

Wrocław, 24 stycznia 2022r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami**, Al. Jerozolimskie 53, lok 508
00-697 Warszawa, reprezentowany przez:

r.pr. Katarzynę Skiba - Kuraszkiewicz, **SQUARE Tax & Legal**, ul. Piłsudskiego 13,
lok. 506, 50-048 Wrocław, email: katarzyna.skiba-kuraszkiewicz@sqrlegal.pl

Zamawiający: **Miasto Stołeczne Warszawa, Urząd m.st. Warszawy**, Pl. Bankowy 3/5, 00-950
Warszawa, email: zamowieniabzp@um.warszawa.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie
zamówienia z wolnej ręki na *Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st.
Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo,
Wola i Mokotów* (dalej: „**Postępowanie**”).

**Ogłoszenie o zamiarze udzielania zamówienia publicznego nr 2022/BZP 00020418 z dnia 14 stycznia
2022r. (dalej: „Ogłoszenie”).**

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – **Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami**, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 2019 ze zm., dalej: „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec:
- czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów* w trybie zamówienia z wolnej ręki (dalej: „**Zamówienie**”),
 - zamiaru udzielenia Zamówienia i zawarcia w jego przedmiocie umowy z wykonawcą: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa** (dalej: „**MPO**” lub „**Spółka**”),

- zaniechania wszczęcia postępowania o udzielenie Zamówienia w jednym z trybów konkurencyjnych, w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego,
- dokumentów Zamówienia, które zostały sporządzone w sposób nieprawidłowy, na skutek czego Zamawiający przyjął, iż dopuszczalne jest udzielenie MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

II. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

- a) **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 co z kolei prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył również:
- b) **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp** poprzez przyjęcie, że Zamawiający wykazał spełnienie warunków do udzielenia tzw. zamówienia in house, określonych wskazanymi przepisami, w sytuacji, gdy Ogłoszenie o zamiarze udzielenia Zamówienia jest bardzo ogólnie, wręcz lakoniczne i nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego spełniającego wymagania obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności wymagania wynikające z zasady przejrzystości określonej **art. 16 pkt 2 Pzp**;
- c) **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;
- d) **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 a) Pzp,

na podstawie umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego w wyniku postępowania o udzielenie takiego zamówienia prowadzonego w trybie konkurencyjnym (w trybie przetargu nieograniczonego);

- e) **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 (w szczególności art. 102 i art. 106) 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 administrowania zawartymi umowami na zagospodarowanie odpadów, co prowadzi do wniosku, że powierzenie MPO realizacji usług polegających na zagospodarowaniu odpadów było czynnością pozorną;**
- f) **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;
- g) **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;
- h) **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;

- i) **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.

III. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o** uwzględnienie odwołania w całości oraz **nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania w przedmiocie udzielenia Zamówienia prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.**

IV. Dodatkowo **wnoszę o:**

- a) zobowiązanie Zamawiającego, **na podstawie art. 536 Pzp**, do przedstawienia następujących dokumentów:
- analizy spełnienia przez MPO warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, o której mowa w końcowej części Ogłoszenia oraz wszystkich dokumentów źródłowych, które zostały wykorzystane do sporządzenia tej analizy, w tym w szczególności dokumentów odnoszących się do wysokości, rodzaju i źródeł przychodu osiągniętego przez MPO w roku 2021r.,
 - kopii wszystkich faktur, jakie MPO wystawiła Zamawiającemu w związku z realizacją umów na: Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-7/19 – 22), Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 7, Śródmieście mntrfg98(umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-10/19 – 22) oraz Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 9 Bemowo i Wola (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-12/19 – 22) (łącznie z ich ewentualnymi korektami), względnie zestawienia rozliczeń pomiędzy MPO w m. st. Warszawie sp. z o.o. z tytułu realizacji wskazanych umów,
- b) dopuszczenie na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 539 ust. 1 Pzp i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny, jaki procent działalności MPO dotyczy zadań powierzonych (w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp) Spółce przez

Zamawiającego, w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi on ponad 90% średnich przychodów MPO za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

V. Interes:

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 505 ust. 2 Pzp.¹ Organizacje wpisane na tą listę mogą wnosić środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz dokumentów zamówienia.

W trybie zamówienia z wolnej ręki ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia pełni rolę, jaką w innych trybach udzielenia zamówienia publicznego pełni ogłoszenie wszczynające postępowanie, tj. w szczególności informuje wszystkich zainteresowanych, że postępowanie takie jest przez Zamawiającego prowadzone. Ogłoszenie to ma przy tym w świetle art. 216 ust. 1 Pzp charakter obligatoryjny w przypadku, gdy podstawą do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest – tak, jak w niniejszej sprawie - art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Dodatkowo warto wskazać na regulacje art. 216 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia, udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym tu mowa. Przyjęte rozwiązanie jednoznacznie potwierdza, że w tego typu sprawach ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia ma, analogicznie jak inne ogłoszenia wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwić nie tylko powzięcie zainteresowanym podmiotom wiedzy o tym, że takie postępowanie jest prowadzone, ale i złożenie przez nie odwołań wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności - odwołań, które w tym przypadku jest rozpoznawane jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze te analogie, przyjąć należy, że organizacje wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych mają również uprawnienie do wniesienia odwołania wobec ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W tym przypadku należałoby dać bowiem pierwszeństwo wykładni celowościowej omawianego art. 505 ust. 2 Pzp.

Nadto, Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami wnosi odwołanie również wobec dokumentów zamówienia, które w niniejszej sprawie zostały sporządzone w taki sposób by wykazać spełnienie przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, mimo iż przesłanki te nie istnieją.

Organizacje takie, jak Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami nie muszą posiadać i wykazywać interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp (por. wyr. KIO z

¹ Lista organizacji uprawnionych do wnoszenia odwołań, poz. 143, Decyzja LO/22/31/17/PL, <https://www.uzp.gov.pl/kio/lista-organizacji-uprawnionych-do-wnoszenia-odwolalan>

16.2.2015 r., KIO 229/15, Legalis). Reprezentują bowiem interesy grupy wykonawców, wobec czego działają w interesie zbiorowym.

Na wypadek przyjęcia, że wymagania art. 505 ust. 2 Pzp nie są spełnione wskazać należy, że zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców podstawowym zadaniem Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami jest ochrona praw i reprezentowanie interesów, w tym gospodarczych, zrzeszonych członków wobec związków zawodowych, organów władzy i administracji rządowej oraz organów samorządu terytorialnego. Jednakże związek może w świetle przepisów powołanej ustawy prowadzić również działalność gospodarczą i działalność tą zgodnie ze swoim Statutem wykonuje. Jedyne ograniczenie w tym zakresie wynika z art. 18 ust. 1 Pzp ww. ustawy, zgodnie z którym dochód z działalności gospodarczej prowadzonej przez związki pracodawców nie może być przeznaczony do podziału między ich członków. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami nie wyklucza, że w razie gdyby Zamówienie było udzielane w trybie konkurencyjnym, Związek udzieliłby wsparcia swoim członkom ubiegającym się o jego uzyskanie i wystąpił jako ich podwykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się z nimi o zamówienie, wpierając swoich członków swoją wiedzą i doświadczeniem w organizacji i realizacji tego typu zamówień. W związku z powyższym, można przyjąć, że w niniejszej sprawie Związek w ostateczności ma również status wykonawcy.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiających żądanych czynności, Związek mógłby bowiem (choć niesamodzielnie, lecz w kooperacji ze swoimi członkami) uzyskać Zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem. Szkoda w interesie Związku polega w konsekwencji na tym, że w razie udzielenia MPO zamówienia z wolnej ręki, wbrew obowiązującym przepisom, Związek nie będzie mógł ubiegać się (wspólnie z innym podmiotem lub podmiotami lub działając jako ich podwykonawca – doradca techniczny) o Zamówienie i uzyskać związanych z jego realizacją przychodów. Odwołujący ma więc interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść.

- VI. Termin:** Ogłoszenie o zamiarze udzielenia Zamówienia zostało opublikowane w dniu 14 stycznia 2022r., a co za tym idzie termin na złożenie niniejszego odwołania został zachowany.

Uzasadnienie

I.

Ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia nie spełnia wymogów obowiązującego prawa.

Zamawiający nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

1. Zamawiający w dniu 14 stycznia 2022 r. opublikował w BZP Ogłoszenie o zamiarze udzielenia Zamówienia (dalej: „**Ogłoszenie**”).
2. Z Ogłoszenia wynika, że *Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od 1 lipca 2022 r. (dzielnice Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od 1 października 2022 r. (dzielnica Mokotów).*
3. Wartość zamówienia została określona w Ogłoszeniu **na kwotę: 973 781 801,06 PLN.**
4. Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (sekcja IV Ogłoszenia pkt 4.2 oraz sekcja VI Informacje dodatkowe) sprowadza się do zacytowania przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, treści przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp oraz do następujących stwierdzeń:
 - *Odnosnie do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp: Zgodnie z aktami prawnymi regulującymi funkcjonowanie MPO, jednemu Wspólnikowi Spółki, jakim jest m.st. Warszawa, przysługuje wynikające z art. 212 § 1 ustawy z 15 września 2000 r. Kodeksu spółek handlowych (dalej jako: ksh) prawo indywidualnej kontroli, pozwalające w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty Spółki, sporządzać bilans dla swego użytku lub żądać wyjaśnień od Zarządu. Prawo to nie zostało wyłączone w Akcie Założycielskim Spółki. Jednocześnie Wspólnik w zakresie zastrzeżonych kodeksowo kompetencji, może wpływać na istotne decyzje Spółki poprzez wykonywanie prawa głosu przy podejmowaniu uchwał Zgromadzenia Wspólników, w szczególności w zakresie spraw ujętych w art. 228, art. 201 § 4, art. 215 czy art. 255 § 1 ksh. Mając na uwadze fakt, iż m.st. Warszawa dysponuje wszystkimi głosami na Zgromadzeniu Wspólników, to na podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, jak i Kodeksu spółek handlowych, Prezydent m. st. Warszawy poprzez wykonywanie prawa głosu, decyduje o istotnych sprawach Spółki będących w kompetencjach Zgromadzenia Wspólników. Ponadto, Miasto st. Warszawa dysponuje dodatkowymi uprawnieniami, które wykraczają poza uprawnienia wynikające z samego charakteru właścicielskiego, który znajduje odzwierciedlenie w ogólnie obowiązujących przepisach prawa. Te dodatkowe uprawnienia określone zostały w Akcie Założycielskim Spółki, w szczególności w: § 4 ust. 3 i 4 – Prezydent m.st. Warszawy, działający w imieniu jedyne go wspólnika (m.st. Warszawy), pełni funkcję Zgromadzenia Wspólników i działa jako organ Spółki, § 14 ust. 2 – Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu Spółki spośród osób rekomendowanych przez Prezydenta m.st. Warszawy, § 22 ust. 2 i § 32 pkt 20) - Prezydent m.st. Warszawy działający jako Zgromadzenie Ogłoszenie nr 2022/BZP 00020418 z dnia 2022-01-14 2022-01-14 Biuletyn Zamówień Publicznych Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - Usługi Wspólników posiada kompetencje do zatwierdzania przygotowanego przez Zarząd projektu rocznego planu gospodarczego Spółki, uwzględniającego szczegółowe cele jej działalności, które zostały wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy w ramach wykonywania zadania własnego, § 22 ust. 3 i §*

32 pkt 21) - Prezydent m.st. Warszawy działający jako Zgromadzenie Wspólników ma kompetencje do zatwierdzania sporządzonych przez Zarząd planów wieloletnich oraz strategii rozwoju Spółki, uwzględniających wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy szczegółowe cele działalności Spółki, związane z realizacją powierzonych jej zadań, § 28 ust. 1 pkt 13) oraz § 32 pkt 11) – uzależnia prawo działania Zarządu Spółki od uzyskania (przy określonych czynnościach) zgody Rady Nadzorczej lub Zgromadzenia Wspólników.

