w przedmiocie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej, która to uchwała podlega kontroli

sądowo-administracyjnej,

- naruszenia art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm., dalej „UCPG”) oraz art. 91 ust. 1 PZP poprzez zamiar udzielenia dwóch zamówień publicznych oraz zawarcia dwóch umów na ten sam przedmiot usług podczas, gdy określony przedmiot usług może być objęty wyłącznie jednym zamówieniem publicznym oraz jedną umową,

- naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 72 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy

Kodeks cywilny poprzez faktyczne niedokonanie przez Zamawiającego podziału zamówienia na części i zaniechanie udzielenia części zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym oraz zaniechanie wskazania w protokole postępowania szerokiego uzasadnienia kwestii podziału zamówienia na części, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania podziału zamówienia na części w sposób prowadzący do rozwoju konkurencyjności,

- naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 i art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 6d ust. 4 UCPG poprzez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych UCPG elementów opisu zamówienia,

- naruszenia art. art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny 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),

- naruszenia art. 108 i art. 112 ust. 1 i art. 217 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie

weryfikacji wykonawcy i zamiar udzielenia zamówienia podmiotowi nie posiadającemu zdolności do jego wykonania i nie dającemu gwarancji należytego wykonania zamówienia,

- naruszenia art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 6d ust. 1a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 888 ze zm., dalej: „UCPG”) poprzez zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki podczas, gdy zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu,

- naruszenia art. 35 ust. 1 pkt 2) i 99 ust. 1 PZP i 106 ust. 1 TFUE poprzez niewłaściwe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia, nieoparte żadnymi wyliczeniami, co prowadzić musi 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.

Zarzuty te podlegały w całości oddaleniu. Izba podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane przez Zamawiającego (pkt od 152 do 157 oraz 161 i 162 odpowiedzi z 14.03.2022 r.), które zasadniczo nie wymaga uzupełnienia.

Oceniając tę część odwołania w zasadzie nie można odnaleźć żadnej dodatkowej podstawy do podważenia czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, które zasadniczo różni się od trybu przetargowego, w którym po stronie zamawiającego spoczywa ciężar określenia w szerszym zakresie warunków, na podstawie których będzie możliwe wskazanie oferty najkorzystniejszej. Poszukiwanie wzorców w procedurze otwartej dla przeprowadzenia postępowania niekonkurencyjnego, wydaje się być z założenia nieprawidłowym. Odwołujący formułując tak liczne zarzuty, zdaje się poszukiwał każdego możliwego argumentu, który mógłby chociaż pośrednio być przypisany do samego udzielenia zamówienia w formule zamówienia wewnętrznego, co jednak nie mogło

doprowadzić do uwzględnienia odwołania. Tylko zarzuty mające faktyczny związek z warunkami dotyczącymi in-house, w tym w szczególności dotyczące znaczenia, jakie dla wykazania spełnienia przesłanek miały okoliczności wskazane w ogłoszeniu i dokumentach przywołanych, mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a przez to, w przypadku ich zasadności prowadzić do uwzględnienia odwołania.

ODWOŁANIE EKO-CONSULT (sygn. akt KIO 574/22).

