

**WYROK**  
z dnia 10 września 2021 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Emilia Garbala**

**Aleksandra Patyk**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2021 roku przez wykonawcę **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wałbrzych**

przy udziale: wykonawcy **Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu** na rzecz zamawiającego **Gminy Wałbrzych** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Gmina Wałbrzych (zwana dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn. *„Odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha”*. Numer referencyjny: BZP.271.149.2020, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Informację o zamiarze zawarcia umowy zamawiający zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 30 grudnia 2020 roku.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 czerwca 2021 roku pod numerem 2021/S 117-307165.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą nPzp”.

W dniu 17 lipca 2021 roku wykonawca Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na zawarciu umowy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w sytuacji gdy zaproszony do negocjacji wykonawca, z którym następnie została zawarta umowa, powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, czynności zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji zaniechania przeprowadzenia postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Ponadto, wniósł odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości, bezstronności i obiektywizmu,

gdyż zamawiający wykorzystując swoją dominującą pozycję zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji na rynku właściwym w sposób nieuzasadniony uprzywilejowując Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy zaproszonego do negocjacji i zawarcie z nim umowy, w sytuacji gdy podmiot ten wprowadził zamawiającego w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) art. 93 ust. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wszczętego w dniu 31 grudnia 2020 r., w sytuacji gdy postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki udzielając zamówienia podmiotowi, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, i który jest niezdolny do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z uwagi na niedysponowanie niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami;
- 3) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu;
- 4) art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 i art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez wadliwe określenie szacunkowej wartości zamówienia, co przyczyniło się do podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, a w konsekwencji udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady konkurencyjności i proporcjonalności skutkujące powierzeniem realizacji zamówienia z wolnej ręki uprzywilejowanemu podmiotowi w sytuacji, gdy na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi zarówno co do rodzaju, jak i ilości oraz obszaru za niższą cenę;
- 5) art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wszczęcie postępowania i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia

zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu oraz na niekorzyść innych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a także na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, ponadto zaniechanie dokonania oceny wpływu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na innych uczestników rynku, a także zaniechanie weryfikacji czy umowa nie zakłóca konkurencji na danym rynku, czy nie ogranicza dostępu do rynku lub nie eliminuje z rynku innych przedsiębiorców i czy nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego;

6) art. 36a ust. 2a ustawy Pzp poprzez dopuszczenie w umowie zawartej w trybie in-house możliwości powierzenia podwykonawcy specjalistycznych usług, niestanowiących przedmiotu działalności wykonawcy bez jednoczesnego dokonania zastrzeżenia, że nie mogą to być kluczowe części tych usług;

7) Naruszenie polegające na zaniechaniu przeprowadzenia postępowania w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki lub na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, pomimo że zamawiający był do tego obowiązany.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy z dnia 7 czerwca 2021 r. oraz nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Ponadto wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w dniu 7 czerwca 2021 r. zawarł z wykonawcą – Miejskim Zakładem Usług Komunalnych spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu (dalej: MZUK) umowę na realizację zadania pn. „Odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha”. Odwołujący podkreślił przy tym,

że przedmiotem zawartej w wyniku przeprowadzenia tego postępowania umowy są jedynie usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Wałbrzycha, a postanowienia wynegocjowanej i zawartej umowy – wbrew nazwie postępowania – nie odnoszą się do kwestii zagospodarowania odpadów. Zauważył także, iż zawarta umowa zawiera ponadto inne, istotne różnice w odniesieniu do treści projektu umowy przesłanego wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji, które nie znajdują odzwierciedlenia w protokole z negocjacji, np. usunięto zapisy dotyczące odbioru odpadów komunalnych popiołów i żużli z palenisk domowych, dodano zapisy dotyczące odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, gromadzonych w kontenerach KP-7, pochodzących z terenu nieruchomości zamieszkałych, objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi, wprowadzono system zaliczek na poczet wynagrodzenia. Zdaniem odwołującego, zmiany te mają niezwykle istotne znaczenie, wpływają bowiem w istotny sposób na aktualność i adekwatność szacunkowej wartości wynagrodzenia, co miało wpływ na wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Według odwołującego, udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało dokonane bez dokładnej analizy rynku, w tym analizy finansowej kosztów realizacji tego zamówienia oraz bez uwzględnienia ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia i realizacją zamówienia.

Odwołujący stwierdził także, że zamawiający zamieścił w dniu 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej informację o zamiarze zawarcia w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy z Miejskim Zakładem Usług Komunalnych sp. z o.o., wskazując przedmiot umowy, szacunkową wartość zamówienia - 49 850 925,93 zł, a także podstawę prawną wyboru tego trybu, tj. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz na spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Odwołujący podał, iż zamawiający rozwinął uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w protokole postępowania oraz w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Następnie odwołujący podkreślił, że o ile spełnione zostały formalne przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, to jednak zawarcie umowy z MZUK nie może zostać uznane za działanie zgodne z przepisami ustawy. Zdaniem odwołującego, stanowisko to potwierdza także najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w szczególności wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 „Irgita”.