- Odnośnie do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp: **Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.**
 - Odnośnie do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c) Pzp: *MPO jest spółką komunalną, w której brak jest bezpośredniego i pośredniego udziału kapitału prywatnego. Jedynym wspólnikiem Spółki posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa.*
5. Jak wynika z powyższego, jeżeli chodzi o przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp trudno mówić o jakimkolwiek uzasadnieniu. Zdanie wpisane przez Zamawiającego do treści Ogłoszenia jest wręcz enigmatyczne, lakoniczne i nic do sprawy nie wnosi.
 6. W szczególności, z treści cytowanego fragmentu Ogłoszenia nie dowiadujemy się, które z przychodów osiąganych przez MPO w latach 2019 – 2021 Zamawiający uznał za przychody z zadań powierzonych i z jakich względów tak właśnie przychody te zostały sklasyfikowane, jak została ustalona wysokość przychodów osiąganych przez MPO, w szczególności za rok 2021 (w oparciu, o jakie dokumenty źródłowe, jaką metodologię wyliczeń) itd.
 7. Tymczasem tego typu informacje są konieczne by móc ocenić, czy analiza została przeprowadzona prawidłowo, a dane, w oparciu o które Zamawiający ją sporządził, są wiarygodne. Bez wskazanych tu informacji nie sposób więc ocenić, czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy spełnione są przesłanki do udzielenia zamówienia in house.
 8. Podkreślić należy, że ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia pełni szczególną rolę, co wynika z art. 216 ust. 1 i 2 Pzp. Przede wszystkim ogłoszenie to ma charakter obligatoryjny i musi nastąpić przed udzieleniem zamówienia, co w połączeniu z zakazem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w określonym terminie od publikacji tego ogłoszenia, pozwala na przyjęcie, że ogłoszenie to ma umożliwić zainteresowanym wykonawcom nie tylko powzięcie informacji tym, że takie zamówienie będzie udzielone, ale i ma umożliwić im skorzystanie ze środków ochrony prawnej względem tego ogłoszenia (względem wybranego trybu udzielenia zamówienia) jeszcze przed zawarciem umowy.
 9. Uwzględniając powyższe, wynikający z przepisów 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) obowiązek podania uzasadnienia

faktycznego i prawnego wyboru trybu należy rozumieć jako obowiązek podania wszystkich informacji koniecznych do tego, by możliwa była ocena poprawności działań zamawiającego w zakresie wyboru trybu udzielenia zamówienia i podmiotu, któremu zamówienie to ma być udzielone.

10. Za wyrokiem Trybunał z dnia 16 lipca 2014r., sygn. akt T-48/12, wskazać należy, że **w dziedzinie zamówień publicznych instytucja zamawiająca musi na każdym etapie procedury przetargowej przestrzegać nie tylko zasady równego traktowania oferentów, lecz również zasady przejrzystości. Zasada przejrzystości oznacza zobowiązanie instytucji zamawiającej do podawania do publicznej wiadomości wszelkich szczegółowych informacji dotyczących całego przebiegu procedury.**

11. Z kolei w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 731/21, KIO 747/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house (...).*

12. W niniejszej sprawie obowiązek przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu nie został przez Zamawiającego zrealizowany, a tym samym Zamawiający nie tylko naruszył wymagania wynikające z zasady przejrzystości, ale równocześnie nie wykazał, że w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, chociaż niewątpliwie ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Zamawiającym.

II.

Niespełnienia przez MPO wymogu by ponad 90% działalności tego podmiotu było wykonywane na rzecz Zamawiającego w ramach zadań mu powierzonych.

II.1. Wprowadzenie. Stan faktyczny:

13. Zamawiający w końcowej części Ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia wskazał (cyt.): *Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.*

14. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 214 ust. 5 Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, analiza, o której mowa w Ogłoszeniu, winna opierać się na analizie przychodów osiąganych przez MPO w ubiegłych latach – przychodów, które wykazywane są w opracowywanych przez Spółkę sprawozdaniach finansowych.

15. Termin na złożenie sprawozdania finansowego MPO za rok 2021 jeszcze nie upłynął, a co za tym idzie Odwołujący może w niniejszym odwołaniu odnieść się wyłącznie do danych dotyczących przychodu uzyskanego przez MPO w latach 2019 – 2020, wynikających ze Sprawozdań Finansowych złożonych przez Spółkę do KRS. I tak:

Przychody netto MPO ze sprzedaży - odbiór odpadów

16. MPO w 2020r. **uzyskało przychody netto ze sprzedaży w wysokości 914 368 993,98 zł, z czego 890 824 260,99 zł stanowiły przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z Miastem st. Warszawa.**²

17. Z kolei w 2019r. **MPO uzyskało przychody netto ze sprzedaży w wysokości 624 460 047,67 zł, z czego 607 311 487,31 zł stanowiły przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z Miastem st. Warszawa.**³

18. Sprawozdania finansowe nie wskazują, o jakie umowy zawarte przez MPO z Miastem st. Warszawa chodzi, jednak uwzględniając przedmiot umów wskazany w Sprawozdanych, można założyć, że wskazane pozycje dotyczą umów mających za przedmiot:

- **Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-7/19 – 22).**
- **Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 7, Śródmieście (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-10/19 – 22).**
- **Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 9 Bemowo i Wola (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-12/19 – 22).**

19. **Wskazane umowy zostały zawarte przez MPO z m. st. Warszawa (Zamawiającym) w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r., Numer Postępowania: ZP/GP/271/IV-172/18 (dalej: „Postępowanie na odbiór odpadów”).**

² Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2020r., Tabela z pkt V.1 str. 34 Sprawozdania – Dodatkowe informacje i objaśnienia.

³ Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2019r., Tabela z pkt V.1 str. 38 Sprawozdania - Dodatkowe informacje i objaśnienia

20. Postępowanie na odbiór odpadów było podzielone na dziewięć Zadań (części) obejmujących teren jednej lub więcej Dzielnic m. st. Warszawy:

Zadanie 1 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Bielany i Żoliborz;

Zadanie 2 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Białołęka i Targówek;

Zadanie 3 dotyczy świadczenia usług w dzielnicy Mokotów;

Zadanie 4 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Ochota, Ursus i Włochy;

Zadanie 5 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Praga Południe i Praga Północ;

Zadanie 6 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Rembertów, Wawer i Wesoła;

Zadanie 7 dotyczy świadczenia usług w dzielnicy Śródmieście;

Zadanie 8 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Ursynów i Wilanów;

Zadanie 9 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Bemowo i Wola.⁴

21. Zamówienie względem poszczególnych Zadań, z pominięciem Zadań zleconych MPO, zostało udzielone odpowiednio następującym wykonawcom:

Zadanie 1 - Bielany i Żoliborz – BYŚ Wojciech Byśkiniewicz,

Zadanie 2 – Białołęka i Targówek – Konsorcjum: Partner sp. z o.o., PARTNER Dariusz Apelski, Jarper sp. z o.o.

Zadanie 3 – Mokotów – P.P.H.U. LEKARO Jolanta Zagórska

Zadanie 5 - Praga Południe i Praga Północ - P.P.H.U. LEKARO Jolanta Zagórska

Zadanie 6 - Rembertów, Wawer i Wesoła - P.P.H.U. LEKARO Jolanta Zagórska

Zadanie 8 - Ursynów i Wilanów – Konsorcjum: SUEZ sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o.

22. Już w tym miejscu zasygnalizowania wymaga, że MPO złożyło w Postępowaniu na odbiór odpadów ofertę obejmującą wszystkie Zadania, jednak tylko względem trzech Zadań (Zadanie 4, 7 i 9) oferta MPO okazała się być najkorzystniejsza.

23. Cena zaoferowana przez poszczególnych wykonawców w poszczególnych Zadaniach, stanowiąca podstawowe kryterium oceny ofert, została ustalona w wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego w każdym z Zadań.

24. Cena MPO ustalona w wyniku aukcji elektronicznej w Zadaniach 2, 3, 5 i 8 MPO była najwyższą ceną spośród cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o te zamówienia.

25. Po przeprowadzonych aukcjach elektronicznych MPO zakwestionowało czynności Zamawiającego podjęte w Postępowaniu na odbiór odpadów, odpowiednio w Zadaniach 1, 2 i 3, domagając się odrzucenia ofert wykonawców konkurencyjnych, względnie wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Odwołanie MPO zostało oddalone (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2019r., KIO 152/19).

⁴ Por. pkt 6.2. część II SIWZ Postępowania na odbiór odpadów.

26. **MPO ponowiło odwołanie po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru ofert najkorzystniejszych, zaskarżając wybór ofert dla Zadania 1, 2, 3, 5 i 8. Jednak i to odwołanie nie zakończyło się dla MPO wynikiem pozytywnym.**

27. **Dla większości Zadań Zamawiający uzyskał oferty aż od czterech wykonawców, co świadczy o dużej konkurencyjności w tych postępowaniach.**

28. O dużej konkurencji w tym Postępowaniu, czy wręcz o silnej walce konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o te zamówienia - poza ilością ofert - świadczy również przebieg aukcji elektronicznej, w wyniku której część wykonawców istotnie obniżyła pierwotnie oferowane ceny oraz ilość złożonych przez MPO odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pozostałe przychody netto ze sprzedaży

29. Pozostałe przychody netto ze sprzedaży generowane przez MPO pochodzą z:

- czyszczenia ulic i placów,
- wywozu i unieszkodliwienia odpadów na podstawie umów zawartych z innymi podmiotami niż m. st. Warszawa,
- sprzedaży energii (wytwarzanej przez MPO w wyniku spalania – przetwarzania odpadów komunalnych),
- wynajmu lokali,
- diagnostyki.⁵

Zagospodarowanie odpadów

30. **Wśród przychodów osiągniętych przez MPO, Sprawozdania finansowe Spółki nie wymieniają kwot, jakie m. st. Warszawa przekazuje MPO na pokrycie kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z jego terenu.**

31. W tym miejscu wyjaśnić należy, że na mocy uchwały 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, m. st. Warszawa postanowiło, że zadanie to będzie wykonywane przez jednoosobową gminną spółkę prawa handlowego.

32. W ślad za tą uchwałą, m. st. Warszawa zawarło z MPO w dniu 12 grudnia 2017 r. umowę wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów (dalej: „**Umowa wykonawcza**”) oraz dokonało, działając jako Zgromadzenie Wspólników, stosownej modyfikacji zapisów Aktu Założycielskiego MPO.