W niniejszej sprawie żądanie odwołania polega na unieważnieniu dokonanego przez Zamawiającego wyboru trybu udzielenia zamówienia, tj. unieważnienia prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Wykazując interes w uzyskaniu zamówienia Odwołujący podnosił, iż prowadzi również działalność polegającą na obsłudze formalno-prawnej firm odbierających odpady komunalne z terenu m.st. Warszawy, w tym ewidencję, sprawozdawczość i doradztwo. Odwołujący ma więc interes w tym, by odwołanie zostało uwzględnione, bowiem tylko uwzględnienie tego odwołania otwiera mu drogę do ubiegania się na zasadach konkurencyjnych o zamówienie na odbiór odpadów komunalnych z m. st. Warszawa, a także możliwość realizacji usług polegających na obsłudze formalno-prawnej firm odbierających odpady komunalne z m.st. Warszawa. Brak możliwości realizacji tego zamówienia, rodzi po stronie Odwołującego potencjalną szkodę obejmującą brak spodziewanych z realizacji zamówienia zysków, a także prowadzi do faktycznej rezygnacji z konkurencji na rynku odbioru odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy, co, biorąc pod uwagę ogromny zakres zamówienia, byłoby niekorzystne dla całego rynku gospodarowania odpadami komunalnymi w Polsce (niekorzystnie wpłynęłoby na jego konkurencyjność i ceny). Udzielenie zamówienia w takiej formie stanowi zagrożenie dla przedsiębiorstw, które przez lata inwestowały w rozwój swojej działalności, może doprowadzić nawet do ich wyeliminowania z rynku i zakończeniu działalności gospodarczej. Stanowi to likwidację konkurencyjności, a przedsiębiorca prywatny przestaje istnieć, nie dlatego, że źle funkcjonował, czy podejmował złe decyzje inwestycyjne. Przedsiębiorstwa nie żądają preferencyjnych warunków, zależy im przede wszystkim na możliwości startowania w przetargach, w których o udzieleniu zamówienia decyduje cena i jakość usług. Do tego podkreślał, że niemalże w każdej gminie obserwuje się wzrost masy odpadów komunalnych, dlatego nie można wprowadzać rozwiązań, które spowodują likwidację firm komunalnych oraz utratę pracy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
 - nakazanie Zamawiającym unieważnienia 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, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

Zamawiający w odpowiedzi na to odwołanie wskazał na brak prawidłowo sformułowanych zarzutów i żądań, a także wykazania przez Odwołującego interesu w jego złożeniu.

Odnosząc się do braku wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przez podmiot, którego przedmiot działalności nie jest zasadniczo związany z działalnością polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu opadów, a jedynie z prowadzeniem doradztwa na rzecz podmiotów działających na rynku, skład orzekający uznał, iż interes w uzyskaniu zamówienia powinien być rozumiany jako możliwość ubiegania się o zamówienie w celu jego realizacji. Słusznie interes w uzyskaniu zamówienia jest atrybutem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wykazywał interes w zasadzie przekonując o możliwości doradzania podmiotom, które miałyby o zamówienie się ubiegać, co w żaden sposób nie może być odniesione do realizacji elementu świadczenia objętego zamówieniem na odbiór odpadów. Izby nie przekonały argumenty prezentowane w piśmie i ustnie na rozprawie. W orzecznictwie jednolicie interes w uzyskaniu zamówienia jest uzasadniany możliwością ubiegania się o zamówienie publiczne w celu jego realizacji, co przy odwołaniach składanych na czynności towarzyszące wszczęciu postępowania wymaga wykazania hipotetycznej szkody wynikającej z utrudnienia wykonawcy dostępu do zamówienia (przykładowo w wyroku KIO z 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2223/20).

Jednocześnie brak wykazania legitymacji materialnej do wniesienia odwołania prowadzi do jego oddalenia bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zasadności zarzutów.

W przedmiotowym odwołaniu również sam sposób sformułowania zarzutów uniemożliwiałby ich rozpoznanie. Odwołujący na rozprawie próbował doprecyzować zarzuty poprzez rozszerzenie podstawy faktycznej na okoliczności, które nie zostały nawet zasygnalizowane w odwołaniu, jako prowadzące do uznania czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, jako naruszającej przepisy Ustawy. Izba nie dopuściła do uzupełnienia odwołania, do czego prowadziłoby dopuszczenie wnioskowanych dowodów na okoliczności, które nie zostały podniesione w podstawie zarzutu. Tym samym rozpoznając odwołanie Izba była związana kierunkowo wyłącznie wskazaniem przez Odwołującego na konsekwencje jakie może mieć udzielenie zamówienia spółce miejskiej z pominięciem procedury konkurencyjnej. Bez odniesienia się do konkretnych okoliczności, które miałyby związek z przesłankami trybu opisanymi w art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy, nie było możliwe ustalenie zakresu rozpoznania.