Odwołujący podał, że udzielenie zamówienia w tzw. trybie in-house nie zwalniało zamawiającego od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości, ani obowiązku przygotowania postępowania

z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu. Zamawiający zobowiązany był do dokonania oceny, jaki wpływ to zamówienie będzie miało na innych uczestników rynku, m.in. dokonania analizy czy nie zakłóca ono konkurencji na danym rynku i nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego lub nadmiernym uprzywilejowaniem określonego wykonawcy, czego – zdaniem odwołującego - zamawiający zaniechał. Ponadto, w ocenie odwołującego, zamawiający wadliwie sporządził szacunkową wartość zamówienia, nie zachowując należytej staranności ani obiektywizmu przy wyborze trybu postępowania, nie rozważył dostępnych wariantów realizacji zamówienia ani nie zweryfikował orientacyjnej wartości zamówienia dla realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem zasobów własnych, ani kosztów jego realizacji na zasadach rynkowych, co doprowadziło zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku i niezasadnego preferowania jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Dalej, odwołujący wskazał, że główne uchybienie zamawiającego polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy MZUK z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co również świadczy o nieuprawnionym uprzywilejowaniu tego podmiotu przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego i niezasadnym faworyzowaniem wykonawcy MZUK, do którego to wniosku prowadzi analiza całokształtu okoliczności związanych z przygotowaniem, wszczęciem i przeprowadzeniem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, co doprowadziło do zawarcia umowy z MZUK, jak i analiza czynności podjętych oraz czynności dopiero planowanych przez MZUK a związanych z dążeniem do nabycia zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, którymi MZUK ani w chwili wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, ani w chwili podpisania umowy z Gminą Wałbrzych nie dysponował. Odwołujący podkreślił, że niedopuszczalne jest, by zamówienie publiczne zostało przeprowadzone bez zachowania przez zamawiającego elementarnej staranności przy podejmowaniu obowiązków na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a tym bardziej by zamówienie zostało powierzone podmiotowi niewyposażonemu w odpowiednie zasoby niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia i wymagane przepisami powszechnie obowiązującego prawa dla możliwości realizacji czynności objętych przedmiotem zamówienia – tak jak w przypadku przedmiotowego zamówienia. Podniósł, że takie działanie stanowi o dyskryminacji innych wykonawców i stanowi o nadużywaniu pozycji dominującej. Odwołujący zauważył też, że działalność w zakresie odbioru odpadów jest działalnością reglamentowaną, a sam ustawodawca

ograniczył przysługującą gminom swobodę powierzenia realizacji zadań z zakresu odbioru odpadów, obligując gminy do stosowania w tym zakresie przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący w tym zakresie powołał się na art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Według odwołującego, niezgodne z prawem uprzywilejowanie MZUK polegało na udzieleniu zamówienia podmiotowi, który zarówno w chwili wszczęcia postępowania, jak i w chwili zawarcia umowy, a także już w okresie jej obowiązywania (co najmniej od dnia 7 czerwca 2021 r. do dnia wniesienia odwołania) – mimo deklaracji i oświadczeń złożonych w § 2 ust. 2 umowy – nie spełniał wymagań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia sformułowanych w opisie przedmiotu zamówienia i nie jest zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na faktyczne niedysponowanie potencjałem technicznym i osobowym niezbędnym do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący podniósł, że wykonawca MZUK złożył w umowie wprowadzające zamawiającego w błąd oświadczenia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu. Ponadto, nie daje rękojmi, że będzie te wymagania spełniał w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów z terenu Gminy Wałbrzych, gdyż jako spółka komunalna jest zobligowany do stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, co w znaczący sposób wydłuża nabywanie towarów i usług.

Zdaniem odwołującego, zamawiający udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, dyskryminując innych niż MZUK wykonawców, naruszając uczciwą konkurencję i prowadząc do przyznania zamówienia podmiotowi kontrolowanemu przez siebie wyłącznie wskutek traktowania go w sposób uprzywilejowany, co nie miałoby miejsca, gdyby zamawiający skorzystał z konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia bądź też gdyby sformułował choćby minimalne warunki udziału w postępowaniu – analogiczne do tych, które formułował przy udzielaniu tego rodzaju zamówień dotychczas. Odwołujący ponadto wskazał na fakt, iż w zaktualizowanym w dniu 22 czerwca 2021 r. (a więc już po zawarciu umowy z MZUK) planie postępowań na rok 2021 nadal umieszcza postępowanie na odbiór i transport odpadów z terenu miasta Wałbrzycha, które ma zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący stwierdził, że wątpliwości związane z prawidłowością przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki budzi już sam aspekt czasowy, albowiem postępowanie zostało wszczęte w dniu 31 grudnia 2020 r., a więc w ostatnim dniu obowiązywania przepisów ustawy Pzp z 2004 r., po to, aby uniknąć obowiązku przeprowadzenia przez zamawiającego analizy potrzeb i wymagań zamawiającego, obejmującej w szczególności badanie możliwości



zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Według odwołującego, zamawiający zaniechał rozeznania rynku i określenia chociażby orientacyjnej wartości zamówienia dla różnych wariantów jego realizacji. Odwołujący podkreślił także, że zamawiający uzasadniając wybór trybu udzielenia zamówienia powoływał się na to, iż: *„powierzenie zadania Miejskiemu Zakładowi Usług Komunalnych sp. z o.o. pozwoli zabezpieczyć gminę Wałbrzych i jej mieszkańców przed drastycznym wzrostem cen za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów”*, czego jednak nie poparł żadnymi dowodami ani wyliczeniami.