⁵ Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2020r., Tabela z pkt V.I str. 34 Sprawozdania – Dodatkowe informacje i objaśnienia oraz Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2019r., Tabela z pkt V.1 str. 38 Sprawozdania - Dodatkowe informacje i objaśnienia

33. Zgodnie z §3 Umowy wykonawczej, MPO powierzona została realizacja Usług Publicznych obejmujących m. in. unieszkodliwianie i odzysk odpadów, opracowywanie analiz i sprawozdań w zakresie zagospodarowania odpadów oraz (cyt.): **wyłanianie, jako zamawiający, podmiotów trzecich prowadzących instalacje do przetwarzania Odpadów w zakresie, w jakim zagospodarowanie Odpadów nie będzie następowało w instalacjach prowadzonych przez MPO.**⁶

34. Z § 6 Umowy wykonawczej wynika natomiast, że:

1. Z tytułu świadczenia Usług Publicznych Miasto wnosi do Spółki dopłaty, zgodnie z zobowiązaniem wyrażonym w Akcie Założycielskim, na podstawie uchwał Zgromadzenia Wspólników.

35. Wysokość dopłat, o których mowa w cytowanym postanowieniu Umowy wykonawczej, została na lata 2019 – 2021 ustalona w Akcie Założycielskim MPO w następującej wysokości:

Za rok 2019 – **460 020 000,00 zł**

Za rok 2020 – **905 100 000,00 zł**

Za rok 2021 – **851 010 000,00 zł**⁷

36. **Dopłaty, o których mowa, nie zostały uwzględnione w Przychodach netto MPO ze sprzedaży podanych przez MPO w Sprawozdaniach Finansowych za rok 2019 i 2020. Dopłaty te zasiły kapitał rezerwowy Spółki, z którego Spółka rozliczyła należności związane z Umową wykonawczą.**⁸ Jak można założyć, z dopłat tych MPO poniosła Koszty działalności operacyjnej, w tym przede wszystkim koszty tzw. usług obcych.⁹

37. MPO nie posiada obecnie instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych o mocach przerobowych wystarczających do przetworzenia wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z terenu m. st. Warszawa. Znaczącą większość odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości (przez siebie oraz przez pozostałych wykonawców wybranych w Postępowaniu na odbiór odpadów) MPO przekazuje więc do zagospodarowania podmiotom trzecim – wykonawcom wybranym przez Spółkę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych, pochodzących z terenu m. st. Warszawa.

38. Na przykładzie 2021 r. można wskazać, że MPO ogłosiło i przeprowadziło następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów:

- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg (postępowanie pozostaje w toku).¹⁰

⁶ § 3 ust. 1 pkt 4 Umowy wykonawczej

⁷ § 10 ust. 7 Aktu Założycielskiego Spółki Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o.

⁸ pkt IX Dodatkowych informacji do Sprawozdań Finansowych MPO z 2019 i 2020

⁹ pkt V.5 Sprawozdań Finansowych – Dodatkowych informacji i objaśnień

¹⁰ <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl/pn/mpowarszawa/demand/notice/public/49306/details>



- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 266 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 22 200 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 15 600 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 9 500 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 21 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 15 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 24 800 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 104 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 4 800 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 6 100 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 9 300 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 8 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 158 900 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta stołecznego Warszawy w maksymalnej ilości 23 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w maksymalnej ilości 13 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 86 000 Mg.
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg (postępowanie ogłoszone 31.12.2020r., jednak termin realizacji zamówienia przypada na 2021r.).¹¹

39. Podobnie sytuacja wyglądała w latach 2019 – 2020, tj. również w tym okresie MPO organizowała regularnie postępowania mające za przedmiot zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z poszczególnych Dzielnic m. st. Warszawy, przy czym ilości odpadów objętych tymi postępowaniami wskazują, że w postępowaniach tych MPO zlecało podmiotom trzecim zagospodarowanie znaczącej części wszystkich odbieranych odpadów.

¹¹ <https://www.mpo.com.pl/zamowienia-publiczne?start=60>

Pozostałe przychody operacyjne

40. W Sprawozdaniach Finansowych MPO istotną pozycję stanowią również Pozostałe przychody operacyjne. W 2019 r. pozycja ta wyniosła 21 871 014,23 zł, natomiast w 2020r. 41 909 503,76 zł.

W każdym roku istotną część tych przychodów stanowią przychody z wynajmu nieruchomości inwestycyjnych oraz z naliczonych i otrzymanych kar i odszkodowań.¹²

41. Jak wskazano na wstępie, wobec braku informacji odnośnie do sporządzonych analiz na potrzeby ustalenia, czy MPO spełnia warunek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, nie sposób ustalić, które z wymienionych powyżej przychodów i dopłat Zamawiający zalicza do parytetu 90%, a które do parytetu 10%. Z dużym prawdopodobieństwem można jednak założyć, że Zamawiający w swoich wyliczeniach całkowicie pomija przychody operacyjne MPO, natomiast za przychody z „zadań powierzonych” MPO uznaje:

Model A:

- dopłaty do kapitału udzielane MPO w związku z zawartą Umową wykonawczą oraz
- przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z Miastem st. Warszawa, przychody z czyszczenia ulic i placów (w całości lub części) oraz przychody ze sprzedaży energii,

albo

Model B:

- przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z Miastem st. Warszawa, przychody z czyszczenia ulic i placów (w całości lub części) oraz przychody ze sprzedaży energii, z całkowitym pominięciem dopłat uzyskiwanych na podstawie Umowy wykonawczej.

przy czym zastosowanie przez Zamawiającego Modelu A wydaje się być bardziej prawdopodobne z uwagi na wartość dopłat do kapitału Spółki MPO w związku z realizacją Umowy wykonawczej.

42. W obu Modelach do parytetu 10% (do przychodów z tzw. usług komercyjnych) wchodziłyby wyłącznie przychody z:

- wywozu i unieszkodliwienia odpadów na podstawie umów zawartych z innymi podmiotami niż m. st. Warszawa,
- wynajmu lokali (nie inwestycyjnych),
- diagnostyki.

43. **Odwołujący nie może zgodzić się z założeniem, że „przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z Miastem st. Warszawa” stanowią przychody z zadań powierzonych przez Zamawiającego MPO.**

¹² pkt V.6 Sprawozdań Finansowych – Dodatkowych informacji i objaśnień

44. Również przy przyjętym sposobie realizacji przez MPO usług związanych z zagospodarowaniem odpadów oraz sposobem rozliczania „rekompensaty” za wykonywanie tych usług nie sposób uznać, że mamy tu do czynienia z przychodami z zadań powierzonych.
45. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje także, że w jego ocenie przychodem ze źródeł komercyjnych są przychody wskazane w pkt 42 powyżej i jeśli zostały one doliczone do przychodów z działalności powierzonej, rozwiązanie to Odwołujący kwestionuje.

2.2. Argumentacja prawna (Odbiór odpadów).

46. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp jednym z warunków udzielenia zamówienia in house jest by ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania **zadań powierzonych jej przez zamawiającego** sprawującego nad nią kontrolę.
47. Uzupełnieniem tej regulacji jest art. 214 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.
48. Wskazane przepisy stanowią implementację art. 12 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone **w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą** sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą.
49. Wprowadzenie zasady, do której odnoszą się przywołane przepisy, TSUE w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r., C-553/15, uzasadniał w następujący sposób:

(31) Wyjątek ten wymaga – poza tym, aby instytucja zamawiająca sprawowała nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje ona nad swoimi własnymi służbami – również i tego, aby podmiot ten wykonywał zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, która jest jego współnikiem (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50).

(32) W ten sposób nieodzwonne jest, aby działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, była zasadniczo poświęcona na rzecz jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego będących jej współnikami, przy czym każda inna działalność może mieć jedynie marginalny charakter. (...)

(33) Wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go

dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. **Z kolei jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu** (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 60–62).

50. **A contrario, wyłączenie stosowania przepisów odnoszących się do zamówień publicznych nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy podmiot kontrolowany przez zamawiającego aktywnie działa na danym rynku i znajduje się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorcami.**
51. Jak wskazano na wstępie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. **MPO dotychczas wszystkie zamówienia związane z odbiorem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu m. st. Warszawy uzyskiwało w sposób rynkowy, tj. wygrywając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowane przez m. st. Warszawę.¹³ MPO zawsze więc dotychczas znajdowało się z innymi przedsiębiorcami działającymi na tym rynku w stosunku konkurencji.**
52. W sposób w pełni konkurencyjny MPO uzyskuje również zamówienia na odbiór odpadów komunalnych z terenu innych gmin oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych (przynajmniej od momentu, kiedy nieruchomości te zostały wyłączone z przetargu organizowanego przez Zamawiającego). **Skoro więc konkurencja na tym rynku istnieje i działa w sposób zgodny z zasadami wolnego rynku, ograniczenia podyktowane troską o zachowanie konkurencji, których skutkiem jest wymóg udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym, zachowują swoją rację bytu.**
53. Uwzględniając cel, jaki służył wprowadzeniu analizowanego warunku udzielenia zamówienia in house, i odpowiadając na pytanie, czy ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę, należy uwzględnić okoliczności, sposób i warunki, w jakich doszło do tego, że dane zadanie jest realizowane na rzecz zamawiającego.
54. Zasadność tego wniosku potwierdza brzmienie cytowanych na wstępie przepisów, które akcentują nie tyle okoliczność, iż dane zadanie ma być realizowane „na rzecz zamawiającego”, ile, że dane zadanie ma być „powierzone” przez zamawiającego podmiotowi kontrolowanemu.
55. W wyroku z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04 (pkt 63, 65) Trybunał mówi wprost, że *jeżeli chodzi o kwestię, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód*

¹³ Mowa tu o okresie po 2012r., kiedy w wyniku zmiany przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gminy przejęły od właścicieli nieruchomości zadania związane z organizacją usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskiwany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że **decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień.**

56. Takimi decyzjami jednostki kontrolującej będą przede wszystkim decyzje o utworzeniu danego podmiotu i przekazaniu mu do realizacji określonych zadań publicznych, niezależnie od tego, czy przyjmą one postać uchwały organu stanowiącego gminy, czy tzw. umowy wykonawczej.
57. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w wyroku Izby z dnia 4 października 2019 r. KIO 1842/19, w którym czytamy: *Do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych należy zaliczyć działalność polegającą na realizowaniu w imieniu gminy jej zadań własnych, przy czym podkreślić trzeba, że nie należy ograniczać pojęcia zadania powierzonego wyłącznie do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, podobnie jak nie jest zasadne ograniczanie powierzenia zadań wyłącznie do sytuacji ich przekazania w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej. **Istotne jest, aby działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje i nie miała charakteru komercyjnego.** Okoliczność w jakiej formie następuje powierzenie zadań do realizacji (czy to w trybie określonym ustawą o gospodarce komunalnej czy np. poprzez zawarcie umów powierzenia zadań) ma znaczenie drugorzędne - wybór formy zlecenia zadań leży w gestii zamawiającego i może podlegać ewentualnym ograniczeniom wynikającym z właściwych przepisów prawa, które zamawiający zobowiązany jest stosować.*
58. W przywołanym wyroku Izba wskazuje również na następującą kwestię: *Właściwa interpretacja ww. przepisu wymaga zatem sięgnięcia do dotychczasowego orzecznictwa TSUE w tej kwestii, które pozostaje nadal aktualne (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel, z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo). Uwzględniając dorobek orzecznicy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. **Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną.** W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań.*
59. W orzecznictwie wspólnotowym i krajowym przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp silnie wiąże się więc z przesłanką z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) Pzp, a sądy te konsekwentnie „powierzenie” zadania wiążą z „decyzją” zamawiającego, „poleceniem” zamawiającego wykonania określonego zadania jednostce kontrolowanej, czy wreszcie z „możliwością wiążącego powierzenia”. **Decyzja o realizacji zadania objętego „powierzeniem” nie jest więc pozostawiona**

jednostce kontrolowanej, lecz jest jej narzucana w wyniku kontroli sprawowanej nad nią przez zamawiającego.

60. Z kolei w wyroku z dnia 13 października 2005r., C-458/03 (Brixen, pkt 62), Trybunał idzie jeszcze dalej mówiąc o tym, że *w konsekwencji w sektorze koncesji na świadczenie usług publicznych stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest wykluczone, w przypadku gdy zarówno kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez jednostkę udzielającą koncesji jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, jak i podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z organem władzy, w którego dyspozycji pozostaje.*
61. Nie sposób przyjąć by zamawiający publiczny, jakim pozostawało m. st. Warszawa, udzielając MPO zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych, *de facto* wspólnie z tym wykonawcą realizowało zamówienie, a wcześniej wspólnie decydowało o tym, w jakich częściach zamówienia MPO złoży oferty, jaką cenę ofertową zaoferuje, oraz które części zamówienia (Zadania) zostaną mu udzielone.
62. Takie współdziałanie m. st. Warszawy i MPO, gdyby wystąpiło, stanowiłoby jaskrawy przejaw naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i mogłoby świadczyć o istnieniu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zmowy przetargowej. Nie można więc zakładać, że taka współpraca wystąpiła.
63. Na brak takiej kooperacji wskazuje dodatkowo okoliczność, że MPO konsekwentnie nie zgadzało się z decyzjami Zamawiającego podejmowanymi w Postępowaniu na odbiór odpadów, kwestionując je w trybach odwoławczych. W szczególności zaskarżyło do Krajowej Izby Odwoławczej decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części Zadań.
64. Mając na uwadze wskazane na wstępie okoliczności faktyczne, nie można również mówić o tym, że Zamawiający - m. st. Warszawa wiążąco powierzyło czy też poleciło MPO realizację usług z zakresu odbioru odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy. Realizacja tych usług przez MPO na rzecz Zamawiającego, choć była skutkiem decyzji Zamawiającego o udzieleniu temu podmiotowi zamówienia publicznego i kolejno zawarcia umów w sprawie publicznego, z pewnością nie może być utożsamiana z „powierzeniem”.
65. Decyzję o złożeniu oferty na określone części zamówienia publicznego, mającego za przedmiot odbiór odpadów komunalnych, MPO podjęło samodzielnie, podobnie jak i kolejno decyzję o przystąpieniu do zawarcia danej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
66. Sam zaś Zamawiający nie tyle chciał udzielić danego zamówienia MPO, ile był do tego zobowiązany z uwagi na okoliczność, że MPO spełniło wymogi określone dokumentami zamówienia i jednocześnie złożyło ofertą najkorzystniejszą w świetle uprzednio ustalonych kryteriów. Zasadnie w orzecznictwie Izby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowane jako **swoiste przyrzeczenie publiczne zawarcia umowy, od którego zamawiający może zwolnić się jedynie w razie zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania** (por. uchwałę KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt KIO/KD 86/12). Decyzja o zleceniu MPO wykonywania usług

odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowiła więc w istocie konsekwencję przyjętego przez Zamawiającego zapisami SIWZ zobowiązania oraz treści złożonej przez MPO oferty.

67. Izba w powołanym powyżej wyroku z dnia 4 października 2019 r. KIO 1842/19, odwołuje się również do wcześniejszych wyroków Izby - wyroku z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 158/17 oraz wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, wskazując, że *w istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej współnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. **Wiąże się to z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej.** (...) Spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji.*
68. Niewątpliwie MPO działa w taki właśnie sposób, realizując zadania związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Jak wynika z zawartej pomiędzy MPO a m. st. Warszawa Umowy wykonawczej wynagrodzenie, jakie MPO uzyskuje z tytułu realizacji tego zadania zostało ustalone z uwzględnieniem postanowień decyzji Komisji Europejskiej 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 przedsiębiorcom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Decyzja UOIG) i innych dokumentów powiązanych, które zakładają m. in., że MPO może uzyskać z realizacji tych usług jedynie tzw. „rozsądny zysk”. Jednocześnie **MPO nie ponosi ryzyka gospodarczego z tytułu świadczenia tych usług, o czym stanowią zapisy § 6 ww. umowy wykonawczej.** Zgodnie z zapisami tego paragrafu umowy:
1. *Z tytułu świadczenia Usług Publicznych Miasto wnosi do Spółki dopłaty, zgodnie z zobowiązaniem wyrażonym w Akcie Założycielskim, na podstawie uchwał Zgromadzenia Wspólników.*
 2. *Podstawą do ustalenia wysokości dopłat z tytułu świadczenia Usług Publicznych są dane zwarte w corocznie aktualizowanej Kalkulacji Finansowej, z zastrzeżeniem ust. 6 (...)*
 5. *W przypadku, gdy z przedłożonej przez MPO do zatwierdzenia przez Miasto zaktualizowanej Kalkulacji Finansowej wynikać będzie, że wysokość dopłat może przekraczać maksymalne kwoty dopłat określone w Akcie Założycielskim, wówczas Miasto podejmie działania w celu przedłożenia Radzie Miasta Stołecznego Warszawy projektów uchwał zmieniających wieloletnią prognozę finansową lub uchwałę budżetową lub nowych projektów takich uchwał, uwzględniających kwoty na pokrycie dopłat.*

6. MPO poinformuje niezwłocznie Miasto wystąpieniu okoliczności mających wpływ na Koszty Usług Publicznych wynikające z Kalkulacji Finansowej (...) MPO powinno przedstawić do akceptacji Miasta projekt zmiany Kalkulacji Finansowej wraz z uzasadnieniem proponowanych zmian. W razie konieczności zmiany Kalkulacji Finansowej, skutkującej podwyższeniem wysokości dopłat Miasto podejmie działania, o których mowa w ust. 5 (...).
69. Jak wynika więc z powyższego, „wynagrodzenie” MPO ustalane jest na podstawie sporządzanej przez MPO i akceptowanej przez Miasto Kalkulacji Finansowej, przy czym w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia powierzonych usług, MPO ma prawo do aktualizacji Kalkulacji Finansowej, a nawet zwiększenia wysokości dopłat ponad wysokości określone w Akcie Założycielskim. **Wszelkie ryzyka związane z wykonywaniem powierzonych usług, ponosi więc de facto m. st. Warszawa – Zamawiający.**
70. Wskazać należy, że jest to jedna z charakterystycznych cech stosunku, jaki wiąże się z powierzeniem realizacji zadania publicznego podmiotowi zależnemu – cecha, która pozwala uznać (tu:) spółkę komunalną za podmiot prawa publicznego (podmiot, który sam pozostaje zobowiązany do stosowania przepisów o udzieleniu zamówienia publicznego).
71. Za wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 października 2003 r., C-283/00, wskazać należy, że: *Przy ustalaniu, czy istnieje potrzeba w interesie ogólnym, niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego, należy wziąć pod uwagę istotne okoliczności prawne i faktyczne, takie jak te występujące wtedy, gdy zainteresowany podmiot został utworzony, czy warunki, w których podmiot ten prowadzi swoją działalność, w tym, między innymi, brak konkurencji na rynku, okoliczność, że jego podstawowym celem nie jest przynoszenie zysków, fakt, że nie ponosi on ryzyka związanego z działalnością, a także uwzględniając wszelkie środki publiczne na finansowanie przedmiotowej działalności. W związku z powyższym, jeżeli organ działa w normalnych warunkach rynkowych, ma na celu osiągnięcie zysków i ponosi straty związane z wykonywaniem działalności, jest mało prawdopodobne, że potrzeby, które zamierza zaspokajać, nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego.*
72. Jak wynika z powyższego, działanie podmiotu w warunkach rynkowych, ukierunkowanie działalności na osiąganie zysków oraz ponoszenie ryzyka gospodarczego, wyklucza możliwość uznania danego podmiotu za podmiot prawa publicznego. Kierując się założeniem co do spójności systemu prawa, nie można przyjmować, że dany podmiot nie jest podmiotem prawa publicznego, gdy wydatkuje środki uzyskane na warunkach rynkowych, a jednocześnie dla potrzeb ustalenia podstawy do udzielenia zamówienia in house tą samą relację z zamawiającym uznaje się za powierzenie zadania publicznego podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającemu i od niego całkowicie zależnemu.
73. Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy, wskazać należy, że nie ma dowodów na to, by MPO nie osiągało zysku z realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych. Okoliczność zaś, że MPO w Zadaniach 2, 3, 5 i 8 MPO zaferowało ceny istotnie wyższe niż podmioty prywatne może sugerować, że MPO założyło realizację zamówienia na odbiór odpadów z zyskiem ustalonym co najmniej na poziomie rynkowym (alternatywą jest przyjęcie, że MPO ma dużo

wyższe koszty wykonywania zamówienia, co z kolei potwierdzałoby zarzut, że powierzenie mu realizacji zamówienia in house stoi w sprzeczności z zasadą efektywności).

74. Jednocześnie, w świetle zapisów umów zawartych z m. st. Warszawa w przedmiocie odbierania odpadów komunalnych oczywistym pozostaje, że MPO ponosi ryzyko gospodarcze związane z realizacją tego zamówienia.
75. W szczególności zwrócić należy tu uwagę na zapisy pkt 23.1. SIWZ Przetargu na odbiór odpadów, zgodnie z którym *cena ofertowa wynika z wypełnionego Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ). W Formularzu oferty Wykonawca podaje **ryczałtowe ceny jednostkowe** brutto za które podejmuje się zrealizowania całości zamówienia dla danej Części. Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać i wprowadzać dodatkowych pozycji do formularza oferty. **Ryzyko konieczności wykonania wszelkich prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami kursów walut, ceł itp., obciąża Wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie.***
76. Nie są to jednak jedyne ryzyka, jakie w świetle wskazanych umów ponosi MPO. Na szczególną uwagę zasługują zapisy § 8 Odpowiedzialność Wykonawcy, kary umowne, które przewidują bardzo szeroki katalog kar umownych (i nie są to wyłącznie kary za zwłokę) oraz § 11 Zmiany Umowy, który przewiduje bardzo wąski zakres przypadków, w których dopuszczona będzie zmiana umowy.
77. Najistotniejsze jednak pozostaje, że **warunki umów zawartych z MPO są identyczne, jak warunki umów na odbiór odpadów komunalnych zawartych z pozostałymi wykonawcami biorącymi udział w Postępowaniu na odbiór odpadów.**
78. Realizując zamówienia na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu m. st. Warszawy MPO działa więc w warunkach rynkowych, identycznych jak warunki ustalone dla podmiotów z nim konkurujących.
79. Podsumowując powyższe, podkreślić należy, że *zgodnie z orzecznictwem Trybunału główny cel zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, to jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, **oznacza obowiązek stosowania zasad dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych przewidzianych przez właściwe dyrektywy, jeżeli instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, zamierza zawrzeć z innym prawnie odrębnym podmiotem pisemną odpłatną umowę, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest sam instytucją zamawiającą czy nie** (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 51; a także z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 44, 47). **Trybunał podkreślił, że każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega ścisłej wykładni** (wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 46; a także z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 23).*

80. Przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp nie można więc poddawać wykładni rozszerzającej, zwłaszcza jeśli wyniki tej wykładni pozostawałoby w kontrze do celu, jakiemu służyło wprowadzenie tego przepisu do porządku prawnego. Wskazany przepis ma na celu ograniczenie możliwości udzielenia zamówienia in house tylko do tych sytuacji, gdy z uwagi na to, że podmiot zależny od zamawiającego realizuje w zasadzie wszystkie zadania na rzecz zamawiającego i nie bierze udziału w walce konkurencyjnej (konkurencja przez to w danym obszarze nie istnieje). Nie uprawnione więc byłoby przyjęcie takiego rozumienia wskazanego przepisu, w wyniku którego podmiot dotychczas działający w sposób konkurencyjny (uczestniczący w walce konkurencyjnej) mógłby uzyskać zamówienie in house tylko z tego powodu, że w wyniku tej walki konkurencyjnej uzyskał w przeszłości zamówienie publiczne, którego beneficjentem był podmiot go kontrolujący.

2.3. Argumentacja prawna (Zagospodarowanie odpadów).

81. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z Umową wykonawczą (§ 6 ust. 1) m. st. Warszawa z tytułu świadczenia Usług Publicznych wnosi do Spółki MPO **dopłaty**.
82. Pojęcie „dopłat” zostało sformułowane na gruncie przepisów ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeks spółek handlowych (art. 177 i nast.).
83. **Zgodnie z tymi przepisami, dopłaty wspólników do kapitału spółki z o.o. nie są formą podwyższania kapitału zakładowego spółki, lecz stanowią powiększenie jej majątku. Zatem, zgodnie z przepisami o rachunkowości, środki te powinny być wykazane w bilansie jako kapitał rezerwowy z dopłat wspólników.** W taki właśnie sposób MPO ujmuje te wartości w Sprawozdaniach Finansowych za rok 2019 i 2020, tj. nie traktuje ich jako przychodu, lecz ujmuje je jako kapitał rezerwowy Spółki.
84. Dopłaty mogą mieć przy tym charakter zwrotny, o ile tak postanowi Zgromadzenie Wspólników (zob. §10 ust. 8 Aktu Założycielskiego MPO), a więc w istocie mogą przybrać postać nieodpłatnej pożyczki.
85. Dopłaty nie są również co do zasady przychodem w ujęciu podatkowym, jeżeli są wnoszone do spółki w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach (przepisach Kodeksu spółek handlowych).¹⁴
86. **Dopłaty nie są więc przychodem spółki z o.o., ani w ujęciu podatkowym, ani w ujęciu księgowym. Nie są też w taki sposób określone, ani przez MPO, ani przez m. st. Warszawa w dokumentach sporządzanych w związku z ich przyznawaniem i wypłatą.**
87. Mając na uwadze, że w polskim systemie prawnym pojęcia zarówno „przychodów”, jak i „dopłat” są zdefiniowane i używane w konkretnym znaczeniu, nie sposób uznać, by pojęcie „przychodu”, jakim posługuje się ustawodawca w art. 214 ust. 5 Pzp miało mieć odmienne znaczenie i mogło obejmować również „dopłaty” do kapitału spółki z o.o.

¹⁴ Art. 12 ust. 4 pkt 11 ustawy z dnia 15 lutego 1992r. o podatku dochodowym od osób prawnych

88. Przepis art. 214 ust. 5 Pzp, uzupełniając regulację z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp, pozwala na zrekonstruowanie normy prawnej o charakterze wyjątku, która nie może być poddana wykładni rozszerzającej.
89. W drugiej kolejności odnotować należy, że MPO jedynie w niewielkiej części wykonuje usługi polegające na zagospodarowaniu odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości. Większość tych usług jest zlecana przez MPO na zewnątrz i świadczą je podmioty trzecie.
90. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w treści dokumentów zamówień udzielanych przez MPO. Jak wskazano na wstępie, zarówno w 2019 r., jak i w 2020 r. i 2021 r. MPO regularnie ogłaszało postępowania o udzielenie zamówień publicznych, polegających na zagospodarowaniu odpadów odbieranych z terenu m. st. Warszawy, a analiza tych dokumentów prowadzi do wniosku, że postępowania te dotyczyły odpadów odbieranych z prawie wszystkich Dzielnic Miasta i ilości odpadów, które tylko nieznacznie różnią się od ilości odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości.
91. Dodatkowo, zwrócić należy uwagę na dane zawarte w Sprawozdaniach Finansowych MPO. Za rok 2019r., według tych Sprawozdań, MPO otrzymało od m. St. Warszawy dopłaty w wysokości **451 932 814,73 zł**, a za rok 2020 w wysokości **905 099 160,34 zł**.¹⁵
92. Koszt usług obcych wyniósł zaś odpowiednio w 2019r. **392 773 135,44 zł**, a w 2020r. **755 003 301,97 zł**.¹⁶
93. **Oznacza to, że ze środków przekazanych MPO przez m. st. Warszawa na kapitał rezerwowy (z dopłat) w 2019r. pozostało Spółce jedynie 59 159 679,29 zł (ok. 13%), a w 2020r. 150 095 858,37 zł (ok. 16,6%).**
94. **Powyższe dane potwierdzają, że MPO jedynie w niewielkim zakresie realizuje na rzecz m. st. Warszawy usługi związane z zagospodarowaniem odpadów, zwłaszcza, że wskazane tu kwoty służą również pokryciu kosztów związanych z wyborem wykonawców usługi zagospodarowania odpadów (kosztów prowadzenia licznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego), kosztów administrowania tymi umowami oraz świadczenia przez innych usług doradczych i analitycznych powierzonych MPO Umową wykonawczą.**
95. Rola MPO sprowadza się więc w głównej mierze do zarządzania procesem gospodarowania odpadami odbieranymi z terenu m. st. Warszawy, do bycia swoistym pośrednikiem w obrocie odpadami. Warto jednak zaznaczyć, że mimo iż MPO pośredniczy w obrocie odpadami pomiędzy m. st. Warszawa a podmiotami, którymi zleca zagospodarowanie odpadów, MPO nie dochowało

¹⁵ Pkt IX Dodatkowych informacji do Sprawozdań Finansowych MPO z 2019 i 2020

¹⁶ Pkt V.5 Dodatkowych informacji do Sprawozdań Finansowych MPO z 2019 i 2020

wymogów wynikających z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach nie posiada wpisu do BDO jako pośrednik.¹⁷

96. **Skoro więc MPO w istotnej części nie wykonuje usługi zagospodarowania odpadów odbieranych z m. st. Warszawy, trudno przyjąć (nawet przyjmując, że „dopłaty” do kapitału są równoznaczne z „przychodami”), że wszystkie środki przekazywane MPO przez m. st. Warszawa w związku z realizacją Umowy wykonawczej są przychodem MPO z działalności powierzonej.**
97. **Powierzenie usługi zagospodarowania odpadów MPO, w części, w jakiej MPO usługi tej nie wykonuje, ma w istocie charakter pozorny, a sama konstrukcja zastosowana tu przez m. st. Warszawę i MPO ma służyć wyłącznie zwiększeniu „na papierze” wysokości środków, jakimi dysponuje MPO. Rola MPO sprowadza się bowiem w tym przypadku wyłącznie do pośredniczenia w płatnościach pomiędzy m. st. Warszawa a podmiotami, które rzeczywiście usługę zagospodarowania odpadami wykonują (środki na konto MPO wypływają, by następnie zostać przekazane wykonawcą usługi), do zarządzania umowami.**
98. Warto w tym miejscu nawiązać do art. 214 ust. 9 Pzp, zgodnie z którym wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 Pzp, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Przepis ten oczywiście nie ma wprost zastosowania, gdy powierzenie realizacji zadania nastąpiło na podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej. Przepis ten jednak dobrze obrazuje cele, jakie chce realizować ustawodawca. Powierzenie zadań publicznych musi z jednej strony nastąpić na rzecz podmiotu, który ma realne możliwości, aby je zrealizować. Z drugiej strony nie może służyć obejściu przepisów związanych z ochroną konkurencji, prowadząc do sytuacji, w której zamówienie publiczne z pominięciem trybu konkurencyjnego jest *de facto* udzielone innemu podmiotowi niż ten, który w istocie będzie realizował zamówienie. Przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia in hosue są ściśle powiązane z podmiotem, któremu zamówienie to jest udzielane, a co za tym idzie racje leżące u podstaw udzielenia tego zamówienia nie występowałyby, gdyby z góry założyć, że zamówienie wykona inny podmiot. Mając na uwadze, że cele i zasady, o których tu mowa są wspólne dla całego porządku prawnego, analogicznie należałoby więc podejść do powierzenia zadań publicznych na podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej.
99. W ślad za tym należałoby przyjąć, że MPO nie może czerpać korzyści w postaci spełnienia warunków do udzielenia Spółce zamówienia in house z tego, że powierzenie jej zagospodarowania odpadów komunalnych odbieranych z terenu m. st. Warszawa ma charakter wyłącznie pozorny, a MPO usługi tej w nie wykonuje w odniesieniu do istotnej części strumienia odpadów.

¹⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 20 ustawy o odpadach przez pośrednika w obrocie odpadami rozumie się każdego, kto organizuje przetwarzanie odpadów w imieniu innych podmiotów, w tym również podmiot, który nie obejmuje odpadów fizycznie w posiadanie. Natomiast zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. c ustawy o odpadach pośrednik ma obowiązek uzyskania wpisu swojej działalności do BDO.

III

Zarzuty odwołania związane z naruszeniem przez Zamawiających zasad ogólnych.

Wymóg stosowania zasad ogólnych dotyczących zamówień publicznych

100. Na wstępie podkreślenia wymaga, że w przypadku udzielania zamówień publicznych, niezależnie od trybu, Zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Ewentualne wyłączenie lub ograniczenie stosowania określonych przepisów powinno wynikać wprost z ustawy. W Pzp nie ma tymczasem wyjątku, który dotyczyłby udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. **Nie ma zatem podstaw do uznania, że Zamawiający może udzielić zamówienia in house z pominięciem ogólnych zasad wynikających z Pzp.**

101. Oznacza to, że jeżeli Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, jest zobowiązany do przestrzegania zasad wynikających z Pzp na każdym etapie postępowania. Nie jest zatem wystarczające, aby dla udzielenia zamówienia w ww. trybie, wyłącznie zostały spełnione przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Zamawiający musi bowiem równocześnie uwzględnić szereg zasad wynikających z przepisów, w tym wynikających z art. 16 i 17 Pzp.

102. Gdyby ustawodawca chciał, aby w stosunku do udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki nie były stosowane przepisy Pzp, wprost uwzględniłby taką dyspozycję w treści ustawy. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony, że analogiczna regulacja, dotycząca udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki, która została określona w dyrektywie 2014/24, zawiera normę, pozwalającą na wyłączenie stosowania przepisów ww. dyrektywy do zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki.

103. Nie można jednak pomijać, że nawet wyłączenie zawarte w dyrektywie 2014/24 nie jest absolutne, co jest podkreślane zarówno w treści samej dyrektywy jak i w orzecznictwie.

104. Po pierwsze, ustawodawca unijny zauważył rozbieżności w stosowaniu przez państwa członkowskie przepisów dotyczących zamówień publicznych. Wobec tego w motywie 31 dyrektywy wprost wskazano, że 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.

105. Po drugie, 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. Ingrit, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829, pkt 61).

Zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji

106. Przechodząc do analizy poszczególnych zasad postępowania, wynikających z Pzp, które w ocenie Odwołującego zostały naruszone przez Zamawiającego, w pierwszej kolejności należy wskazać na podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia.
107. Zgodnie z art. 16 Pzp *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.”*
108. Te cztery normy prawne (zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość) mają odmienne znaczenie, ale są ze sobą ściśle powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. Przy tym równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania (por. wyr. KIO z 25.3.2019 r., KIO 415/19, Legalis).
109. Zamawiający zobowiązany jest do respektowania omawianych zasad na każdym etapie postępowania (w szczególności dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych, selekcji wykonawców, podejmując decyzję o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu, badając prawidłowość złożonych ofert w tym ustalając, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem oraz dokonując ich oceny), a także przed jego wszczęciem – przy dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania (m.in. wybór odpowiedniego trybu, opracowanie dokumentacji postępowania, w tym przede wszystkim odpowiednie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, określenie wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, warunków udziału w postępowaniu, obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, kryteriów oceny ofert). (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2021).
110. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (D. Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik, Warszawa 2004, s. 17). Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa (por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16).
111. Należy zatem uznać, że jeżeli Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób uniemożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, np. poprzez nieuzasadniony wybór trybu postępowania z wolnej ręki, narusza tym samym art. 16 Pzp.

Zapewnienie najlepszej jakości usług

112. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych. Zasada ta powinna być stosowana niezależnie od trybu, w jakim jest udzielane dane zamówienie.
113. Obowiązek efektywnego udzielania zamówień został podniesiony do rangi podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. obowiązujących na każdym etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, mających wpływ na podejmowane przez zamawiającego czynności.
114. Osiągnięcie najlepszej jakości powinno mieć miejsce z uwzględnieniem środków, które mogą być przeznaczone na realizację zamówienia (przy czym wydaje się, że nie tylko środków finansowych, ale też np. osobowych, technicznych czy organizacyjnych), a najlepszych efektów (w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych) – o ile są one możliwe do uzyskania w stosunku do poniesionych nakładów. Zatem zamawiający przed udzieleniem zamówienia powinien ustalić, czy może pozwolić sobie na minimalizowanie kosztów czy też powinien preferować najwyższą jakość i efekty zamówienia, a może lepsze w określonym przypadku będzie bilansowanie kosztów z oczekiwaną jakością i zamierzonymi efektami. Taka analiza powinna być dokonana z uwzględnieniem przede wszystkim charakteru i złożoności zamówienia oraz potrzeb zamawiającego, które mają być zaspokojone jego wykonaniem (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2021).
115. Zamawiający został wyposażony w instrumenty, pozwalające na realizację ww. zasady. W szczególności może ona być realizowana poprzez analizę potrzeb i wymagać (art. 83 Pzp), wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania (art. 84 Pzp), czy też wybór właściwego trybu postępowania, adekwatnie do specyfiki nabywanych usług (art. 129 i 275 Pzp).
116. Z treści art. 83 Pzp wprost wynika, że zamawiający publiczny może odstąpić od wykonywania analizy potrzeb i wymagań tylko w dwóch sytuacjach – w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4 Pzp, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nie ma zatem legalnej podstawy do odstąpienia od wykonywania analizy potrzeb i wymagań zamawiającego publicznego w razie udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.
117. Mając na względzie obligatoryjne elementy ww. analizy, które zostały wprost wymienione w treści przepisu (np. badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych; rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia; możliwość podziału zamówienia na części; przewidywany tryb udzielenia zamówienia; możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia; ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia), można dojść do przekonania, że

prawkłowne wykonanie analizy w bieżącym stanie faktycznym, mogłoby doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia.

118. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie ma wiedzy, czy Zamawiający sporządził analizę potrzeb i wymagań, a jeśli tak, to jaka jest treść tej analizy, bowiem dokument ten nie został mu przez Zamawiającego, do dnia złożenia niniejszego odwołania, udostępniony.
119. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można jednak stwierdzić, że jeśli analiza taka została sporządzona, Zamawiający sporządził ją z góry przyjętym zamiarem udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy (tj. MPO), w trybie zamówienia z wolnej ręki i nie zawiera ona rzetelnej analizy wszystkich okoliczności istotnych w niniejszej sprawie. **W niniejszej sprawie udzielenie MPO Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stanowi bowiem najbardziej efektywnego sposobu udzielenia zamówienia.**
120. Jak wskazano powyżej, dotychczas postępowania mające za przedmiot odbiór odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy cechowały się dużą liczbą składanych ofert oraz silną walką konkurencyjną pomiędzy wykonawcami, w wyniku której wykonawcy byli gotowi istotnie obniżyć pierwotnie oferowane ceny.
121. **W tej walce konkurencyjnej MPO nie wypadało najlepiej, tj. w Postępowaniu na odbiór odpadów, mimo złożenia oferty na wszystkie Zadania, MPO uzyskało jedynie trzy Zadania z dziewięciu, a w aż czterech Zadania cena MPO była najwyższa spośród wszystkich zaoferowanych.**
122. **Oferty MPO nie wypadały również najlepiej w ustalonych przez Zamawiającego kryteriach środowiskowych i jakościowych.**
123. Kryterium środowiskowe w Przetargu na odbiór odpadów dotyczyło zaoferowania do realizacji zamówienia pojazdów spełniających normy emisji spali EURO 5 i EURO 6, a jego celem było (cyt.): *ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu.*¹⁸
124. Z kolei kryterium jakościowe odnosiło się do zapewnienia, by pojazdy wykorzystywane do realizacji zamówienia jak najszybciej zostały wyposażone we wszystkie urządzenia i systemy, które pozwalają na monitorowanie procesu odbioru i transportu odpadów. *Celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest uzyskanie przez Zamawiającego na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnego oczekiwanego zakresu informacji o odbieranych odpadach komunalnych.*¹⁹
125. MPO, składając oferty na część Zadań, w ogóle nie złożyło oświadczenia na potrzeby kryteriów pozacenowych. Jeśli zaś takie oświadczenia znalazły się w ofercie MPO, w większości przypadków nie pozwalały MPO na uzyskanie maksymalnej ilości punktów w danym kryterium oceny ofert.

¹⁸ Pkt 27.3 SIWZ Przetargu na odbiór odpadów

¹⁹ Pkt 27.4 SIWZ Postępowania na odbiór odpadów.

Przykładowo, wyłącznie w Zadaniu 3 MPO uzyskało maksymalną ilość punktów w kryterium środowiskowym.

126. Świadczy to o tym, że MPO nie dysponowało nowoczesnymi, niskoemisyjnymi pojazdami do realizacji zamówienia i sytuacja ta nie uległa w ostatnich latach zmianie. MPO ogłosiło wprawdzie w ostatnich latach kilka przetargów mających na celu zabezpieczenie dodatkowych pojazdów do odbioru odpadów, jednak nadal liczba takich pojazdów we flocie MPO jest zbyt mała. Dodać przy tym należy, że na skutek powierzenia MPO Zamówienia zwiększył się obszar, na jakim MPO będzie świadczyło usługę odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a więc i wymagana liczba pojazdów. Dodatkowo w związku z wymaganiami związanymi z elektro mobilnością, MPO będzie musiało zakupić dodatkowe pojazdy elektryczne lub zasilane gazem ziemnym.
127. Nawet więc gdyby przyjąć, że MPO będzie mogło ostatecznie doścignąć konkurencyjne firmy pod względem ilości nowoczesnych i niskoemisyjnych pojazdów przystosowanych do odbioru odpadów komunalnych, będzie to wymagało bardzo wysokich nakładów finansowych. To z kolei prowadzi do wniosku, że gdyby MPO musiało na warunkach konkurencyjnych ubiegać się o Zamówienie, jego oferta mogłaby być dużo droższa niż oferty firm konkurencyjnych, które nie muszą ponosić tak dużych nakładów na wyposażenie się w pojazdy niezbędne do realizacji zamówienia.
128. Nie wydaje się przy tym by Zamawiający miał jakiegokolwiek podstawy do tego, by zrezygnować z wymagań środowiskowych, jakie były stawiane w poprzednich postępowaniach i które mają na celu zapewnienie dobrej jakości powietrza na terenie m. st. Warszawy. Przeciwnie, obserwując trendy występujące na rynku, wymagania te powinny ulec dalszemu zaostrzeniu.
129. Należałoby więc zadać pytanie, jakimi względami kierował się Zamawiający, decydując się na udzielenie zamówienia w trybie zamówienia in house, bo nie wydaje się, by były to względy odnoszące się do szeroko rozumianej efektywności.
130. W konsekwencji należy uznać, że działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 17 Pzp.

Zasada proporcjonalności

131. W kontekście powyżej poczynionych uwag, zasadne wydaje się również postawienie pytania, czy działania podejmowane przez Zamawiającego w niniejszej sprawie są zgodne z zasadą proporcjonalności.
132. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał uwagę przede wszystkim. Przykładowo w wyroku z dnia z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano (C-376/08, Legalis) Trybunał wskazał, że *przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.*

133. Z kolei w doktrynie wskazuje się, że *na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert itp. są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki:*

- 1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący,**
- 2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego,**
- 3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz**
- 4) czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).** (Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021.)

134. Test proporcjonalności, o którym mowa powyżej, odnosić przy tym należy nie tylko do badania, czy ustalone warunki udziału w postępowaniu, czy kryteria oceny ofert lub sam opis zamówienia nie naruszają zasady proporcjonalności. Ma on również zastosowanie przy ocenie, czy Zamawiający w sposób zgodny z prawem dokonał wyboru trybu, w jakim zostanie udzielone zamówienie.

135. W niniejszej sprawie, w wyniku udzielenia Zamówienia wszyscy wykonawcy, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie, z wyjątkiem MPO, stracą taką możliwość. Nastąpi więc ograniczenie konkurencji w jej najbardziej drastycznej postaci.

136. W związku powyższym należałoby odpowiedzieć na pytanie, jakie wartości nadrzędne przemawiają za takim ograniczeniem konkurencji i czy faktycznie realizacja tych wartości nie mogła nastąpić poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym?

137. Nie można przy tym przyjąć, że wykazanie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, zwalnia Zamawiającego z odpowiedzi na to pytanie.

138. W ocenie Odwołującego, żadne racje, z jakimi możemy mieć do czynienia w niniejszej sprawie nie przemawiają za przyjęciem, że aż tak drastyczne ograniczenie konkurencji jest usprawiedliwione.

139. Realizacja zadań publicznych siłami własnymi administracji publicznej, a więc także poprzez utworzone przez nie spółki komunalne, w założeniu miała zapewnić realizację usług publicznych, zwłaszcza zaś usług użyteczności publicznej, w tych przypadkach, gdy nie było gwarancji, że usługi te – bez zaangażowania administracji – w ogóle zostaną wykonane lub zostaną wykonane na określonym poziomie.

140. **W niniejszej sprawie, jak zostało to wykazane, 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 zniszczenie konkurencji na prawidłowo działającym rynku.

141. Zamawiający naruszył więc zasadę proporcjonalności.

Konieczność stosowania zasad ogólnych przy udzielaniu zamówień in – house w orzecznictwie TSUE

142. Konieczność stosowania zasad ogólnych przy udzielaniu zamówień w trybie z wolnej ręki została też wielokrotnie podkreślana w orzecznictwie TFUE.

143. W utrwalonej linii orzeczniczej TSUE wskazuje, iż głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych *jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich Państwach Członkowskich*” (wyr. TSUE z 11.1.2005 r. w sprawie C-26/03, Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau, pkt 44). Trybunał stwierdził, iż każdy wyjątek od stosowania procedur zamówień publicznych „podlega wykładni zawężającej” (pkt 46 wyr.; podobne stanowisko wyrażono w wyr. TS z 10.4.2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECR 2003, s. I-3609).

144. W orzecznictwie podkreśla się zatem, że swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług [...] nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, a w szczególności 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 (zob. analogicznie wyroki z dnia 9 lipca 1987 r., CEI i Bellini, 27/86–29/86, EU:C:1987:355, pkt 15; z dnia 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 60; z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 38).

145. W wyroku w sprawie Ingrit podkreślono dodatkowo, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 (którego odzwierciedleniem w polskich przepisach jest art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp) należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu in-house w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości (wyrok z dnia z dnia 3 października 2019 r. Ingrit, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829, pkt 50).

146. W tym samym wyroku w pkt. 64 wskazano też, że 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.

Podsumowanie

147. Przenosząc powyższe tezy na grunt niniejszej sprawy należałoby zwrócić uwagę na podstawowy wniosek, który wynika z przytaczanych twierdzeń. Samo spełnienie warunków, pozwalających na udzielenie zamówienia typu in house, nie zapewnia jeszcze zgodności działania Zamawiającego z przepisami Pzp. Z uwagi na konstrukcję polskiej ustawy o zamówieniach publicznych oraz fakt, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 214 ust. 1 pkt 11, do udzielania zamówień w każdym trybie stosowane są zasady ogólne (tutaj polski ustawodawca przyjął inny model niż ustawodawca unijny), 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.

148. 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.

149. Zamawiający nie wykazał powyższych okoliczności, a zatem, w ocenie Odwołującego, nie był uprawniony do skorzystania z trybu udzielenia zamówienia, który został określony w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego prowadzące do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

150. Szczególnego podkreślenia wymaga, że ewentualne spełnienie warunków formalnych, pozwalające na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie obliguje Zamawiającego do skorzystania z takiego trybu. W dalszym ciągu istnieje konieczność zweryfikowania czy skorzystanie z trybu zamówienia typu in house, nie stoi w sprzeczności z zasadami wynikającymi z przepisów Pzp oraz z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: **UOKiK**).

151. Jak już podkreślono powyżej, 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. 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. Oznacza to, że Zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli takie działanie będzie sprzeczne z przepisami UOKiK.

152. W ocenie Odwołującego, 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 .

Jednostka samorządu terytorialnego jako przedsiębiorca działający na rynku właściwym

153. Zamawiający posiada status przedsiębiorcy, co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit a) UOKiK. Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej.

154. Pojęcie użyteczności publicznej nie zostało zdefiniowane w UOKiK. Należałoby je rozumieć jako wykonywanie zadań z zakresu administracji publicznej, w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (takie rozumienie pojęcia zostało wskazane w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej). Do zadań o charakterze użyteczności publicznej zalicza się zadania własne gminy, wymienione w art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Jako usługi o charakterze użyteczności publicznej są wymieniane usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach w tym w szczególności związane z zagospodarowaniem odpadów.
155. W świetle orzecznictwa podmioty, wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej są traktowane jako przedsiębiorcy (por. postanowienie SN z 19 października 1999 r., III CZ 112/99, OSNC 2000, Nr 4, poz. 78).
156. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że Zamawiający, który organizuje usługi na rynku usług odbioru odpadów, odpowiada powyższym kryteriom i w związku z tym jest przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy UOKiK.

Związanie jednostki samorządu terytorialnego zasadami dotyczącymi konkurencyjności

157. Wobec tego, że Zamawiający w zakresie zadań związanych z zagospodarowaniem odpadów, jest traktowany jako przedsiębiorca, jest on w pełni związany zasadami dotyczącymi konkurencyjności, określonymi w UOKiK.
158. W orzecznictwie podkreśla się, że reguły dotyczące ochrony konkurencji, w przypadku podejmowania działań przez organy publiczne, mogą zostać wyłączone tylko w dwóch sytuacjach. Jeżeli podejmowane działania są wykonywane w ramach sprawowania władzy publicznej lub jeżeli były one zawsze wykonywane przez organy władzy publicznej (por. opinia Rzecznika z dnia 28 stycznia 1999 r., C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28, pkt 314). Z żadnym z ww. wyjątków nie mamy do czynienia na gruncie niniejszej sprawy. Sąd Najwyższy wskazał natomiast, że wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania, a nie można tego zrobić, bo takich przepisów nie ma (por. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt I CSK 252/15). Stanowisko Sądu Najwyższego jednoznacznie potwierdza zatem, że w przypadku oceny działania Zamawiającego na podstawie przepisów UOKiK nie znajdzie zastosowania wyłącznie określone w art. 3 UOKiK
159. Powyższe pozwala na ocenę zgodności działań Zamawiającego z przepisami UOKiK.
160. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.
161. Następnie, przepis art. 9 ust. 1 UOKiK stanowi, że: zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji

162. W pierwszej kolejności należy ocenić działania Zamawiającego z punktu widzenia zgodności z art. 9 UOKiK. W tym zakresie Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, że uprawnienie do organizowania przez gminę rynku usług nie przekreśla możliwości oceny zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności czy nie jest to przypadek tzw. dławienia konkurencji. Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji (por. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt I CSK 252/15)
163. Decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na rzecz MPO niewątpliwie wpływa na sytuację na rynku odbierania odpadów, jednocześnie wpływając na warunki świadczenia tych usług. Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o zamówienie, a tym samym właściwie uniemożliwia świadczenie usług odbioru odpadów na konkurencyjnych, korzystniejszych z perspektywy społecznej, warunkach.
164. Wobec tego, że Zamawiający jest jedynym uprawnionym do wyboru podmiotu, który będzie świadczył usługi odbioru odpadów, ma on pozycję dominującą na rynku właściwym.
165. Przez rynek właściwy art. 4 pkt 9 w związku z art. 4 pkt 7 UOKiK rozumie rynek usług, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.
166. Jak wynika z powołanych przepisów rynkiem, na którym należy badać czy Zamawiający nie nadużywa pozycji dominującej jest cały rynek usług odbioru odpadów na terenie Miasta Stołecznego Warszawy.
167. Zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 pkt 5) UOKiK nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Istota praktyki, jak sama nazwa wskazuje, polega na takim działaniu lub zaniechaniu, które ogranicza dostęp do rynku, hamuje rozwój konkurencji istniejących podmiotów na rynku oraz negatywnie oddziałuje na strukturę rynku (por. Ochrona konkurencji i konsumentów, art. 9 SPA T. 8B red. Hauser 2018, wyd. 2, Legalis).
168. Z uwagi na powyższe na Zamawiającym, który organizuje rynek, spoczywa obowiązek z korzystania ze swoich kompetencji w sposób niedyskryminujący, pozwalający na swobodny rozwój konkurencji. Jeżeli działania organizatora rynku prowadzą do przeciwnych skutków, wtedy należy uznać je jako nadużywanie pozycji dominującej. Organizator rynku narusza zatem zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.
169. Należałoby uznać, że jeżeli organizator rynku (tu: Zamawiający) eliminuje całkowicie podmioty, które mogłyby konkurować o udzielenie zamówienia, decydując się na wybór trybu udzielenia zamówienia typu in house, tym bardziej nadużywa od pozycji dominującej, a dodatkowo narusza art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKiK.

170. W orzecznictwie podkreśla się, że „wylimitowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający, zgodnie z art. 7 Pzp. Co więcej, art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresy zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców” (por. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2567/17).

171. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Zamawiający podejmował działania, które stanowiły nadużycie jego pozycji dominującej i w konsekwencji doprowadziły do sztucznego zawężenia konkurencji i wylimitowania z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia co najmniej kilkunastu wykonawców, świadczących usługi odbioru odpadów na rynku właściwym, na którym operuje Zamawiający.

172. Konkludując, w związku z tym, że Zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego, wykonującą zadania z zakresu użyteczności publicznej, jest on traktowany jako przedsiębiorca i w konsekwencji jest zobowiązany do przestrzegania reguł dotyczących ochrony konkurencji. Zamawiający jako organizator rynku usług zagospodarowania (w tym odbioru odpadów) posiada pozycję dominującą na rynku właściwym. Działania podejmowane przez Zamawiającego, a w szczególności podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia na odbiór odpadów w trybie z wolnej ręki, co spowodowało wylimitowanie podmiotów konkurencyjnych z możliwości ubiegania się o wykonanie ww. zamówienia, stanowiło nadużycie pozycji dominującej. Mając na względzie powyższe należy przyjąć, że Zamawiający naruszył art. 9 ust. 2 pkt 5) oraz art. 6 ust. 1 pkt 6) UOKiK.

Wymóg przestrzegania przepisów wynikających z TFUE

173. Zasady ochrony konkurencji, których powinien przestrzegać Zamawiający zostały wyrażone nie tylko w UOKiK, ale także w traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: **TFUE**).

174. W tym względzie w pierwszej kolejności należy podkreślić, że do celów stosowania przepisów prawa Unii w dziedzinie konkurencji przedsiębiorstwem jest każda jednostka prowadząca działalność gospodarczą, niezależnie od formy prawnej tej jednostki i sposobu jej finansowania. Ponadto działalność gospodarczą stanowi wszelka działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku (zob. wyrok *Compass-Datenbank*, C-138/11, EU:C:2012:449, pkt 35).

175. Nie ma uzasadnionych powodów, żeby podmioty publiczne zostały wyłączone spod tych reguł. W orzecznictwie podkreśla się, że gmina może stanowić przedsiębiorstwo jeżeli prowadzi działalność gospodarczą, która polega na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku (por. wyrok Trybunału EFTA z dnia 22 września 2016 r. w sprawie E-29/15, pkt 1).

176. Skoro gmina stanowi przedsiębiorstwo, to jest związana zasadami określonymi w artykułach od 101 do 109 TFUE, zatytułowanych jako reguły konkurencji.

177. Szczególnie istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy są normy wynikające z art. 102 oraz 106 TFUE.

178. W myśl art. 102 niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.
179. Natomiast zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego (jak Zamawiający) podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.
180. W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że nadużyciem w rozumieniu art. 102 TFUE jest sytuacja, w której bez obiektywnej konieczności, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na danym rynku, rezerwuje dla siebie dodatkową działalność, która mogłaby być wykonywana przez innego przedsiębiorcę jako część jego działalności na rynku sąsiednim lecz oddzielnym, co może prowadzić do wyeliminowania konkurencji tam, gdzie rozszerzenie pozycji dominującej przedsiębiorcy, któremu przyznano prawa wyłączne lub specjalne wynika ze środka publicznego (państwowego), taki środek stanowi naruszenie art. 106 TFUE w związku z art. 102 TFUE (por. wyrok TSUE z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99).
181. 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.
182. Usprawiedliwieniem dla takiego działania mogłaby być ewentualnie okoliczność, gdyby zastosowanie reguł konkurencji stanowiło przeszkodę w wykonywaniu powierzonych Zamawiającemu zadań. Trudno jednak znaleźć argumenty, które świadczyłyby o tym, że organizowanie postępowań konkurencyjnych dla zamówień polegających na odbiorze odpadów, miałyby stanowić prawną bądź faktyczną przeszkodę w realizacji przez Zamawiającego powierzonych mu zadań. Szczególnie, że Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że organizacja postępowania konkurencyjnego mogłaby stanowić przeszkodę w realizacji powierzonych mu zadań.

Podsumowanie

183. Zamawiający nadużył swojej pozycji dominującej poprzez nieuzasadnione wyeliminowanie i pozbawienie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku właściwym, tym samym naruszając art. 6 ust. 1 pkt 6) UOKiK oraz art. 9 ust. 2 pkt 5) UOKiK.
184. Równocześnie działania Zamawiającego są sprzeczne z regułami konkurencji, określonymi w TFUE. Szczególnie, że jedyną okolicznością pozwalającą na pominięcie reguł konkurencji mogłoby być uniemożliwienie realizowania powierzonych Zamawiającemu zadań, a taka okoliczność nie występuje.
185. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien korzystać z trybu in – house w sytuacji gdy zastosowanie trybu in – house prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji; a także jeśli

dana usługa może być zrealizowana na zasadach rynkowych, a z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie niniejszej sprawy – na rynku właściwym funkcjonuje co najmniej kilkunastu wykonawców, którzy mogliby zrealizować zamówienie na bardziej konkurencyjnych warunkach niż MPO wybrane przez m. st. Warszawa.

IV

Realizacja zamówienia przez podwykonawców.

186. Zgodnie z art. 214 ust. 9 Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.
187. W niniejszej sprawie, Zamawiający zamierza udzielić Zamówienia MPO, mimo iż Spółka nie dysponuje możliwościami samodzielnego wykonania wszystkich części Zamówienia, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia.
188. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia w Przetargu na odbiór odpadów był i w odniesieniu do umów, które nadal są realizowane, jest ***odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przetadunkowej***.²⁰
189. Jak wynika natomiast z rozdz. 23 SIWZ Postępowania na odbiór odpadów, „***w formularzu oferty wykonawca podaje ryczałtowe ceny jednostkowe brutto, za które podejmuje się zrealizowania całości zamówienia dla danej części***”. Z kolei z formularza ofertowego wynika, że wykonawcy zobowiązani byli podać trzy ceny jednostkowe składające się na cenę ofertową brutto, a mianowicie:
- cenę za transport odpadów na odległość **do 10 km**;
 - cenę za transport odpadów na odległość powyżej **10 km do 20 km**;
 - cenę za transport odpadów na odległość powyżej **20 km do 40 km**;
- gdzie przez odległość rozumie się odległość od granicy zadania do instalacji lub stacji przetadunkowych, liczoną po najkrótszej drodze w linii prostej.
190. Natomiast umowy zawarte w wyniku Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidywały również dodatkowy mechanizm rozliczeń w sytuacji, gdyby odpady miały być transportowane na odległość dalszą niż 40 km.²¹

²⁰ Pkt 6.1 SIWZ Przetargu na odbiór odpadów

²¹ § 6 ust. 2 wzoru umowy załączonego do SIWZ Przetargu na odbiór odpadów.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 wypłacane będzie Wykonawcy od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy i stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, sumę:
- 1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej, tj.:
 - a) zł za 1 Mg (słownie złotych:) – dla odległości do 10 km,
 - b) zł za 1 Mg (słownie złotych:) – dla odległości powyżej 10 do 20 km,
 - c) zł za 1 Mg (słownie złotych:) – dla odległości powyżej 20 do 40 km,
 - d) dla odległości powyżej 40 km w wysokości obliczonej wg wzoru: $C_{20-40} + 0,2\% \times C_{20-40} \times (L - 40)$, gdzie: C_{20-40} jest równe stawce określonej w lit. c, a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej;

191. Jak wynika z powyższego odbiór odpadów i ich transport do instalacji lub stacji przeładunkowej wskazanej przez Zamawiającego stanowiły dotychczas usługę jednolitą (nie dwie odrębne usługi zlecone jedną umową) i w taki właśnie sposób były rozliczane. Transport dotyczy bowiem tych odpadów, które są odbierane od właścicieli nieruchomości i rozpoczyna się z momentem załadunku odpadów na pojazd odbierający odpady. W zależności od rozwiązania logistycznego przyjętego przez wykonawcę odpady odbierane od właścicieli nieruchomości tym samym środkiem transportu mogą być transportowane od właściciela nieruchomości aż do instalacji lub stacji przeładunkowej Zamawiającego. Wykonawca może, po spełnieniu dodatkowych wymogów związanych z dysponowaniem odpowiednią stacją przeładunkową, wybrać także rozwiązanie polegające na przeładunku odpadów z pojazdów odbierających odpady na inne pojazdy, którymi realizowany jest transport do instalacji lub stacji przeładunkowej wskazanej przez Zamawiającego. Nie zmienia to jednak faktu, iż transport, w każdym z tych modeli logistycznych, dotyczy odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości.

192. **Pozwala to na przyjęcie wniosku, że usługa transportu odpadów dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.**

193. Zwrócić przy tym należy uwagę, że obecnie obowiązujący przepis art. 214 ust. 9 Pzp ma odmienne brzmienie od przepisu będącego jego odpowiednikiem w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Przepis art. 36a ust. 2a Pzp z 2004 r. stanowił, iż wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, **jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.** Obecnie usługi dotyczące głównego przedmiotu zamówienia nie muszą równocześnie stanowić kluczowych części zamówienia, choć niewątpliwie transport odpadów komunalnych z uwagi na uwarunkowania prawne (np. wynikające z ustawy o odpadach), specyfikę transportowanych odpadów i potencjalne zagrożenie dla środowiska oraz życia i zdrowia ludzi, które mogą wiązać się z niewłaściwym wykonywaniem tej usługi, zakres tej usługi i jej wartość, jest jednym z istotniejszym elementów Zamówienia.

194. Podkreślić w tym miejscu należy, że w trakcie realizacji umów zawartych w wyniku Przetargu na odbiór odpadów na skutek zmiany przepisów ustawy o odpadach (zniesienie regionalizacji) oraz na skutek decyzji podjętych przez MPO, jako zamawiającego w przetargach na zagospodarowanie

odpadów, odległość, na jakie odpady odbierane od właścicieli nieruchomości z terenu m. st. Warszawa są transportowane znacznie wzrosły.

195. W 2021 r. odpady odbierane od właścicieli nieruchomości z terenu m. st. Warszawy były transportowane m. in. do instalacji położonych w województwie dolnośląskim (Wrocław, Jarosów, Rudna Wielka), śląskim, łódzkim.

196. **MPO zdecydowało się na model logistyczny z przeładunkiem odpadów i ostatecznie, z uwagi na brak odpowiednich zasobów do tego by wozić odpady na większe odległości (w tym brak odpowiedniej liczby pojazdów przystosowanych do transportu odpadów), MPO tej części usługi nie świadczyło samodzielnie co najmniej od 2021 r.**

197. Jak wynika bowiem z informacji dostępnych na stronie internetowej MPO, MPO w 2021 r. regularnie organizowała przetargi na świadczenie usługi transportu odpadów, w tym przetarg na:

- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.75.2021.KD
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.73.2021.KB
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.69.2021.LK
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.57.2021.MS
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowych Zamawiającego do wewnętrznych instalacji/lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.50.2021.łM
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.49.2021.łM
- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeładunkowych, Numer postępowania: SZP.27.46.2021.LK
- Transport odpadów komunalnych z punktów przeładunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, Numer postępowania: DZA.ZOZ.27.17.2021.MS
- Transport odpadów komunalnych z punktów przeładunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, Numer postępowania: DZA.ZOZ.27.20.2021.KD
- Transport odpadów komunalnych z punktów przeładunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, Numer postępowania: DZA.ZOZ.27.18.2021.MS
- Transport odpadów komunalnych z punktów przeładunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, Numer postępowania: DZA.ZOZ.27.17.2021.MS²²

198. **Odwołujący nie może jednoznacznie określić, jaką część wynagrodzenia wykonawców umów na odbiór odpadów z m. st. Warszawa stanowiło wynagrodzenie za transport odpadów do instalacji/stacji przeładunkowej, jednak można założyć, że w Zadaniach, w których Zamawiający**

²² <https://www.mpo.com.pl/zamowienia-publiczne>

wskazał instalacje bardziej oddalone od m. st. Warszawy, wartość ta mogła wynosić nawet 30-40%.

199. MPO jako zamawiający w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów nie zrezygnowało z dopuszczenia możliwości postępowania się przy realizacji tego zamówienia instalacjami istotnie oddalonymi od m. st. Warszawy, o czym świadczy choćby treść dokumentów zamówienia dla obecnie prowadzonego przez MPO postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy, Numer postępowania: SZP.27.74.2021.KR. MPO w postępowaniu tym wprowadziło wprawdzie mechanizmy, które premiuje wykonawców oferujących realizację zamówienia przy wykorzystaniu instalacji zlokalizowanych bliżej m. st. Warszawy, ale nie można założyć, że w kolejnych miesiącach konieczność transportu odpadów odbieranych z m. st. Warszawy na dalsze odległości nie wystąpi.
200. Biorąc pod uwagę powyższe oraz okoliczność, że Zamawiający zlecając odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie może całkowicie wyłączyć z tej usługi transportu odpadów, zasadne wydaje się postawienie pytania, czy MPO tak zdefiniowaną usługę będzie mogło zrealizować samodzielnie (skoro dotychczas realizowało ją przy udziale podwykonawców). W ocenie Odwoływającego, MPO takiej możliwości nie ma.
201. W ślad za tym Zamawiający błędnie przyjął, że w niniejszej sprawie spełnione są warunki do udzielenia Zamówienia. Skoro bowiem MPO nie dysponuje możliwością samodzielnego wykonania Zamówienia w zakresie, w jakim wynika to z art. 214 ust. 9 Pzp, Zamawiający zobowiązany był przyjąć, że nie zachodzą podstawy do udzielenia MPO Zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

r. pr. Katarzyna Skiba – Kuraszkiewicz
SQUARE Tax & Legal

Załącznik:

- Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz odpisem z KRS,
- Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.