Izba uznała, iż odwołanie poza wskazaniem na naruszenie Zamawiającego opisane ogólnie, jako dotyczące wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i naruszenia przesłanek, nie zawiera żadnych podstaw faktycznych, które precyzowałyby która z przesłanek ustawowych nie zachodzi i na jakiej podstawie taka ocena miałaby być uzasadniona. Odwołujący jedynie w żądaniu nakazania unieważnienia czynności wskazał na naruszenie przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki. W świetle takiej konstrukcji odwołania Izba uznała, iż nie ma podstaw do ustalenia w jakim zakresie zarzuty kierowane są wobec decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki. Izba oceniając zarzut związana jest nie tylko wskazaniem na przepis prawa, ale również okolicznościami faktycznymi, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego. Izba uprawniona jest do oceny czynności zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają znaczenie dla ustalenia granic kogencji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Podsumowując całość stanowiska dotyczącego zarzutów rozpoznanych w postępowaniu odwoławczym, Izba w części uznała zasadność zarzutów, w których zakwestionowane zostało spełnienie przesłanki ustawowej dla udzielenia zamówienia w formule in-house spółce MPO, nad którą Zamawiający sprawuje kontrolę. Ponadto, mając na uwadze stanowisko Zamawiającego co do znaczenia usługi transportu odpadów, jako mogącej być zlecanej przez MPO podmiotom trzecim (na takich samych zasadach jak jest to przyjęte w umowach zawartych z MPO w trybie konkurencyjnym), Izba stwierdziła, iż decyzją o udzieleniu zamówienia in-house w tych okolicznościach nie mogła być utrzymana. Prowadziło to do uwzględnienia w części odwołań o sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22 w części zarzutów wspólnych dotyczących przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki opisanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b Ustawy oraz naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 9 Ustawy.

O wyniku zdecydowały okoliczności dotyczące sposobu obliczenia procentu działalności MPO, jako przychodu z zadań powierzonych przez Miasto do wykonania na podstawie Umowy Wykonawczej. Mając na uwadze znaczenia, jakie dla tej przesłanki miało zaliczenie całości przychodów z zagospodarowania odpadów, uwzględnienie już tylko w tym elemencie odwołań, prowadziło do istotnej zmiany, powodującej, że przesłanka 90% działalności związanej z realizacją zadań powierzonych nie została spełniona. Izba podzieliła stanowisko Odwołujących, iż do licznika nie mogły być zaliczone w całości przychody dotyczące zagospodarowania odpadów, które formalnie zostały powierzone do realizacji spółce miejskiej, jednak z uwagi na ograniczenia jakie wynikają z zasobów MPO, były powierzane dalej wykonawcom wyłonionym w przetargach publicznych. Mając na uwadze orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, szeroko komentowane na rozprawie i w pismach procesowych, Izba przyjęła wykładnię przesłanki zależności ekonomicznej dla trybu in-house, uwzględniając konieczność powiązania przychodu z wykonaniem zadań powierzonych. W kontekście normatywnym, nie można zatem utożsamiać powierzenia zadania własnego gminy spółce zależnej z dalszym jego przekazaniem do podmiotów zewnętrznych, gdyż zaburzona zostaje relacja jaka jest konieczna dla uznania, iż działalność związana, tu z zagospodarowaniem odpadów, dotyczy wykonywania zadań powierzonych. Tylko w zakresie, w jakim MPO było w stanie tę usługę wykonać samodzielnie, przychód mógł być zaliczony do wyliczenia wskaźnika procentowego przychodu z realizacji powierzonego zadania. Nie jest zadaniem własnym gminy powierzaniem do wykonania MPO usługi publiczna polegająca na organizowaniu przetargów publicznych, a taką formę przyjmuje w dużej części działalność MPO w zakresie zagospodarowania odpadów.

Obligatoryjnym zadaniem gminy jest natomiast odbiór i zagospodarowanie odpadów w ramach utrzymania porządku i czystości w gminie w drodze świadczenia tych usług poprzez bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności.

Działalność generująca przychód wliczany do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy musi być bezpośrednio związana z wykonaniem powierzonego zadania jednostki sprawującej kontrolę o jakiej mowa w lit. a. Powiązanie obu przesłanek ustawowych w tym przepisie musi prowadzić do stwierdzenia, iż to podmiot, nad którym jednostka sprawuje kontrolę realizuje zadanie powierzone do wykonania. W sytuacji, gdy realizacja zadania własnego gminy faktycznie kierowana jest do podmiotu zewnętrznego, nad którym nie zachodzi żaden stosunek kontroli zamawiającego, przychód nie może być zaliczany do przychodu z działalności realizowanej w ramach „struktury wewnętrznej” zamawiającego.

