

Sygn. akt: KIO 2597/25

WYROK

Warszawa, 1 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska
Członkowie: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 czerwca 2025 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Remondis Sp. z o.o. Warszawa (KRS 31135) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Urząd Miasta Łodzi, przy udziale uczestnika - wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

- A. **ENERIS Surowce Usługi S.A. Kielce (KRS 64208)** po stronie odwołującego,
- B. **FBSerwis S.A. Warszawa (KRS 421036)** po stronie odwołującego,
- C. **FCC Polska sp. z o.o. Zabrze (KRS 64596)** po stronie odwołującego,
- D. **PreZero Service Centrum sp. z o.o. Kutno (KRS 117417)** po stronie odwołującego,
- E. **RS II sp. z o.o. Zgierz (KRS 492415)** po stronie odwołującego,
- F. **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź sp. z o.o. (KRS 24375)** po stronie zamawiającego,

orzeka:

Oddala odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego,

Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu drugiego i nakazuje zamawiającemu wyznaczenie okresu umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas nie dłuższy niż 4 lata,

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po połowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 9 300 zł 00 gr (dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o wartości przekraczającej progi unijne pn.: „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Widzew, znak: DOM-WZP-III.271.62.2025; Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp opublikowane w BZP 12 czerwca 2025 r., nr 2025/BZP 00276092; Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante opublikowane w suplemencie do Dz.U. UE 13 czerwca 2025 r. nr 382025-2025 (dalej Postępowanie).

23 czerwca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy REMONDIS sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000031135) (dalej odwołujący).

Po udostępnieniu 15 czerwca 2025 r. przez zamawiającego kopii odwołania,

27 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca FBSerwis S.A. Warszawa (KRS: 421036) (dalej przystępujący lub FBSerwis),

27 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca FCC Polska Sp. z o.o. Zabrze (KRS: 64596) (dalej przystępujący lub FCC Polska)

27 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca PreZero Service Centrum sp. z o.o. Kutno (KRS: 117417) (dalej przystępujący lub PreZero)

27 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca RS II sp. z o.o. Zgierz (KRS: 492415) (dalej przystępujący lub RS II)

30 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ENERIS Surowce Usługi S.A. Kielce (KRS 64208) (dalej przystępujący lub Eneris),

27 czerwca 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź sp. z o.o. (KRS 24375), z którym prowadzono Postępowanie.

Izba uznała zgłoszenie przystąpień za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.
Odwołujący zarzucał zamawiającemu (podkreślenia własne izby):

wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp z pominięciem zasady konkurencyjności i proporcjonalności polegający na powierzeniu z wolnej ręki realizacji zamówienia przez MPO „w sytuacji, w której na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi tak co do rodzaju jak i ilości oraz obszaru, także za niższą cenę; a nadto pomimo niezajścia przesłanek ustawowych do jego zastosowania; Powyższe naruszenie przepisów doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku, polegającego w szczególności na niezasadnym preferowaniu jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp;

wprowadzenie dłuższego niż 4 letni terminu, na jaki ma zostać udzielone zamówienie z pominięciem zasady konkurencyjności i proporcjonalności w sytuacji nie zajścia i nie wykazania przesłanek z art. 434 ust. 2 Pzp w sytuacji, w której na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi tak co do rodzaju jak i ilości oraz obszaru, także za niższą cenę; Powyższe naruszenie przepisów doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia na okres niemal 25 lat pomimo istnienia konkurencji na rynku, polegającego w szczególności na niezasadnym preferowaniu jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 434 ust. 2 Pzp”

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

unieważnienie Postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek;

skrócenia terminu udzielenia zamówienia do 4 lat.

zysępujący po stronie odwołującego popierali jego stanowisko.

zamawiający i MPO wnosili o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako

przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników oddaliła zarzut pierwszy wobec nie wykazania przez odwołującego, że zamawiający błędnie zastosował normę art. 214 ust. 1 pkt 11) Ustawy wobec niespełnienia przez MPO przesłanek zastosowania trybu. Izba uwzględniła zarzut drugi oceniając, że zgodnie z twierdzeniami zarzutu zamawiający nie wskazał i nie wykazał uzasadnienia zastosowania terminu 25 lat obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustalając stan faktyczny izba dopuściła dowody wnioskowane i złożone przez strony i uczestników, oparła się także na dokumentach zamówienia, ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy i ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości. Oceniając materiał dowodowy izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestników zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Odwołujący wnosił o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia umowy spółki MPO Łódź sp. z o.o. oraz „specjalistycznego opracowania wykonanego w dniu 12 lutego 2025 r., obejmującego dane finansowe z lat 2022 - 2024” wraz z dokumentacją źródłową do tego opracowania oraz kopiami wszystkich umów realizowanych przez MPO Łódź sp. z o.o. oraz wszystkich faktur wystawionych przez MPO Łódź sp. z o.o. w okresie 2022 – 2025.

Izba stwierdza, że zamawiający i MPO złożyli szereg, dokumentów w tym także umowę spółki i opracowanie z 12 lutego 2025 r.. Izba nie znalazła podstaw do żądania złożenia całości dokumentacji źródłowej za lata 2022 – 2025 wobec nie podważenia wiarygodności i prawidłowości opracowań potwierdzających, spełnienie przez MPO przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11, w szczególności przekroczenia parytetu 90% działalności MPO jako dotyczącej wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub podmioty przez niego kontrolowane w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Zarzut pierwszy

Izba wskazuje, że odwołanie sprowadzało się do:

a. przywołania treści ogłoszeń tj. uzasadnienia zamawiającego wyboru trybu,

b. przywołania stanowisk judykatury,

c. własnych twierdzeń o charakterze ogólnym i sprowadzających się do zaprzeczenia prawidłowości oceny przez zamawiającego statusu MPO ogólnego podważania okoliczności podanych w uzasadnieniu trybu, bez doprecyzowania okoliczności faktycznych, które w ocenie odwołującego wskazują na nieprawidłowość oceny:

- poza przesłanką posiadania kontroli, gdzie odwołujący wskazał w czym upatruje braku teże,

- sprowadzających się do wskazania, jakie dokumenty lub informacje byłyby wystarczające w ocenie odwołującego w zakresie przesłanki ponad 90% działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, gdzie odwołujący wskazywał na potrzebę opublikowania analiz i wszystkich dokumentów źródłowych, które to oczekiwanie w ocenie izby nie jest uzasadnione brzmieniem normy art. 214 a nadto nierealne (udostępnienie, przywołanie wszystkich faktur i umów za 3 lata),

które to twierdzenia odwołującego zostały w ocenie izby skutecznie podważone przeciwdowodami zamawiającego i MPO

d. wskazania, że okoliczności powołane w uzasadnieniu trybu wynikają z dokumentów, których zamawiający nie upublicznił lub nie opisał/ nie podał / nie doprecyzował w uzasadnieniu wyboru trybu, co do których izba stwierdziła, że były upubliczniane przez zamawiającego lub MPO lub publicznie dostępne i pozwalały na doprecyzowanie zarzutów;

e. wskazania, że zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki nie narusza zasad konkurencji, co nie należy do przesłanek stosowania trybu z art. 212 ust. 1 pkt 11 Pzp a jednocześnie zamawiający wykazał, że rynek przez niego obsługiwany jest dostępny w różnych sektorach Miasta Łodzi dla podmiotu wewnętrznego (MPO) albo podmiotów zewnętrznych (np. odwołującego).

Odwołujący dla uzasadnienia twierdzeń niespełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp wskazał, że (zaznaczenia własne izby): „Uzasadniając zastosowanie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp Zamawiając podał: Zamawiający sprawuje kontrolę nad Wykonawcą odpowiadającą kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad jego własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy (b) w oparciu o dane historyczne w zakresie średniego przychodu ze sprzedaży osiągniętego przez Wykonawcę za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia wykazano, że ponad 90% działalności Wykonawcy dotyczyło wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiającego oraz (c) w kapitale Wykonawcy brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Powyższe warunki zostały potwierdzone w specjalistycznym opracowaniu wykonanym w dniu 12 lutego 2025 r., obejmującym dane finansowe z lat 2022 - 2024.

Usługi, powierzane Wykonawcy na mocy Zamówień mają charakter usług publicznych, świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, które będą realizowane w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców Miasta Łodzi w ramach statutowej działalności Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania-Łódź Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Usługi te realizowane będą zgodnie z wymogami Decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L 7/3 z dnia 11 stycznia 2012 r.).

Zamówienie ma zostać udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, który stanowi:

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

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

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

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

Podmiotem, który uzyska zamówienia zgodnie ze w/w ogłoszeniami jest MPO Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Zamawiający przedstawił niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w informacji o zamiarze zawarcia umowy polegającego na niepełnym opisanu sytuacji uzasadniającej skorzystanie z trybu, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów ustawy Pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE. Należy wskazać, że samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Odwołujący zwraca uwagę, że chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej. Wskazuje, że z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, w dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi, w tym przepisami o ochronie konkurencji. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE, jak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i ustawie Pzp a dotyczącym art. 346 TFUE. Podnosi, że co do zasady jednak taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma.

Zgodnie z KRS wszystkie udziały w MPO sp. z o.o. posiada Miasto Łódź Spółka MPO ma dwuosobowy zarząd i radę nadzorczą. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie upublicznił dokumentów, z których wynika spełnienie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Odwołujący wskazuje, że MPO Łódź sp. z o.o. w/w przesłanek nie spełnia. Zamawiający nie sprawuje nad MPO Łódź sp. z o.o. kontroli odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. W szczególności Zamawiający nie wykazał rzeczywistego wpływu członków Rady Nadzorczej na decyzje Zarządu i Zgromadzenia Wspólników, nie wskazał granic działania Zarządu oraz kryteriów i decyzji, które wymagają uchwały Zgromadzenia Wspólników. Mniej niż 90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Miasto Łódź lub przez inną osobę prawną, nad którą Miasto Łódź sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp. W kontrolowanej osobie prawnej jest bezpośredni udział kapitału prywatnego.

[bepośredni wpływ]

Ustawodawca precyzyjnie określił przesłanki do udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”. Pierwszą z nich jest gwarancja bezpośredniego wpływu Zamawiającego na podmiot „in house”. Z uzasadnienia opublikowanej informacji nie wynika, aby Zamawiający zagwarantował sobie bezpośredni nadzór i kontrolę nad MPO Łódź sp. z o.o. Rzeczywiście w strukturach Wykonawcy funkcjonuje Rada Nadzorcza, niemniej organ ten poza przygotowaniem rocznych sprawozdań nie ma narzędzi do bieżącej weryfikacji czynności Zarządu. Rada Nadzorcza sprawuje funkcję podstawową. Przepisy szczególne dają możliwość rozszerzenia kompetencji Rady, co byłoby rozwiązaniem słusznym w kontekście zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Zgodnie z art. 220 Ksh umowa spółki może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, a w szczególności stanowić, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem oznaczonych w umowie spółki czynności, oraz przekazać radzie nadzorczej prawo zawieszania w czynnościach, z

ważnych powodów, poszczególnych lub wszystkich członków zarządu.

Z informacji o zamówieniu nie wynika jakie kompetencje zostały przyznane radzie nadzorczej. Zazwyczaj swoboda działalności Zarządu hamowana jest poprzez precyzyjnie kryteria w zakresie obowiązku uzyskania zgody organu kontrolnego na daną inwestycję. Odwołujący stawia tezę, że takich kompetencji rad nadzorcza w tym wypadku nie posiada.

Zamawiający nie wykazał, aby skorzystał z innych kodeksowych instrumentów kontrolujących działania Zarządu, np. określonych w art. 230 Ksh: Rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.

MPO Łódź sp. z o.o. będzie miał ponadto możliwość zawarcia umowy na realizację usług w zakresie wywozu odpadów na rzecz innego niż Zamawiający podmiotu. Wykonawca ma swobodę w prowadzeniu działalności.

[analiza]

Zamawiający nie upublicznił specjalistycznego opracowania wykonanego w dniu 12 lutego 2025 r., obejmującego dane finansowe z lat 2022 - 2024, na który to dokument powołuje się w treści uzasadnienia. Nie upublicznił także dokumentów źródłowych do tego opracowania. Istotnymi dla oceny spełnienia przesłanek zamówienia in-house byłyby: umowa spółki, kontrakty zawarte i realizowane przez MPO Łódź sp. z o.o. w okresie 2022 - 2025, faktury wystawiane przez MPO Łódź sp. z o.o. we w/w okresie.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 czerwca 2020 r. to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełnienia m.in. przesłanek wolnej ręki, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę (por. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2020 r., KIO 950/20, LEX nr 3043794).

[cena]

Odwołujący przytacza również wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C- 285/19, gdzie wskazano, że spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających stosowanie procedury in-house wcale nie oznacza, że zastosowanie tej procedury jest zgodne z prawem. Powyższe przesłanki mają charakter brzegowy (muszą być spełnione), ale nie są to warunki, które same w sobie są wystarczające do uznania, że można stosować in-house. Tym samym rozważając zastosowanie procedury in-house należy co najmniej przeanalizować, czy: 1) jest to efektywne ekonomicznie; 2) nie zakłóci konkurencji i nie będzie oznaczać nadużycia pozycji dominującej; 3) będzie to zgodne z przepisami o pomocy publicznej.

Wskazać także należy, że zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który

mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Błędny wybór trybu zamówienia, o czym mowa wyżej, wypełnia przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający zobowiązany jest do wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, a zarazem gwarantujący należyłą realizacją np. usług. Konkurencyjny tryb zamówienia gwarantuje spełnienie obu wskazanych przesłanek.”

Mając na uwadze zakres zarzutu Izba oddaliła wniosek odwołującego w zakresie biegłego właściwego dla ustalenia posiadania lub nie przez MPO statusu podmiotu wewnętrznego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy jako, że zastąpić miał on rolę odwołującego we wskazaniu i wykazaniu okoliczności zaprzeczających realizowaniu przez MPO ponad 90 % działalności na rzecz zamawiającego, wynikającego z audytów i tzw. notatek. Odwołujący, jak i uczestnicy podważając analizy ograniczali się wyłącznie do twierdzeń własnych. Kwestie podnoszonych niespójności wartości liczbowych w różnych dokumentach zostały dostatecznie wyjaśnione przez zamawiającego i MPO. Izba dała wiary wyjaśnieniem, że dane z audytów, analiz i tzw. notatek a także sprawozdań finansowych i stanowiska zamawiającego różnią się ze względu na różne cele sporządzenia i wynikające z nich metody wyliczeń a także różne daty sporządzenia. Odwołujący ani uczestnicy po stronie odwołującego nie podważyli skutecznie wiarygodności i prawidłowości audytów, analiz i notatek, które potwierdzają spełnianie przez MPO paragrafu z art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy.

Izba ustaliła, że:

- 1.zamawiający uzasadnił udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sposób przywołany w uzasadnieniu odwołania;
- 2.miasto Łódź w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów zostało podzielone na 5 sektorów tj. Górna, Polesie, Bałuty, Widzew i Śródmieście; do chwili obecnej trzy sektory - Bałuty, Śródmieście i Widzew obsługiwane były przez podmioty zewnętrzne, zaś rejony - Polesie i Górna obsługiwane były przez MPO; w ramach Postępowania obsługa sektora Widzew przekazana ma być do obsługi MPO, sektory Bałuty i Śródmieście będą obsługiwane przez podmioty zewnętrzne;

Izba przyjęła jako swój stan faktyczny dotyczący gospodarki odpadami zamawiającego przedstawiony w uzasadnieniu stanowiska procesowego, wobec tego, że wynika z załączonych do pisma procesowego z 25 lipca 2025 r. dowodów, które oceniła jako wiarygodne tj. że:

- 3.Zamawiający powierzył MPO realizację zadania własnego z art. 7 ust. 1 pkt.3 ustawy o samorządzie gminnym dotyczącego utrzymania czystości i porządku na podstawie uchwały Rady Miasta z 14 czerwca 2018r. nr LXXII/1875/18; kolejnymi uchwałami Rada Miejska (uchwała nr XL/1208/21 z 17 marca 2021r. oraz uchwała nr LXXXVII/2675/24 z 13 marca 2024r. zmieniające uchwałę nr LXXII/1875/18) podtrzymano powierzenie MPO tego zadania własnego spółce (uchwały dostępne publicznie jako akty prawa miejscowego)
- 4.Zgodnie z umową spółki MPO, będącą również aktem powierzenia, „MPO (§6 ust.2) zobowiązana jest do realizacji zadań własnych gminy określone ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym dotyczące utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych w zakresie powierzonym uchwałą Rady Miejskiej w Łodzi oraz umowami o świadczenie usług publicznych w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu Miasta Łodzi mających charakter usług publicznych świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w celu zapewnienia zbiorowych potrzeb mieszkańców Miasta Łodzi. Zadania te mieszczą się w przedmiocie działalności Spółki jako: 38.11. Z - Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, 38.12. Z - Zbieranie odpadów niebezpiecznych, 38.21.Z - Obróbka i zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, 38.32.Z - Odzysk surowców z materiałów segregowanych.”

Stąd zakres powierzenia „realizacji zadania własnego gminy w zakresie utrzymania czystości i porządku obejmuje odbiór odpadów i jest realizowane w ramach usługi w ogólnym interesie gospodarczym, do których

mają zastosowanie postanowienia Decyzji Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (dowody publicznie dostępne jak w pkt 3 powyżej, w sprawie dowody złożone przez zamawiającego i MPO – akty założycielskie i jednolity) „

5. zamawiający od 2011r. prowadzi działania zmierzające do uregulowania prowadzenia działalności w zakresie gospodarki odpadami:

- „W 2011r. Miasto Łódź na podstawie umowy nr 272.1.1.13.2011 z 26 września 2011 r. z IGO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ul. Barbary 21a, zleciło wykonanie koncepcji Gospodarki Odpadami dla Miasta Łodzi. W ramach przedmiotowego opracowania została wypracowana koncepcja podziału miasta Łodzi na sektory świadczenia usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych wraz z podaniem liczby mieszkańców w sektorze (pkt. 4 str. 27-36). Jednocześnie zostały przygotowane w latach 2018 - 2019 analizy związane z opracowaniem dot. cen za usługi w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, powierzonego miejskiej Spółce MPO od lipca 2018r. na okres 3 lat oraz aktualizacja opracowania dot. cen za usługi w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, powierzonego miejskiej Spółce MPO od lipca 2018r.

(Dowód złożone przez zamawiającego: opracowanie dot. cen za usługi w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, powierzonego miejskiej Spółce MPO od lipca 2018r. na okres 3 lat aktualizacja opracowania dot. cen za usługi w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, powierzonego miejskiej Spółce MPO od lipca 2018r.- o fakcie posiadania statusu podmiotu wewnętrznego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp zamawiający informował w Biuletynie Zamówień Publicznych zgodnie z art. 214 ust. 4 Pzp);

6. „Miasto Łódź uzyskało opinię prawną w przedmiocie możliwości udzielenia zamówienia in house MPO Łódź Sp. z o.o. jako spółce komunalnej, której jedynym udziałowcem jest miasto Łódź. Celem opinii było wskazanie zmian jakie powinny zostać wprowadzone w strukturze organizacyjno-finansowej MPO Łódź Sp. z o.o. aby możliwe było powierzenie tej spółce komunalnej świadczenia usług w zakresie utrzymania czystości i porządku w ramach zamówienia in house (dowód opinia prawna złożona przez zamawiającego);

7. „W związku z powierzeniem spółce MPO zadań własnych gminy w zakresie utrzymania czynności i porządku opisanymi powyżej aktami powierzenia (uchwały RM i akt założycielski Spółki) Miasto Łódź zleciło 23 marca 2018r. opinię dotyczącą spełnienia przez spółkę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. definicji podmiotu wewnętrznego. Następnie w dniu 6 maja 2019r. zleciło uzupełnienie opinii dotyczącej spełnienia przez spółkę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. definicji podmiotu wewnętrznego (Dowód złożona przez zamawiającego opinia dotycząca spełnienia przez spółkę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. definicji podmiotu wewnętrznego UZUPEŁNIENIE Łódź, 6 maja 2019 r. opinię dotyczącą spełnienia przez spółkę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. definicji podmiotu wewnętrznego Łódź 23 marca 2018r.);

8. „W związku z wdrażaniem celów założonych w Koncepcji Gospodarki Odpadami Miasta Łodzi oraz pozyskanymi opiniami oraz przeprowadzoną reorganizacją MPO Łódź Sp. z o.o. zostały zawarte następujące umowy powierzenia w trybie in-house:

1. W latach 2018r. - 2021 zostały zawarte 4 umowy z MPO Łódź Sp. z o. o., których przedmiotem było: Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Górna, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Polesie, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Polesie, Odbiór

odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Górna. Działania miasta Łódź związane z powierzeniem były przedmiotem kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej. W wyroku z dnia 7.06.2021r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o nanoszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi w sprawie Nr rej. NDB-50/t/26/2020 uznała, iż dokonane w 2018r. powierzenie usług odbiorów odpadów MPO Łódź Sp. z o.o. w ramach in-house było prawidłowe i tym samym nie stwierdziła naruszenia dyscypliny finansów publicznych” (złożone przez zamawiającego dowody: orzeczenie z dnia 7.06.2021r. Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o nanoszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi w sprawie Nr rej. NDB-50/t/26/2020)

9., „W latach 2021 - 2042 zostały zawarte 4 umowy z MPO Łódź Sp. z o.o. których przedmiotem jest: Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Górna, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Polesie, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Polesie, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Górna. W tym zakresie również zamawiający sporządził analizę definicji podmiotu wewnętrznego w odniesieniu do MPO Łódź na potrzeby zamówienia w trybie in-house w zakresie usług, których realizacja jest planowana na okres od 1 stycznia 2022 do 31 grudnia 2042 roku. Przedmiotowa analiza potwierdziła spełnienie przesłanek podmiotu wewnętrznego z art. 214 ust. 1 pkt. 11 pzp przez MPO Łódź Sp. z o.o. (dowody złożone przez zamawiającego: Notatka dotycząca definicji podmiotu wewnętrznego w odniesieniu do MPO Łódź na potrzeby zamówienia w trybie in-house w zakresie usług, których realizacja jest planowana na okres od 1 stycznia 2022 do 31 grudnia 2042 roku)

10., „Dodatkowo żaden z podmiotów działających na rynku odbioru odpadów, w tym sam odwołujący nie zakwestionowali ani przedmiotu zamówienia in-house, jak również 21 letniego okresu powierzenia realizacji usług” (dowód: spójne wyjaśnienia zamawiającego i uczestników)

11., „Przedmiotowe umowy zawarte na okres od 2021 roku do 2042 roku zostały rozwiązane porozumieniem stron z dniem 30.06.2025r. W to miejsce zostały zawarte następujące umowy: Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Górna; Nr ref.: DOM- WZPIII.271.61.2025, Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Polesie; Nr ref.: DOM-WZPIII.271.60.2025 Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, odbieranie z aptek przeterminowanych leków i termometrów rtęciowych oraz prowadzenie Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, Nr ref.: DOM-WZP-III.271.63.2025 Zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 oraz utrzymanie nieczynnych wysypisk odpadów, Nr ref.: DOM-WZP-III.271.65.2025 na Zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych oraz eksploatację kompostowni odpadów, Nr ref.: DOM-WZP-III.271.64.2025” (dowód złożone przez zamawiającego: notatka dotycząca definicji podmiotu wewnętrznego w odniesieniu do MPO Łódź na potrzeby zamówienia w trybie in-house w zakresie usług, których realizacja jest planowana na okres od 1 stycznia 2025 roku)

Izba stwierdza, że celem uregulowania w art. 214 ust. 1 pkt 11 przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki jest założenie dopuszczalności ograniczenia konkurencji przez zamawiającego na danym rynku poprzez powierzenie realizacji części usług podmiotowi wewnętrznemu. Sam fakt powierzenia pewnego zakresu usług podmiotowi wewnętrznemu przy jednoczesnym pozostawieniu usług zleczanych podmiotom w trybach konkurencyjnych nie przesądza o niezgodnym z Ustawą ograniczeniu konkurencji czy dyskryminacji podmiotów innych niż wewnętrzne.

Dalej, odnosząc się do ustawowych przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp izba ustaliła, że:

12.MPO jest spółką komunalną, której jedynym udziałowcem jest miasto Łódź (dostępny publicznie Rejestr Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego oraz dostępne publicznie akta rejestrowe MPO w Sądzie Rejonowym dla Łodzi Śródmieścia w Łodzi XX Wydział Krajowego Rejestru Sądowego, w sprawie potwierdził to odpis aktualny KRS złożony przez MPO);

Izba stwierdza, że w MPO nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit c) Pzp;

13.Zgodnie z Aktem Założycielskim MPO (par. 14), Organami Spółki są: 1. Zgromadzenie Wspólników, 2. Rada Nadzorcza – w której skład wchodzi od 3 do 5 członków powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników na 3-letnią wspólną kadencję oraz 3. Zarząd, w którego skład wchodzi od 1 do 3 osób, powoływanych przez Radę Nadzorczą na 4-letnią wspólną kadencję; Miasto Łódź jako jedyny wspólnik MPO, na podstawie art. 156 KSH, wykonuje samodzielnie wszystkie uprawnienia przysługujące Zgromadzeniu Wspólników. Umowa Spółki zawiera postanowienia przyznające Zgromadzeniu Wspólników uprawnienia wykraczające poza podstawowe kompetencje wymagane przepisami KSH. Wśród podstawowych uprawnień Zgromadzenia Wspólników, KSH wskazuje możliwość wyłączenia indywidualnej kontroli poszczególnych wspólników, w sytuacji, w której powołana jest Rada Nadzorcza lub Komisja Rewizyjna. Zgodnie z treścią Umowy MPO, Miasto (Zamawiający), nie skorzystało z tej możliwości. Utrzymało jego uprawnienia nadzorcze i kontrolne względem działalności prowadzonej przez MPO. Uprawnienia te w szczególności dotyczą: 1. prawa do określenia zasad wynagradzania członków Zarządu Spółki i Rady Nadzorczej, 2. obowiązku uzyskania przez Zarząd zgody Zgromadzenia Wspólników na rozporządzenia prawem lub zaciągnięcie zobowiązań o wartości powyżej 6 000 000 PLN, 3. obowiązku uzyskania przez Zarząd zgody Zgromadzenia Wspólników na przyznanie przez Zarząd darowizn powyżej 100 PLN, 4. prawa do zatwierdzania rocznych i wieloletnich programów działania Spółki. Umowa Spółki przewiduje szczególne kompetencje dla Rady Nadzorczej, nadające temu organowi uprawnienia i obowiązki: 1. Obowiązek opiniowania wszystkich wniosków Zarządu kierowanych na Zgromadzenie Wspólników, 2. Obowiązek opiniowania rocznych i wieloletnich planów działania Spółki, 3. Stałe monitorowanie realizacji rocznych planów rzeczowo-finansowych i strategicznych planów wieloletnich, 4. Obowiązek uzyskania przez Zarząd zgody Rady Nadzorczej na rozporządzenia prawem lub zaciągnięcie zobowiązań o wartości od 3 000 000 PLN do 6 000 000 PLN, 5. Prawo do zawieszania członków Zarządu, 6. Obowiązek zatwierdzania zasad sponsoringu oraz monitorowania prowadzenia przez Zarząd spraw z tego zakresu, 7. Kształtowanie zasad wynagrodzeń członków Zarządu oraz wykonywanie innych czynności w tym zakresie zgodnie z uchwałami Zgromadzenia Wspólników. Zgodnie z Umową Spółki, kadencja Członków Rady Nadzorczej przekracza okres wskazanych w art. 216 §1 KSH, co oznacza wzmocnienie stabilności kontroli sprawowanej nad MPO i umocnienie pozycji Rady. Dodatkowym instrumentem umożliwiającym zamawiającemu sprawowanie kontroli nad MPO odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami są regulacje wynikające z Zarządzenia Prezydent Miasta Łodzi nr 2280/2024 z dnia 28 października 2024 r. (zastępujące dotychczasowe zarządzenie nr 9010/VIII/21 z dnia 10 grudnia 2021 r.), które wprowadziło zasady nadzoru właścicielskiego nad spółkami z kapitałowym udziałem Miasta Łodzi. Zarządzenie reguluje: 1. Cele nadzoru właścicielskiego, 2. Podział kompetencji w zakresie nadzoru nad spółkami, 3. Sposób powoływania oraz funkcjonowania Rad Nadzorczych, 4. Sposób powoływania oraz funkcjonowania Zarządów Spółek, 5. Monitorowanie sytuacji w Spółkach, 6. Kontrolowanie Spółek, 7. Współpracy Spółek, 8. Sposobu sporządzania sprawozdań finansowych, 9. Sprawozdawczości Zarządu Spółki oraz Rady Nadzorczej. Zasady nadzoru właścicielskiego mają na celu doszczegółowienie zasad funkcjonowania spółek z udziałem kapitałowym Miasta Łodzi, oraz umożliwienie sprawowania przez Miasto Łódź lepszej kontroli, monitoringu oraz wpływania na funkcjonowanie tych podmiotów. Miasto Łódź jako jedyny wspólnik MPO posiada samodzielny i bezpośredni wpływ na skład Rady Nadzorczej, którą powołuje poprzez Zgromadzenie Wspólników. Zamawiający sprawuje nad MPO kontrolę i nadzór pośrednio – przez Radę Nadzorczą, i bezpośrednio – korzystając z uprawnień wspólnika. Zamawiający poprzez uchwały Zgromadzenia Wspólników ma wpływ na kierunki strategiczne działalności MPO. Jako jedyny wspólnik Miasto jest samodzielnie uprawnione do kształtowania celów i zakresu działalności MPO poprzez wpływanie na treść Umowy Spółki.

(dostępne publicznie ww. uchwały i zarządzenia i dokumenty z akt Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru

Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym dla Łodzi Śródmieścia w Łodzi XX Wydział Krajowego Rejestru Sądowego, akty założycielskie oraz ww. uchwały złożone w postępowaniu odwoławczym przez zamawiającego i MPO);

Uwzględniając powyższe izba stwierdza, że zamawiający sprawuje nad MPO kontrolę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp.

14. MPO osiąga minimum 90% udziału przychodów z usług i dostaw realizowanych na rzecz zamawiającego w średnich rocznych przychodach ze sprzedaży w całym okresie obowiązywania umów wykonawczych; realizuje usługi, dostawy i roboty budowlane na rzecz zamawiającego i jego jednostek organizacyjnych, zakładów budżetowych oraz przedsiębiorstw, nad którymi Miasto sprawuje kontrolę, a także kontrahentów, którzy kontraktują z MPO w wyniku decyzji podjętej przez zamawiającego. Do przychodów „od Miasta” zalicza przychody generowane w odniesieniu do działalności podstawowej spółki skupiającej się wokół świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z obszaru sektorów Górna oraz Polesie, a także zagospodarowania odpadów komunalnych zebranych selektywnie oraz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych (w miejskiej sortowni i stacji przeładunkowej, na składowisku balastu oraz w punkcie selektywnego zbierania odpadów komunalnych), w tym poprzez sprzedaż surowców wtórnych i DPR oraz odbierania z aptek leków przeterminowanych i termometrów rtęciowych. Spółka w ostatnim okresie trzyletnim generowała przychody „od Miasta” z tytułu usług polegających na: 1. odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od grupy zakupowej Miasta, świadczonych na podstawie Umów Grupa zakupowa, 2. odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, którzy nie zawarli umów na pozbywanie się zebranych na terenie nieruchomości odpadów komunalnych, 3. świadczeniu usługi usuwania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania i magazynowania, 4. świadczeniu usługi polegającej na odbiorze, transporcie z miejsca odbioru do miejsca magazynowania, magazynowaniu i dystrybucji węgla kamiennego na podstawie Umowy o węgiel, co potwierdza analiza przychodów ze sprzedaży wygenerowanych przez Spółkę za okres od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2024 r. zgodnie z którą przychody „z Miasta” wyniosły łącznie 266 666 432,43 PLN. Z odniesienia średniej wartości przychodów uzyskanych przez Spółkę ze sprzedaży na rzecz Miasta do średniej z łącznych przychodów uzyskanych odpowiednio za okres od 2022 do 2024 roku wynika, że w okresie objętym badaniem, średni udział tych przychodów wyniósł 90,69% (notatki, co roczne audyty rozliczania rekompensaty wykonywane przez podmiot zewnętrzny, który bada również kwestie utrzymania statusu podmiotu wewnętrznego oraz wysokość przychodów z ostatnich trzech lat tj za lata 2022, 2023, 2024 złożone w postępowaniu, sprawozdania finansowe dostępne w KRS, ogłoszenia o prowadzonych postępowaniach i udzielanych zamówieniach MPO dostępne publicznie także na stronach internetowych MPO).

Uwzględniając powyższe izba stwierdza, że ponad 90 % działalności MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego lub inną jednostkę nad którą zamawiający sprawuje kontrolę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b w zw. z ust. 5 i Pzp, co potwierdzają złożone przez zamawiającego i MPO audyty i notatki wewnętrzne a o którym to fakcie zamawiający informował zgodnie z art. 214 ust. 4 Pzp w Biuletynie Zamówień Publicznych od chwili zawarcia pierwszej umowy z MPO jako z podmiotem wewnętrznym; odwołujący zaś nie podważył skutecznie analiz, nie przedstawił dowodów, nie wskazał okoliczności, które mogły wskazywać na nieprawidłowość zaliczenia przychodów jako dotyczących zamawiającego lub jednostek, które kontroluje, w tym np. takich które mieszczą się w definicji art. 214 ust. 9 lub pozorności powierzenia, nie wskazał w odwołaniu ani nie wykazał, że zaliczone do usług powierzanych usługi były podzlecane dalej, w tym zakresie głównego przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna następujących okoliczności: zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób, b)

ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a, c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego; (...) ust. 4 Istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Ust. 5 Do obliczania 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 osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. (...) ust. 9 Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem wyjątkowym na tle procedur regulowanych treścią Ustawy jako tryb niekonkurencyjny. Ustawodawca dopuszcza tryb z wolnej ręki tylko w szczególnych, enumeratywnie wymienionych w Ustawie przypadkach. **Stąd ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym** (tak m.in. uchwała KIO z dnia 16 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO/KD 10/21). Konsekwencją tego jest, że ewentualne wątpliwości powinny być rozstrzygane „na korzyść konkurencyjności”, tj. wyłączając dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji niedostatecznego uzasadnienia zaistnienia ustawowych przesłanek jego wyboru. **Stąd nie stanowią dowodu argumenty zamawiającego odnoszące się wyłącznie do pewnego prawdopodobieństwa zaistnienia określonych faktów, które mogłyby świadczyć o zaistnieniu przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Tryb ten może być stosowany w sytuacji, gdy zachodzą przewidziane w Ustawie przesłanki, traktowane w sposób ścisły.** Zastosowanie trybu z wolnej ręki przy braku wystąpienia ww. przesłanek nie może być racjonalizowane czy usprawiedliwiane okolicznościami, których te przesłanki nie obejmują. **Każdorazowo zatem dopuszczalność zastosowania ww. trybu musi być badana wyłącznie pod kątem konkretnych przesłanek przewidzianych w Ustawie. Powyższe rozumiane winno być także jako nakładające na zamawiających obowiązek rzetelnego uzasadnienia wyboru niekonkurencyjnego trybu. Uzasadnienie wyboru trybu (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy / dobrowolnej przejrzystości ex ante) umożliwiać winno ustalenie okoliczności uzasadniających założenie spełnienia przesłanek i być weryfikowalne.**

Jednocześnie **w postępowaniu odwoławczym izba rozstrzygając zarzuty musi brać pod uwagę przepisy regulujące granice rozstrzygnięcia.** Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7-10 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami Ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut składa się z podstawy prawnej (wskazanie przepisu, który został naruszony) i podstawy faktycznej (okoliczności, które mają być rozpatrywane przez izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu Ustawy). **Okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu określają granice rozpoznania.** Wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów nie tworzy zarzutu. **Nowe okoliczności faktyczne podnoszone po upływie terminu na złożenie odwołania stanowią nowe zarzuty a konsekwencją ich rozpoznania byłoby przedłużenie zawitego ustawowego terminu na wniesienie odwołania, co jest niedopuszczalne.** Postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13]. **Podniesiony zarzut musi więc być skonkretyzowany. Pozwalać na ustalenie nie tylko skarżonego zachowania zamawiającego, ale także dookreślać fakty, które przesądzają o jego niezgodności z określoną normą. Nie jest bowiem rolą izby wyřeczanie odwołującego w poszukiwaniu okoliczności faktycznych uzasadniających podnoszone odwołaniem naruszenie, ani dowodów dla ich wykazania.** Powyższe znajduje oparcie także w stanowisku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych (patrz wyrok z 18 października 2023

r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23), który słusznie wskazał, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 Pzp. Sąd podkreślił niedopuszczalność orzekania przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.

Wskazanie przez odwołującego okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa (art. 516 ust. 1 Pzp) i uprawnieniem, z którego powinien korzystać we własnym interesie. **Dowody zgodnie z art. 535 Pzp strony mogą zaś przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Niezależnie od generalnej zasady ciężaru dowodu spoczywającego na odwołującym wykazania okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzutu każda ze stron ponosi konsekwencje przyjętej taktyki procesowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne, jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej.**

W niniejszej sprawie twierdzenia i dowody odwołującego, w świetle dokumentów zamówienia nie były wystarczające dla wykazania zasadności zarzutu pierwszego. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy przyjąć należało, że **odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego.**

Zarzut pierwszy

(poza kwestiami dotyczącymi kontroli - której brak nie został jednak wykazany, a zamawiający i przystępujący po stronie zamawiającego przedłożyli dowody zaprzeczające twierdzeniom odwołania w tym zakresie i potwierdzające prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny kwestionowanej przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki – kontroli nad własnymi jednostkami) miał charakter blankietowy i ogólny.

Izba uznała wprawdzie, że uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki jest ogólne, nie mniej jednak uchwycona została istota podstawy wyboru trybu niekonkurencyjnego. Okoliczności wskazane w uzasadnieniu wyboru trybu są weryfikowalne. Dodatkowo, co izba ustaliła mając na uwadze charakter przedkładanych w postępowaniu odwoławczym dowodów oraz zgodnych i nie podważonych twierdzeń stron i uczestników, **okoliczności te wynikają z dostępnych informacji i dokumentów (udostępnianych przez zamawiającego, MPO lub organy (np. Krajowy Rejestr Sądowy), co pozwala nie tylko na wstępne zweryfikowanie podstaw wyboru trybu i spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, ale również sprecyzowanie okoliczności stanowiących podstawę zarzutu, które podnoszone były przez przystępujących i przez odwołującego, ale już po upływie terminu na wniesienie odwołania.**

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie okoliczności faktycznych objętych zarzutem z odwołania. Zarzut opierał się na twierdzeniach odwołującego. Podczas gdy zamawiający i przystępujący po stronie zamawiającego przedstawili dowody potwierdzające prawidłowość skarżonej czynności, których wiarygodność nie została przez oponentów skutecznie podważona.

Stąd izba oddaliła zarzut pierwszy.

Zarzut drugi

Izba wskazuje, że odwołanie w zakresie zarzutu drugiego:

- odnosiło się do poszczególnych kwestii wskazanych w uzasadnieniu zawarcia umowy na okres ponad 4 lat, wskazując okoliczności podważające argumenty zamawiającego.

- uzasadnienie odwołania zawiera uzasadnienie zamawiającego zastosowania terminu umowy dłuższego niż 4 lata, tj. od 1 lipca 2026 r. do 31 grudnia 2050 r.

Zarzut drugi został sprecyzowany w odwołaniu. Odnosił się do konkretnych elementów wskazanych jako uzasadnienie zastosowania prawie 25 letniego terminu umowy i przekonująco je podważył, wskazując na brak powiązania terminu umowy z okolicznościami wskazanymi na jego uzasadnienie, tak co do długości okresu jak i powiązania tych okoliczności z sytuacją zamawiającego.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że (zaznaczenia własne izby): „Odwołanie sprowadzało się do przywołania treści ogłoszeń i przywołania uzasadnienia zastosowania terminu umowy dłuższego od 4 lat tj. wskazania, że: „Zamawiający wskazał: Czas realizacji dla zadania „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych na terenie Miasta Łodzi w sektorze Widzew” - od dnia 1 lipca 2026 r. do dnia do dnia 31 grudnia 2050 r. Uzasadniając zawarcie umowy na okres ponad 4 lat wskazał: Stosownie do treści art. 434 Ustawy PZP umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas oznaczony. Umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągle, można zawrzeć na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie: a) spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego, lub b) jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego, lub c) jest to uzasadnione zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

Zamówienie obejmuje okres dłuższy niż 4 lata jest uzasadnione następującymi czynnikami:

a) zamówienie dotyczy świadczeń o charakterze ciągłym (usługa odbioru odpadów świadczona musi być w sposób nieprzerwany i ciągły).

b) ze względu na przestarzały tabor pojazdów wykorzystywanych do świadczenia usług odbioru, a także ze względu na konieczność spełniania przez tabor norm wskazanych przepisami art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy z 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych, (Dz. U. z 2024 r. poz. 1289 z późn. zm.) z punktu widzenia efektywności systemu zarządzanego przez Miasto niezbędne jest dokonanie przez Spółkę inwestycji w zakresie nabycia nowego taboru; Spółka planuje nabywanie nowego taboru zgodnie z założonym harmonogramem; przewidywaną formą finansowania taboru jest leasing, gdzie raty leasingowe będą skorelowane z okresem amortyzacji nabytych pojazdów, tj. okresem 5 lub 6-letnim; ze względu na zużycie sprzętu pracującego w trudnych warunkach (odbiór odpadów, które ze względu na dużą wilgotność i niejednorodny skład chemiczny - wpływają na szybkie zużycie podzespołów, trudne warunki eksploatacji - wolna jazda po mieście, częste ruszanie i hamowanie), niezbędne jest jego cykliczne odnawianie; w połączeniu z faktem, iż inwestycje są planowane do stopniowej realizacji przez dwa kolejne lata, w takim też układzie należy przewidzieć odnawianie taboru; uzasadnione jest wobec tego, aby okres objęty zamówieniem obejmował więcej niż jeden cykl eksploatacji pojazdu;

c) dodatkowo, planowana inwestycja w Łódzkiego Centrum Recyklingu wymaga zapewnienia stałego zaopatrzenia w strumień odpadów o określonych parametrach - jedynie wówczas instalacja będzie funkcjonowała sprawnie, ekonomicznie i w sposób niezakłócony, zapewniając tym samym Spółce środki na obsługę zadłużenia zaciągniętego celem sfinansowania inwestycji w Łódzkiego Centrum Recyklingu (...)

Budzącym wątpliwości (...) jest także niemal 25 letni termin, na który Zamawiający planuje udzielić przedmiotowego zamówienia. **Oznacza to 25 letni czas wyłączenia konkurencyjności dla realizacji usługi odbioru odpadów z dzielnicy Widzew w Łodzi. Aktualnie zamówienie to realizuje Odwołujący. Dotychczasowe kontrakty zawierane były w trybie przetargu nieograniczonego na krótkie okresy czasu, ostatnio na 1,5 roku.**

(okoliczność zawierania umów na okresy krótkie z podmiotami zewnętrznymi w zakresie powierzanych im sektorów miasta została wykazana przez odwołującego i uczestników po stronie odwołującego oraz niesporna pomiędzy stronami – dopisek własny izby)

Zgodnie z art. 434 ust. 2 Pzp: „Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągle, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. ”

Zamawiający powołuje się na dwa argumenty za wydłużeniem terminów realizacji z 4 lat do lat 25:

a) ze względu na **przestarzały tabor pojazdów** wykorzystywanych do świadczenia usług odbioru, a także ze względu na konieczność spełniania przez tabor norm wskazanych przepisami art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy z 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych, (Dz. U. z 2024 r. poz. 1289 z późn. zm.) z punktu widzenia efektywności systemu zarządzanego przez Miasto niezbędne jest dokonanie przez Spółkę inwestycji w zakresie nabycia nowego taboru; **Spółka planuje nabywanie nowego taboru zgodnie z założonym harmonogramem; przewidywaną formą finansowania taboru jest leasing, gdzie raty leasingowe będą skorelowane z okresem amortyzacji nabytych pojazdów, tj. okresem 5 lub 6-letnim;** ze względu na zużycie sprzętu pracującego w trudnych warunkach (odbiór odpadów, które ze względu na dużą wilgotność i niejednorodny skład chemiczny - wpływają na szybkie zużycie podzespołów, trudne warunki eksploatacji - wolna jazda po mieście, częste ruszanie i hamowanie), niezbędne jest jego cykliczne odnawianie; w połączeniu z faktem, iż inwestycje są planowane do stopniowej realizacji przez dwa kolejne lata, w takim też układzie należy przewidzieć odnawianie taboru; uzasadnione jest wobec tego, aby okres objęty zamówieniem obejmował więcej niż jeden cykl eksploatacji pojazdu; b) dodatkowo, **planowana inwestycja w Łódzkie Centrum Recyklingu wymaga zapewnienia stałego zaopatrzenia w strumień odpadów o określonych parametrach - jedynie wówczas instalacja będzie funkcjonowała sprawnie, ekonomicznie i w sposób niezakłócony, zapewniając tym samym Spółce środki na obsługę zadłużenia zaciągniętego celem sfinansowania inwestycji w Łódzkiego Centrum Recyklingu.**

Zamawiający powołuje się na zakres planowanych nakładów oraz okres niezbędny do ich spłaty jako uzasadniające dłuższy niż 4 letni okres obowiązywania umowy.

Argumenty odnośnie pojazdów nie uzasadniają przyjęcia 25 letniego okresu obowiązywania umów, a maksymalnie okres 7 letni (6 letni leasing i amortyzacja rozpoczynająca się w dwóch pierwszych kolejnych latach obowiązywania umów).

Inwestycja w Łódzkie Centrum Recyklingu także nie może być podstawą do zastosowania tak długiego terminu obowiązywania umowy. **Uzasadnienie odnośnie Łódzkiego Centrum Recyklingu tyczy się zagospodarowania odpadów. Tymczasem przedmiotowe postępowanie dotyczy odbioru odpadów. Nie ma znaczenia kto te odpady odbiera. Istotne są wyłącznie umowy na zagospodarowanie.**

Kolejną istotną kwestią jest to, że **art. 434 ust. 2 Pzp w zakresie w jakim umożliwia zastosowanie dłuższego niż 4 letni termin obowiązywania umowy o zamówienie publiczne wymaga wykazania, że dłuższy termin jest uzasadniony jedną ze wskazanych tam okoliczności i - co istotne - są to okoliczności, które mają zająć po stronie Zamawiającego (Miasta Łódź) a nie po stronie Wykonawcy (MPO Łódź sp. z o.o.). Przepis wymagający wykazania, że dłuższy niż 4 letni okres obowiązywania zamówienia jest uzasadniony zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty dotyczy nakładów Zamawiającego i okresu spłaty przez Zamawiającego.**

Można przypuszczać, że MPO Łódź sp. z o.o. zamierza uruchomić inwestycję o nazwie Łódzkie Centrum Recyklingu, a na ten cel będzie zaciągało kredyt i zapewne celem wykazania zdolności kredytowej musi legitymować się długoterminowym zabezpieczeniem wpływów. Dla przedmiotowego postępowania nie ma to jednak żadnego znaczenia.

W zakresie leasingu pojazdów wskazać należy, że MPO Łódź sp. z o.o. jest podmiotem działającym na rynku odpadów od lat 90tych XX w. Dysponuje flotą pojazdów i na bieżąco tę flotę wymienia. Leasing pojazdów przez podmioty odbierające odpady jest powszechną formą zapewnienia sprzętu do realizacji usług. Odwołujący na potrzeby realizacji sektora Widzew składając ofertę w poprzednim przetargu nieograniczonym (umowa na 1,5 roku) także wzięły w leasing część pojazdów. Pojazdy były leasingowane na potrzeby obsługi sektora Widzew. Nadal są w leasingu, nie zostały zamortyzowane. Leasing u Wykonawcy także nie jest podstawą do zastosowania 25 letniego terminu obowiązywania

umowy o zamówienie publiczne.”

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 434 ust. 2 Pzp zamawiający może ustanowić dłuższy okres obowiązywania umowy (ponad 4 lata) jeżeli spełniona jest co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- oszczędności kosztowe: Wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje obniżenie kosztów realizacji zamówienia w porównaniu z okresem czteroletnim, np. poprzez to, że wykonawca oferuje lepsze stawki w zamian za dłuższy kontrakt, lub uniknie się kosztów częstych postępowań i mobilizacji zasobów co kilka lat. Muszą istnieć policzalne oszczędności dla zamawiającego przy okresie >4 lata.

- uwarunkowania płatnicze zamawiającego: Dłuższy okres jest uzasadniony zdolnościami płatniczymi zamawiającego, gdy zamawiający ze względów budżetowych nie mógłby udźwignąć realizacji zamówienia w krótszym czasie;

- Nakłady inwestycyjne i okres ich spłaty: Dłuższy okres jest uzasadniony zakresem planowanych nakładów oraz czasem niezbędnym do ich spłaty; Ta przesłanka dotyczy sytuacji, gdy wykonanie zamówienia wiąże się z koniecznością dokonania znacznych inwestycji lub zakupów środków trwałych w związku z zamówieniem, które amortyzują się w dłuższym okresie. Warunkiem jest rzeczywiste uzasadnienie nakładów i potrzebnego czasu ich spłaty.

Izba wskazuje, że analogicznie jak w odniesieniu do art. 214, przepis art. 434 ust. 2 Ustawy ma charakter wyjątku, co przekłada się na obowiązek jego ścisłej wykładni i uzasadnienia zastosowania okresu dłuższego trwania umowy przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie umowa w sprawie zamówienia publicznego ma obowiązywać prawie 25 lat.

Izba stwierdza, że zamawiający nie sprostął obowiązkowi wykazania ziszczenia się żadnej z przesłanek z art. 434 ust 2 Pzp, w tym wskazanej w uzasadnieniu tj. takiego zakresu nakładów i czasu niezbędnego do ich spłaty, który uzasadnia zawarcie umowy na prawie dwudziestopięcioletni okres.

Zasadność zastosowania okresu niemal 25 letniego czasu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest w ocenie izby uzasadniona w świetle dokumentów zamówienia. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu skarżonej czynności ani nie wykazał, że zastosowany okres prawie 25 letniego trwania umowy jest uzasadniony w świetle przesłanek art. 434 Pzp. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Stąd izba uwzględniła zarzut drugi nakazując zamawiającemu skrócenie terminu trwania umowy, wobec braku uzasadnienia i wykazania przesłanek zastosowania prawie 25 letniego terminu trwania umowy z art. 434 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) i ust. 2 Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 7 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika i obciążyła nimi strony po połowie.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....

Członkowie:

.....