Dodatkowo, odwołujący wskazywał, iż wyliczenie wartości szacunkowej zamówienia zostało sporządzone w sposób wadliwy, nieodnoszący się do faktycznego przedmiotu zamówienia i nie uwzględnia ono żadnych istotnych elementów kosztotwórczych dla realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że umowa nie zobowiązuje wykonawcy do poniesienia kosztów zagospodarowania odebranych frakcji odpadów, natomiast wyliczenie wartości szacunkowej zamówienia obejmuje koszty zagospodarowania czterech frakcji odpadów – odpadów zmieszanych, bioodpadów, odpadów zebranych selektywnie oraz popiołu. Ponadto, wyliczenie nie odnosi się do kosztów odbioru i transportu odpadów, co stanowi rzeczywisty przedmiot zamówienia, brak w nim takich elementów kosztotwórczych jak: koszty dysponowania pojazdami specjalistycznymi wyposażonymi w system monitorowania – śmieciarkami, pojazdami bramowymi, myjkami, koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady do gromadzenia poszczególnych frakcji odpadów wraz z kosztami ich rozstawienia i ewentualnej wymiany, koszty wyposażania pojemników w system RFID, koszty worków do gromadzenia odpadów, koszty pracy brygad odbierających odpady (kierowcy i ładowacze), logistyków i pozostałych osób zaangażowanych w realizację usługi, koszty bazy magazynowo - transportowej, koszty Biura Obsługi Klienta. Odwołujący stwierdził, że ceny zagospodarowania odpadów nie pozostają w jakimkolwiek związku z kosztami realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego nie przystaje do realiów zamówienia. Oznacza to, zdaniem odwołującego, iż zamawiający przygotował szacunkowe wyliczenia w sposób co najmniej niestaranny, czym naruszył przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał też, że o braku zachowania należytej staranności przez zamawiającego świadczy także okoliczność, że przy określaniu szacunkowej wartości wynagrodzenia przyjął on inne ilości odpadów w podziale na lata 2018, 2019, 2020 niż w wskazał w opisie przedmiotu zamówienia oraz w analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wałbrzych za lata 2018, 2019 i 2020, które zostały opublikowane w BIP. Odwołujący podkreślił też, że stawki w obecnie obowiązującej umowie na odbiór oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów, uzależnione są od tego, czy odpady są odbierane i

zagospodarowywane (odbieranie, transport i zagospodarowanie) czy tylko odbierane i przekazywane do zagospodarowania (odbieranie i transport), przy czym w przypadku zmieszanych odpadów komunalnych ceny realizacji usługi oferowane przez MZUK są o ponad 30% wyższe niż ceny, za jakie analogiczna usługa jest świadczona przez konsorcjum aktualnie obsługujące miasto Wałbrzych, zaś przypadku cen za odbiór odpadów komunalnych segregowanych różnica tak jest jeszcze większa – są to odpowiednio o 82% i o 62% wyższe ceny w Sektorze I i Sektorze II. Zatem, uzasadnienie o większej ekonomicznej realizacji zamówienia w formule in-house nie odpowiada prawdzie. To konkurencja na rynku wpływa na obniżenie cen i oznacza możliwość tańszego pozyskania usług objętych przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że zamawiający postanowił powierzyć realizację przedmiotu zamówienia podmiotowi niezdolnemu do jego realizacji, lecz nie zdecydował się przy tym wstrzymać z zawarciem umowy do momentu, gdy MZUK nabędzie lub w inny sposób pozyska zasoby niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia m.in. pojemniki na odpady, pojazdy (śmieciarki), system monitoringu pojazdów oraz system czujników zapisujący dane o miejscach wyładunku odpadów, pracowników. Tym samym – według odwołującego - doszło do sytuacji, w której MZUK zmuszony został do złożenia nieodpowiadającego prawdzie oświadczenia, że wymagane zasoby posiada. W ocenie odwołującego, zamawiający nadużył pozycję dominującą i udzielił zamówienia podmiotowi niezdolnemu do realizacji zamówienia publicznego zgodnie z wymogami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, niespełniającemu wymagań określonych Umowie, mimo oświadczenia MZUK i zaciągnięcia przez ten podmiot zobowiązania do spełniania wymagań określonych w Umowie przez cały okres jej obowiązywania, tj. od dnia 7 czerwca 2021 r. (§ 2 ust. 2 pkt 8 i 9 Umowy). Odwołujący wraził też przypuszczenie, że zawarcie umowy dopiero w dniu 7 czerwca 2021 r., mimo zakończenia negocjacji jeszcze w kwietniu, może być uzasadnione chęcią doprowadzenia za wszelką cenę do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Umowa zaś została zawarta, aby umożliwić MZUK nabycie zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w trybach niekonkurencyjnych – np. w celu umożliwienia MZUK powołania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia.

Odwołujący zauważył też, że nie można postawić zamawiającemu zarzutu, że wybrał do realizacji przedmiotu zamówienia podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu, gdyż z pełną świadomością takich warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie sformułował. Odwołujący przyznał, że formalnie zamawiający nie był do tego zobowiązany, ale podkreślił też w postępowaniach dotyczących realizacji tego samego

przedmiotu zamówienia w latach ubiegłych zamawiający stawiał wymóg, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali określone warunki udziału w postępowaniu.

Dla odwołującego, kluczowe znaczenie ma okoliczność, że wykonawca z którym została zawarta umowa w przedmiocie zamówienia publicznego nie dysponuje niezbędnym potencjałem technicznym ani osobowym do realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast, aby uzyskać zamówienie typu in-house wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację. Odwołujący przy tym powołał się na opinię Prezesa UZP pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący stwierdził, że skoro MZUK złożył w umowie oświadczenie wprowadzające zamawiającego w błąd co do tego, że „posiada odpowiednią wiedzę i uprawnienia, potencjał techniczny i osobowy oraz bazę magazynowo - transportową niezbędne do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu Umowy”, to powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący powołał brzmienie § 2 ust. 2 pkt 8 oraz § 2 ust. 2 pkt 9 umowy z dnia 7 czerwca 2021 r. i podkreślił, że w dniu 7 czerwca 2021 r. MZUK nie dysponował ani pojazdami, ani pojemnikami, ani systemem RFID, ani osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ, a biorąc pod uwagę fakt, że jest on podmiotem zobligowanym do nabywania towarów i usług w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych to mało prawdopodobne jest, by dysponował w pełni wymaganym potencjałem w terminie, w którym ma rozpocząć realizację przedmiotu zamówienia, tj. od dnia 1 listopada 2021 r. Odwołujący wskazał też, że skoro w umowie nie wskazano terminu początkowego jej obowiązywania, to uznać należy, że jest nim dzień podpisania umowy, tym bardziej, że szereg postanowień umowy zobowiązuje wykonawcę do dokonania określonych w niej czynności przed przystąpieniem do odbioru odpadów (m.in. § 5 ust. 1, czy § 6 ust. 18 pkt 2 umowy).

W dalszej kolejności odwołujący wskazał na postępowania wszczęte przez MZUK, w tym na postępowanie na:

- długoterminowy (4 lata) wynajem samochodów ciężarowych z zabudową typu śmieciarka bez limitu kilometrów, które zostało unieważnione ze względu na to, że nie wpłynęła żadna oferta. W związku z tym MZUK skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki;
- długoterminowy (4 lata) wynajem pojemników na odpady komunalne, które zostało unieważnione ze względu na to, że cena oferty złożonej w postępowaniu przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a nie ma on

możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny oferty złożonej w postępowaniu. W związku z tym zostało wszczęte kolejne postępowanie na dostawę pojemników na odpady komunalne, którego przedmiot w znaczący sposób różni się od uprzednio prowadzonego postępowania, gdyż zakłada nabycie pojemników na własność zamawiającego;

- wykonanie prac projektowych i robót budowlanych Bazy Transportowej przy ul. Beethovena w Wałbrzychu w formule „zaprojektuj i wybuduj”, które zakończyło się unieważnieniem w dniu 21 stycznia 2021 r. Kolejne postępowanie w tym przedmiocie wszczęte i prowadzone tym razem przez Urząd Miejski w Wałbrzychu również zostało unieważnione.

Odwołujący wskazał także na postanowienie § 6 ust. 6 umowy z dnia 7 czerwca 2021r., zgodnie z którym MZUK ponosi odpowiedzialność za wybór usługodawcy lub operatora GPS, GSM, jak również usługodawcy lub operatora zapewniającego wykonawcy system monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady oraz za prawidłowe funkcjonowanie systemu monitorowania oraz § 6 ust. 17 pkt 3 umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest zapewnić zamawiającemu dostęp do danych z systemu GPS pojazdów odbierających odpady komunalne z terenu Gminy Wałbrzych.

W ocenie odwołującego, powyżej przytoczone okoliczności oznaczają, że wykonawca MZUK – wbrew oświadczeniu złożonemu w umowie, nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które określa szczegółowe wymagania dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w zakresie:

- 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;
- 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwanych dalej "pojazdami", i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwanych dalej "urządzeniami";
- 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów;
- 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo–transportowej.

Odwołujący wskazał także na przepis § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia i wymóg posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej. Dalej odwołujący wskazywał na przepis § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia,

zgodnie z którym pojazdy muszą być wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów – umożliwiający weryfikację tych danych, a także na § 2 określający wymogi względem bazy magazynowo - transportowej.

Odwołujący podniósł, że wątpliwości budzi czy MZUK nie podlega wykreśleniu z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonym przez Prezydenta Miasta Wałbrzycha z uwagi na niespełnianie wymogów przepisanych prawem. Wyjaśnił, że wpis uzyskiwany jest po złożeniu oświadczenia, że dany podmiot zna i spełnia warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy, przy czym wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami, o których mowa w art. 9c ust. 4. Powyższe oznacza, że w toku tego postępowania nie jest dokonywana weryfikacja co do zgodności złożonego oświadczenia ze stanem faktycznym.

Odwołujący, wyrażając wątpliwości czy MUZK spełnia wymagania ustawowe, wnosił o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia protokołów kontroli, którą jest obowiązany prowadzić co najmniej raz na dwa lata, zgodnie z art. 9u ust. 1a ww. ustawy.

Odwołujący podkreślił, że w szczególności jego wątpliwości budzi okoliczność związana z posiadaniem przez MZUK co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Wyjaśnił, iż z wiedzy posiadanej przez odwołującego MZUK posiada wyłącznie 3 pojazdy, które mogą służyć do odbioru odpadów, ale są to pojazdy bez funkcji kompaktującej (hakowiec DAF, hakowiec IVECO i hakowiec Mercedes), które wykorzystywane są do odbioru odpadów gromadzonych w kontenerach KP-7. Natomiast sprawozdania składane przez MZUK nie ujawniają, aby podmiot ten dysponował śmieciarkami.

Według odwołującego, powyższe okoliczności jednoznacznie świadczą o uprzywilejowaniu MZUK względem innych wykonawców, którzy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają weryfikacji co do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Zauważył, iż zakaz dyskryminacji wiąże się z obowiązkiem stosowania jednolitych wymogów wobec kontrahentów, bez różnicowania stawianych im warunków.

Odwołujący wskazał, że nadużywanie pozycji dominującej może przybrać dwojaki charakter. Pierwszą grupą praktyk są tzw. praktyki o charakterze wykluczającym, które polegają na dążeniu przedsiębiorcy dominującego do utrzymania swojej przewagi rynkowej przez działania mające na celu zapobieganie rozszerzeniu konkurencji, czego skutkiem jest zaburzenie struktury konkurencji, co przekłada się na pośrednią szkodę konsumentów – w tym przypadku wyższe koszty świadczenia usługi odbioru odpadów dla mieszkańców Gminy Wałbrzych. Odwołujący podkreślił, iż czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Powołał jednocześnie w tym zakresie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., wydany I CSK 252/15, w którym stwierdzono, iż uprawnienie do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej.

W ostatniej części swojego wyводу odwołujący podnosił, że niedopuszczalne i sprzeczne z istotą zamówień in-house jest także dopuszczenie przez zamawiającego w § 2 ust. 2 pkt 7 umowy możliwości powierzenia podwykonawcom części przedmiotu zamówienia, tj. realizacji specjalistycznych usług, niestanowiących przedmiotu działalności wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie sprecyzował, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „specjalistycznych usług”, ani nie zawęził możliwości podzlecenia wyłącznie do tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 36a ust. 2a ustawy Pzp 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. Przedmiotowe zamówienie obejmuje zaś usługi o charakterze użyteczności publicznej.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2021 roku przekazał wykonawcy Miejskiemu Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o. informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 21 lipca 2021 roku wykonawca Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu (zwany dalej: „przystępującym” lub „MZUK”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy nPzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 7 września 2021 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Także w dniu 7 września 2021 roku przystępujący przekazał do Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 8 września 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba ustaliła także, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: informacji o zamiarze zawarcia umowy z dnia 30.12.2020 r., zaproszenia do negocjacji z 31.12.2020 r. wraz z załącznikami, wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia, protokołów z negocjacji, umowy o zamówienie z 7.06.2021r., ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z 18.06.2021 r., protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez strony w toku postępowania.

Izba postanowiła odtajnić treść protokołów z negocjacji prowadzonych przez zamawiającego z MZUK z uwagi na to, że z treści tych protokołów nie wynika, iż informacje w nich zawarte zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Charakter informacji zawartych w protokołach z negocjacji w ocenie Izby nie potwierdza, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, przystępujący nie wykazał, że zachowuje te dokumenty w poufności. A z treści odpowiedzi na odwołanie zamawiającego wynika, że wykonawca MZUK poczynił stosowne zastrzeżenie dopiero w oświadczeniu złożonym w dniu 14 czerwca 2021 roku, a zatem parę miesięcy po przeprowadzeniu negocjacji i sporządzeniu protokołów. Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie zachodzą podstawy do zastrzeżenia treści ww. protokołów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie,

piśmie przystępującego oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 września 2021 roku.

### **Izba ustaliła co następuje:**

W dniu 30 grudnia 2020 roku zamawiający zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej „Informację o zamiarze zawarcia umowy”, której przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha. Szacunkową wartość zamówienia określił na 49 850 925,93 zł brutto, co stanowi równowartość 11 676 604,11 euro. Zamawiający wskazał, że zamierza udzielić zamówienia Miejskiemu Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazując, iż: zamawiający należy do kategorii zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – jako jednostka samorządu terytorialnego należącego do jednostek sektora finansów publicznych. Zamówienie udzielane jest osobie prawnej – Miejskiemu Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o. Gminy Wałbrzych, której przedmiotem działalności jest wykonywanie zadań własnych gminy z zakresu usług komunalnych mający charakter użyteczności publicznej. Spółka jest podmiotem, nad którym Zamawiający sprawuje kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tego podmiotu. Zamawiający jest jedynym wspólnikiem Spółki, z tego względu działając przez Prezydenta Miasta Wałbrzycha, wykonuje uprawnienia Zgromadzenia wspólników. Zamawiający powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej, która powołuje i odwołuje Zarząd. Ponad 90% działalności spółki dotyczy realizacji zadań powierzonych jej przez Zamawiającego. Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nie jest Spółką zależną od innych osób oraz nie jest spółką dominującą i nie posiada spółek zależnych. Spółka jest ponadto osobą prawną, w której nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Dalej zamawiający wskazał na cele działalności Spółki, w tym gospodarowanie odpadami komunalnymi i stwierdził, że powierzenie jej zadania pozwoli zabezpieczyć Gminę Wałbrzych i jej mieszkańców przed drastycznym wzrostem cen za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. Zamawiający wskazał także, że będzie posiadał znaczący wpływ na jakość wykonywanych usług oraz poziom ich świadczenia.

Planowany termin realizacji zamówienia określił na 1.11.2021 r. – 31.10.2025 r.



Zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W dniu 31 grudnia 2020 roku zamawiający wystosował do wykonawcy MZUK zaproszenie do negocjacji. W zaproszeniu do negocjacji nie opisał warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a także zdolności technicznej lub zawodowej. Do zaproszenia zostały dołączone m.in. Opis Przedmiotu Zamówienia oraz projekt umowy.

W okresie od lutego do kwietnia 2021 roku zamawiający przeprowadził negocjacje z MZUK, czego wyrazem są protokoły z negocjacji (z 8.08.2021 r., 8.03.2021 r., 8.04.2021 r. i 30.04.2021 r.).

W dniu 7 czerwca 2021 roku zamawiający zawarł umowę z MZUK, której przedmiotem zgodnie z § 3 ust. 1 jest: zlecenie Wykonawcy wykonania usług polegających na odbieraniu i transporcie:

- a) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,
- b) pozostałych odpadów opakowaniowych, tj. odpadów komunalnych zbieranych selektywnie w systemie pojemnikowym (tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych, metali),
- c) odpadów komunalnych segregowanych, obejmujących odpady: papieru i tektury, butelek PET, szkła, bioodpadów, w tym trawy, pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w Gminie Wałbrzych i przekazywaniu ich do Instalacji Komunalnej – Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów, położonej przy ul. Beethovena w Wałbrzychu.

W § 2 ust. 2 pkt 8 umowy wykonawca MZUK oświadczył, że zapoznał się ze wszystkimi warunkami Umowy, w tym w szczególności z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz posiada odpowiednią wiedzę i uprawnienia, potencjał techniczny i osobowy oraz bazę magazynowo - transportową niezbędne do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu Umowy, a w szczególności:

- a) posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Wałbrzycha, o którym mowa w art. 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
- b) spełnia wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122),

c) posiada ważne zezwolenie na transport odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych niebezpiecznych, wydane przez właściwego starostę lub inne ważne zezwolenie obejmujące swym zakresem zezwolenie na transport odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia,

d) posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o których mowa w art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn. zm.),

e) nie zostało wobec niego wszczęte postępowanie upadłościowe, układowe ani nie otwarto jego likwidacji, jak również nie toczą się wobec niego postępowania egzekucyjne i nie zachodzą inne okoliczności, które mogłyby wpłynąć na zdolność do wykonania zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy.

Z kolei w § 2 ust. 2 pkt 9 wykonawca oświadczył, że zobowiązuje się do spełniania wymagań określonych w niniejszej Umowie, w szczególności w § 2 ust. 2 pkt 8 umowy przez cały okres jej obowiązywania, z uwzględnieniem warunków OPZ, pod rygorem rozwiązania Umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym z winy Wykonawcy w trybie § 13 ust. 2 pkt 7 niniejszej Umowy. W przypadku, gdy wymagane do realizacji przez Wykonawcę przedmiotu niniejszej Umowy decyzje, wpisy do rejestrów i/lub zezwolenia, tracą moc obowiązującą w czasie realizacji niniejszej umowy, Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania nowych właściwych decyzji, wpisów do rejestrów i/lub zezwoleń oraz przekazania kopii tych dokumentów Zamawiającemu najpóźniej na 7 dni przed upływem terminu ważności poprzednich.

W dniu 18 czerwca 2021 roku zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

### **Izba zważyła co następuje:**

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.
2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 66 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki tzw. zamówienia *in-house* określa przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym: zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zamawiający w niniejszej sprawie przedstawił zarówno w Informacji o zamiarze zawarcia umowy z dnia 30 grudnia 2020 roku, opublikowanej na stronie BIP, jak i w Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 18 czerwca 2021 roku, podstawę prawną i uzasadnienie faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, odnosząc się do przesłanek opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba w składzie orzekającym podziela stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż z obowiązujących przepisów prawa nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. *in-house* konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, czy na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 roku – w art. 214 (por. wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1842/19, wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2020 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 3069/20 oraz wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 roku, wydany w połączonych sprawach o sygn. akt: 731/21, KIO 747/21).

Możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest jednym z wyjątków od zasady prymatu trybów konkurencyjnych, do których odsyła przepis art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, a który jednocześnie stanowi, że taka możliwość istnieje tylko w przypadkach wskazanych w ustawie. Dla możliwości udzielenia zamówienia tzw. *in-house* konieczne jest łącznie

spełnienie ustawowych przesłanek, opisanych m.in. w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ale zarazem ich spełnienie jest wystarczające, aby zamawiający mógł skorzystać z wyboru tego trybu udzielenia zamówienia. Ustawodawca nie wymaga bowiem spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek, oprócz tych wymienionych w powołanym powyżej przepisie ustawy.

Podnoszona przez odwołującego kwestia, iż przedmiotem zawartej w wyniku przeprowadzenia tego postępowania umowy są jedynie usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Wałbrzycha, a postanowienia wynegocjowanej i zawartej umowy – wbrew nazwie postępowania – nie odnoszą się do kwestii zagospodarowania odpadów oraz to, że zawarta umowa zawiera także inne, istotne różnice w odniesieniu do treści projektu umowy przesłanego wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji, które nie znajdują odzwierciedlenia w protokole z negocjacji, nie ma wpływu na możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że istota negocjacji polega na tym, że strony uzgadniają kształt przyszłej umowy, w tym jej poszczególnych postanowień. Nie ulega wątpliwości, iż w toku negocjacji może dojść do zmiany postanowień uprzednio zawartych we wzorze umowy, na bazie którego prowadzone były negocjacje.

Jeśli nawet, jak twierdzi odwołujący, zmiany te wpłynęły na aktualność i adekwatność szacunkowej wartości zamówienia, nie oznacza to, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w trybie tzw. zamówienia *in-house* było bezpodstawne, gdyż jak już wcześniej zaznaczono, wystarczające dla możliwości udzielenia zamówienia w tym trybie jest łączne spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Natomiast odwołujący też nie wykazał w jaki sposób, wadliwie określona wartość szacunkowa zamówienia, wpływa na możliwość udzielenia zamówienia w tym trybie i, że w ogóle ma taki wpływ.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy należy podkreślić, że odwołujący w ogóle nie kwestionował, że przesłanki opisane w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zostały spełnione w tym postępowaniu. Co więcej, odwołujący przyznał nawet w treści odwołania, iż formalnie zostały one spełnione: *„O ile spełnione zostały formalne przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p., to jednak zawarcie umowy z MZUK nie może zostać uznane za działanie zgodne z przepisami ustawy.”* (str. 5 odwołania).

Natomiast zdaniem odwołującego, pomimo formalnego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający, dokonując wyboru trybu

udzielenia zamówienia z wolnej ręki w tym postępowaniu, naruszył szereg przepisów, co w ocenie Izby się nie potwierdziło.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy zaproszonego do negocjacji i zawarcie z nim umowy, w sytuacji gdy podmiot ten wprowadził zamawiającego w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący swój zarzut w tym zakresie opierał w głównej mierze na twierdzeniach, że zamawiający udzielił zamówienia podmiotowi, który zarówno w chwili wszczęcia postępowania, jak i w chwili zawarcia umowy, a także już w okresie jej obowiązywania (co najmniej od dnia 7 czerwca 2021 r. do dnia wniesienia niniejszego odwołania) – mimo deklaracji i oświadczeń złożonych w § 2 ust. 2 umowy – nie spełniał wymagań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia sformułowanych w opisie przedmiotu zamówienia i nie jest zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na faktyczne niedysponowanie potencjałem technicznym i osobowym niezbędnym do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu umowy. Ponadto, podmiot ten złożył w umowie wprowadzające zamawiającego w błąd oświadczenia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu.

Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zaistniały przesłanki do stwierdzenia, że wykonawca MZUK wprowadził zamawiającego w błąd.

Przed wszystkim należy zauważyć, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu, co wynika bezpośrednio z treści zaproszenia do negocjacji z dnia 31 grudnia 2021 roku. Zamawiający w punkcie 3 zaproszenia, dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, stwierdził jedynie, że o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy. Tym samym nie sposób uznać, że wykonawca nie spełniał wymagań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w chwili wszczęcia postępowania czy w dacie zawarcia umowy, z tego właśnie względu, że te wymagania nie zostały przez zamawiającego określone.

Ponadto, słusznie przystępujący wskazywał, że zamawiający jako podmiot sprawujący bezpośrednio kontrolę nad MZUK miał wiedzę co do zasobów (potencjału) technicznego i osobowego jakim dysponuje MZUK.

Co więcej, z treści protokołów z negocjacji prowadzonych pomiędzy zamawiającym a MZUK wprost wynika, że wykonawca ten nie dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a dopiero będzie je pozyskiwał.

Należy też zauważyć, że odwołujący nawet nie podjął próby określenia stopnia winy wykonawcy (lekkomyślność czy niedbalstwo), nie mówiąc już o próbie wykazania, że działanie wykonawcy było zawinione. Brak jakiegokolwiek argumentacji odwołującego w tym zakresie, czyni zarzut niepełnym.

Co do treści oświadczenia wykonawcy MZUK zawartego w § 2 ust. 2 pkt 8 umowy, zgodnie z którym oświadczył on, że *„posiada odpowiednią wiedzę i uprawnienia, potencjał techniczny i osobowy oraz bazę magazynowo - transportową niezbędne do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu niniejszej Umowy,* to za zamawiającym wskazać należy, że przez potencjał techniczny i osobowy należy rozumieć nie tylko rzeczy pozostające w dyspozycji wykonawcy już w dniu zawarcia umowy, czy też pracowników zatrudnionych w tej dacie, ale przede wszystkim możliwość, a nawet gwarancję ich nabycia czy zatrudnienia bezpośrednio przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. przed 1 listopada 2021 roku. Oczywiście z tym zastrzeżeniem, że zamawiający już na tym etapie nie wymagał wykazania realności dysponowania tymi zasobami. Należy też zauważyć, że § 2 ust. 2 pkt 8 umowy nie konkretyzuje tych zasobów, lecz odnosi się do obowiązku posiadania stosownych wpisów i zezwoleń, a także do spełnienia wymagań, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zauważyć należy, że ww. zobowiązanie MZUK dotyczące posiadania odpowiednich zasobów wynikało z treści zawartej umowy, nie stanowiło natomiast oświadczenia wykonawcy składanego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji, trudno uznać, by oświadczenia zawarte w umowie, nie wynikające z wcześniejszych oświadczeń wykonawcy, mogły stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, którego celem jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy w tym postępowaniu złożyli nieprawdziwe informacje.

W tym miejscu należy podkreślić, że MZUK w dacie zawarcia umowy, a nawet w dacie wszczęcia postępowania legitymował się stosownymi wpisami/ zezwoleniem, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 8 lit. a, c, d umowy. Co prawda odwołujący kwestionował zasadność

wpisu wykonawcy MZUK do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Wałbrzycha, jednak należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do weryfikowania, czy dany podmiot nie podlega wykreśleniu z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z uwagi na niespełnianie wymogów przepisanych prawem. Stąd też Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia protokołów kontroli prowadzonej na podstawie art. 9u ust. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a rozszerzonego w toku rozprawy o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów, które wraz z wnioskiem o wpis do rejestru działalności regulowanej złożył MZUK, w szczególności w zakresie pojazdów, co do których deklarował, że nimi dysponuje.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 93 ust. 7 ustawy Pzp (powinno być: art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wszczętego w dniu 31 grudnia 2020 r., w sytuacji gdy postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki udzielając zamówienia podmiotowi, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, i który jest niezdolny do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z uwagi na niedysponowanie niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut jest bezzasadny. Za przystępującym należy wskazać, że zarzut naruszenia ustawy Pzp w tym zakresie jest wadliwy.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Zwrócić też

należy na ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która uprawnia Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem, wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wadą o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Nie każde zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego będzie niosło ze sobą daleko idący skutek w postaci konieczności unieważnienia postępowania. Okoliczności, o których mowa powyżej, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, jak i nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp za chybiony.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

(...)

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Podnieść należy, że w przypadku ziszczenia się przesłanek opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp trudno mówić o naruszeniu zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp, w tym naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, gdyż tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest ze swej istoty trybem, w którym brak jakiegokolwiek konkurencji dla jedynej wykonawcy, z którym następnie (po negocjacjach) zostaje zawarta umowa. Z kolei zasada przejrzystości realizowana jest w oparciu o przepis art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, zobowiązujący zamawiającego do zamieszczenia na stronie BIP (bądź w przypadku braku takiej strony na własnej stronie internetowej) informacji o zamiarze zawarcia umowy, zawierającej informacje wyspecyfikowane w tym przepisie.



Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2021 roku, wydanym w sprawie XXIII Zs 14/21 należy wskazać, iż: „stosowanie art. 7 ust. 1 PZP2004 w ramach zamówienia publicznego udzielanego z wolnej ręki w trybie in-house nie jest możliwe, albowiem rozważana procedura w rzeczywistości z natury wyłącza zasady uczciwej konkurencji i równe zasady traktowania wykonawców. Jednocześnie ani na gruncie dyrektywy (...), ani na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP2004 ustawodawca nie odsyła do tych ogólnych przepisów, które zakładają udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wielu konkurujących ze sobą podmiotów, co wymusza równe ich traktowanie. Ze zgoła odmienną sytuacją mamy do czynienia gdy zamówienie publiczne jest udzielane z wolnej ręki w trybie in-house. Zamówienie publiczne jest bowiem udzielane podmiotowi silnie powiązanemu z zamawiającym, z pominięciem rozeznania rynku w tym analogicznych ofert innych podmiotów działających na rynku. Z tego też względu ustawodawca zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i w prawie krajowym precyzyjnie określił przesłanki jakie muszą być spełnione dla udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie i ich wypełnienie zastępuje zastosowanie ogólnej normy art. 7 ust. 1 PZP2004. Ustawodawca nie wymaga jednocześnie aby w razie zastosowania tego trybu były spełnione jakiegokolwiek inne okoliczności, w tym wynikające z przepisów powołanych w rozważanym zarzucie. Brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia analizy w zakresie nienaruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, gdyż wykraczałoby to poza wymogi wynikające z gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP2004, a najczęściej uniemożliwiłoby zastosowanie tego trybu”.

Tym samym nie jest też zasadne stanowisko odwołującego, że zamawiający zobowiązany był do dokonania oceny, jaki wpływ to zamówienie będzie miało na innych uczestników rynku, m.in. do dokonania analizy czy nie zakłóca ono konkurencji na danym rynku i nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego lub nadmiernym uprzywilejowaniem określonego wykonawcy, czego zamawiający zaniechał.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2.

Nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 i art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez wadliwe określenie szacunkowej wartości zamówienia, co przyczyniło się do podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, a w konsekwencji udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady konkurencyjności i proporcjonalności skutkujące powierzeniem realizacji zamówienia z wolnej ręki uprzywilejowanemu podmiotowi w sytuacji, gdy na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi zarówno co do rodzaju, jak i ilości oraz obszaru za niższą cenę.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Stosownie zaś do art. 34 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo

2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Co do kwestii określenia wartości szacunkowej zamówienia i twierdzeń odwołującego, że zamawiający wadliwie sporządził wartość szacunkową zamówienia, to jak już wcześniej zostało wspomniane, odwołujący nie wykazał, w jaki sposób, nawet gdyby ta wartość została określona w sposób nieprawidłowy, miałyby mieć to wpływ na możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Tym samym, także powyższy zarzut, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie.

Powyższe ustalenia w ocenie Izby nie stoją także w sprzeczności z przepisami powoływanej przez odwołującego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.U.E.L. Nr 94) – zwanej dalej: „Dyrektywą 2014/24/UE”.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wszczęcie postępowania i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy MZUK oraz na niekorzyść innych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a także na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, ponadto zaniechanie dokonania oceny wpływu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na

innych uczestników rynku, a także zaniechanie weryfikacji czy umowa nie zakłóca konkurencji na danym rynku, czy nie ogranicza dostępu do rynku lub nie eliminuje z rynku innych przedsiębiorców i czy nie skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez zamawiającego.

Powoływany przez odwołującego przepis art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE statuuje ogólną zasadę, iż Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Nie należy też zapominać o przepisie art. 12 ust. 1 powołanej powyżej Dyrektywy, zgodnie z którym zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Przepis art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE został implementowany do polskiego porządku prawnego, a wynikiem tej implementacji jest przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowił podstawę prawną dla udzielenia zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE jasno wynika, że w przypadku spełnienia warunków określonych w tym artykule, zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem zastosowania tej Dyrektywy. Powyższe oznacza, na co już wskazywano choćby w

powołanym wcześniej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: 3069/20, iż nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania Dyrektywy lub przejawu sztucznego zawężania konkurencji. Powyższe stanowisko potwierdził też Sąd Okręgowy w Warszawie w powołanym powyżej wyroku o sygn. akt: XXIII Zs 14/21.

Tym samym nie sposób uznać, że doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, jak i przepisów art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wszczęcie postępowania i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy MZUK oraz na niekorzyść innych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, co w ocenie odwołującego stanowiło o nadużyciu pozycji dominującej przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 36a ust. 2a ustawy Pzp poprzez dopuszczenie w umowie zawartej w trybie *in-house* możliwości powierzenia podwykonawcy specjalistycznych usług, niestanowiących przedmiotu działalności wykonawcy bez jednoczesnego dokonania zastrzeżenia, że nie mogą to być kluczowe części tych usług, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 36a ust. 2a ustawy Pzp 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.

Z § 2 ust. 2 pkt 7 umowy wynika, że wykonawca MZUK samodzielnie będzie wykonywać powierzone mu zadanie, za wyjątkiem usług specjalistycznych, niestanowiących przedmiotu jego działalności. Innymi słowy, strony dopuściły możliwość powierzenia podwykonawcom usług specjalistycznych, niewchodzących w zakres przedmiotu działalności MZUK. Odnosząc się do zarzutu stawianego przez odwołującego podkreślić należy, że z postanowień umowy w żaden sposób nie wynika, że będą to usługi o charakterze kluczowym. Odwołujący też w żaden sposób tego nie wykazał, a zatem nie sposób uznać, że treść umowy jest sprzeczna z przepisem art. 36 a ust. 2a ustawy Pzp. Dodatkowe zastrzeżenie, że usługi specjalistyczne nie mogą stanowić kluczowych części usług powierzonych wykonawcy MZUK do realizacji w ramach umowy z dnia 7 czerwca 2021 roku, na którego brak zwracał uwagę odwołujący, nie jest konieczne. Zastrzeżenie takie wprost

wynika z bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa – art. 36a ust. 2a ustawy Pzp i nie jest konieczne dodatkowe powielanie go w postanowieniach zawartej umowy. A wywodzenie z braku stosownego zastrzeżenia, że strony umowy jednak dopuściły możliwość powierzenia podwykonawcy kluczowych części usług nie jest niczym uzasadnione.

Wobec powyższego Izba uznała za bezzasadny także zarzut naruszenia przepisu art. 36a ust. 2a ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń sformułowany w ostatnim punkcie *petitum* odwołania zarzut naruszenia polegającego na zaniechaniu przeprowadzenia postępowania w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki lub na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, pomimo że zamawiający był do tego obowiązany nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła oddalić odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł.

Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Wobec oddalenia odwołania w całości, biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy ustawy nPzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłaszającego przystąpienie o zasądzenie kosztów z tytułu zastępstwa przed Izbą na podstawie przedłożonej faktury VAT, albowiem przepisy powołanego powyżej rozporządzenia przewidują - w przypadku oddalenia odwołania - możliwość zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego, tylko w sytuacji, gdy wniósł on sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części (§ 8 ust. 2 pkt 2 i 3).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....