Izba uwzględniła również zarzuty związane z okolicznością w zasadzie niesporną, a dotyczącą założenia Zamawiającego w odniesieniu do usługi transportu odpadów, jakie towarzyszyło wszczęciu postępowania. Chociaż na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający wraz z MPO próbowali wykazać zasoby techniczne mające pozwolić MPO na samodzielną realizację transportu, to inicjatywa ta była wyłącznie podyktowana potrzebą odparcia zarzutów. Izba uznała, iż Zamawiający decydując się na tryb in-house zakładał korzystanie przez MPO z podwykonawstwa w zakresie części głównej zamówienia, a tą jest transport odpadów, niezależnie od odległości na jaką będzie konieczny i pojazdów, jakie będą mogły być wykorzystane. Sytuacja ta prowadziła do stwierdzenia, iż zamówienie in-house utraci swój charakter, a tym samym od początku decyzja o wyborze tego trybu nie miała podstaw w faktycznych zdolnościach MPO do wykonania tak dużego wolumenu zamówienia. Nie oznacza to, iż sam in-house nie może być przez Zamawiającego wykorzystany, należy jednak wskazać, iż jego zakres musi być powiązany z możliwościami spółki, która realizować powinna samodzielnie główne części zamówienia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11

oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołującego wysokości 15.000,00 zł. w każdej ze spraw oraz koszty pełnomocników Odwołujących i Zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy. Izba w sentencji orzeczenia dokonała na podstawie art. 575 Ustawy rozliczenia kosztów stron stosunkowo do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych.

W sprawie o sygn. akt KIO 561/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 18.600 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 50%, gdyż na cztery zarzuty podniesione w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 9.300 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem zwrócić Odwołującemu nadwyżkę kwoty przekraczającej te koszty z tytułu wniesionego wpisu, tj. kwotę 5.700 zł.

W sprawie o sygn. akt KIO 563/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w ok. 10%, gdyż grupując zarzuty według wspólnej podstawy do 20 z wymienionych 22 (zarzuty nr 11 i 12 - jako jeden zarzut i zarzuty nr 15 i 16 jako jeden zarzut), dwa zarzuty zostały uwzględnione (nr 6 i 8). Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 19.980 zł/2.220 zł. Odwołujący zobowiązany był pokryć koszty Zamawiającego pokrywające różnicę pomiędzy kwotą kosztów, o których zasądzenie wnosił Zamawiający (3.600 zł), tj. w wysokości 1.380,00 zł.

W sprawie o sygn. akt KIO 573/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 40%, gdyż na pięć zarzutów (w tym jako jeden zarzut potraktowano opisane w pkt 2, 3, 4, 5 oraz 6 i 8) podniesionych w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 13.320 zł/8.880 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 5.280 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 574/22 - odwołanie w całości oddalone. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł - zasądzone od Odwołującego.

W sprawie o sygn. akt KIO 575/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 40%, gdyż na pięć zarzutów podniesionych w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 13.320 zł/8.880 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 5.280 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 577/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 33% (1/3), gdyż na trzy zarzuty (w tym jako jeden zarzut potraktowano opisane w pkt 1 i 2) podniesione w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 14.800 zł/7.400 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 3.800 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 579/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 33% (1/3), gdyż na trzy zarzuty podniesione w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 14.800 zł/7.400 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 3.800 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 581/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 40%, gdyż na pięć zarzutów podniesionych w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 13.320 zł/8.880 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 5.280 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 587/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 27.021 zł 96 gr na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego (8.421,96 zł) i Zamawiającego (3.600 zł.) Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 40%, gdyż na pięć zarzutów podniesionych w odwołaniu dwa zostały uwzględnione. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości

16.213,18/10.808,78 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 7.208,78 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 589/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22.200 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego w wysokości po 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w 25%, gdyż na cztery zarzuty (jako wspólny zaliczono zarzut z pkt 2 i 3 odwołania) podniesionych w odwołaniu jeden został uwzględniony. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 16.650 zł/5.550 zł. Zamawiający zobowiązany był zatem ponieść dodatkowo koszty pokrywające różnicę kosztów przypadających na niego, tj. w wysokości 1.950 zł. - zasądzonych na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu części kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....

Członkowie: