

Warszawa, dnia 23 listopada 2020 r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa  
Fax: + 48 22 45 87 800  
odwolania@uzp.gov.pl

**Odwołujący: REMONDIS Sp. z o.o.**  
KRS nr 0000031135  
ul. Zawodzie 18  
02-981 Warszawa  
Adres email: lodz@remondis.pl  
*reprezentowany przez:*  
**Dianę Siek- Smoczyńską, adwokata**  
**Chmaj i Wspólnicy Sp.k.**  
ul. Flory 9 lok. 4  
00-586 Warszawa  
Tel/fax: +48 22 841 40 00  
Adres email: siek@chmaj.pl

**Zamawiający: Miasto Zduńska Wola**  
Urząd Miasta Zduńska Wola  
ul. Stefana Żłotnickiego 12  
98-220 Zduńska Wola  
Fax: +43 852-02-02  
Adres email: [urząd\\_miasta@zdunskawola.pl](mailto:urząd_miasta@zdunskawola.pl)  
[sekretariat@zdunskawola.pl](mailto:sekretariat@zdunskawola.pl), [zp@zdunskawola.pl](mailto:zp@zdunskawola.pl)

### **ODWOŁANIE**

**w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zduńska Wola w trybie zamówienia z wolnej ręki w procedurze in-house na „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.” ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK**

Niniejszym, działając w imieniu REMONDIS Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) (*pełnomocnictwa wraz z opłatą skarbową składam w załączeniu*), na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, ust. 3, ust. 4 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: „Pzp”),

### **składam odwołanie**

**od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego, polegającej na:**

- I. błędnym wyborze trybu udzielenia zamówienia znak ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK;
- II. błędnym przyjęciu, że istnieje podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „MPGK”) w sytuacji, w której Zamawiający nie sprawuje kontroli nad MPGK w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. a) Pzp;
- III. błędnym uznaniu, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPGK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę;
- IV. wyborze wykonawcy i przeprowadzenia z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny;
- V. dopuszczeniu możliwości realizacji przez podwykonawcę kluczowej części zamówienia, co jest sprzeczne z ideą trybu z „wolnej ręki”.

Informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w procedurze in-house na „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.” ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK została opublikowana w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Dz.U./S S222 nr 546436-2020-PL) w dniu 13 listopada 2020 r.

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu następujące naruszenia:**

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegający na zawarciu niewyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w informacji o zamiarze zawarcia umowy polegającego na niepełnym opisanie sytuacji uzasadniającej skorzystanie z trybu, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w szczególności:

- 1) brak wskazania rzeczywistego wpływu członków Rady Nadzorczej na decyzje Zarządu i Zgromadzenia Wspólników, niewskazanie granic działania Zarządu oraz kryteriów i decyzji, które wymagają uchwały Zgromadzenia Wspólników, co spowodowało naruszenie art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp;
  - 2) błędnym uznaniu, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPGK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, w sytuacji, w której zgodnie z wydrukiem KRS przedmiotem działalności MPGK jest zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, co nie gwarantuje, z uwagi na datę wpisania MPGK do KRS - 30 września 2020 r., że w przyszłości spółka będzie wykonywała działalności w większości wyłącznie na rzecz Zamawiającego i wyłącznie w zakresie zagospodarowania odpadów, co spowodowało naruszenie art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 Pzp.
2. art. 32 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp ust. 1 oraz art. 34 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wybór trybu zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności i proporcjonalności polegający na powierzeniu z wolnej ręki realizacji zamówienia przez MPGK za cenę 4 376 198.15 zł netto, w sytuacji, w której na rynku są podmioty, które realizują tożsame usługi tak co do rodzaju jak i ilości oraz obszaru za niższą cenę.
- Powyższe naruszenie przepisów doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że istnieje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki pomimo istnienia konkurencji na rynku, polegającego w szczególności na niezasadnym preferowaniu jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu.
3. Naruszenie art. 36a ust. 2a i art. 67 ust. 11 pkt 2 i ust. 13 pkt 1 lit. b Pzp poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego – w informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz w informacji o udzieleniu zamówienia – kluczowych części usług użyteczności publicznej będących przedmiotem zamówienia, połączone z jednoczesnym zamieszczeniem informacji o zamiarze zlecenia podwykonawstwa, w sytuacji gdy określenie kluczowych części usług stanowi obowiązek Zamawiającego, a jego wykonanie jest niezbędne zarówno dla możliwości określenia przedmiotu zamówienia, jak i dla możliwości oceny prawidłowości wyboru przez Zamawiającego procedury in-house;
  4. Naruszenie art. 36a ust. 2a Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego zlecenia przez Wykonawcę podwykonawstwa w zakresie kluczowych części usług użyteczności publicznej będących przedmiotem

zamówienia poprzez nieokreślenie tych kluczowych części, co stanowi czynność mającą na celu obejście nakazu wykonania kluczowych części usług publicznych przez wykonawcę.

**Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp, Odwołujący wnosi o:**

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek;
- w oparciu § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (dalej jako "Rozporządzenie") o zobowiązanie przez KIO Zamawiającego do przedłożenia umowy i prognozy handlowej MPKG gdyż jest jej jednym z założycieli, a Odwołujący z uwagi na panujący czas epidemii COVID-19 nie jest władny do pozyskania przed terminem do złożenia odwołania ww. dokumentów z rejestru przedsiębiorców KRS;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

**Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności:**

**1. Interes w uzyskaniu zamówienia:**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest Wykonawcą zdolnym do jego wykonania.

Odwołujący od 2001 r. prowadzi działalności m.in. w zakresie zbierania odpadów innych niż niebezpieczne oraz przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów. W związku z powyższym Odwołujący posiada wieloletnie doświadczenie, w tym potencjał kadrowy i sprzętowy do realizacji usług odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców Miasta Zduńska Wola.

Powyższe oznacza, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które powinien uzyskać.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Zaniechanie prawidłowego badania i oceny ofert, pozbawia go możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Szkodą jaką Odwołujący może ponieść wyraża się w

utracie korzyści, jakie mógłby on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami Pzp. Wyczerpuje to w sposób jednoznaczny materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, określoną w art. 179 ust. 1 Pzp.

## **2. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:**

Miasto Zduńska Wola posiada całość udziałów Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli sp. z o.o. Akt założycielski spółki został spisany w dniu 17 lipca 2020 r., zmieniony w dniu 24 lipca 2020 r. Spółka została zarejestrowana w KRS pod numerem 860810 w dniu 30 września 2020 r. Przedmiot przeważającej działalności spółki to zgodnie z KRS: 38.11.Z Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne. Spółka ma jednoosobowy zarząd. Prezesem Zarządu jest Paweł Kurzawski. Powołano także trzyosobową radę nadzorczą w osobach: Arkadiusza Cieślaka, Marcina Książyka, Bartosza Marchela.

Miasto Zduńska Wola w dniu 12 listopada 2020 r. upubliczniło informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w procedurze in-house na „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.” ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK. Zamówienie o szacunkowej wartości 5 806 260,81 zł netto ma zostać udzielone Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli sp. z o.o. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W informacji o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający wskazuje, że zachodzą przesłanki do powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli sp. z o.o. przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj. 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; 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; c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W informacji o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający powołuje się na umowę spółki i prognozę handlową. Dokumentów tych nie upublicznił.

W ogłoszeniu opublikowanym w dniu 13.11.2020 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Dz.U./S S222 nr 546436-2020-PL) Zamawiający podał, że „W ramach zamówienia/części/koncesji przewidywane jest zlecenie podwykonawstwa”.

[Uzasadnienie zarzutów]

Na wstępie, za wyrokiem TSUE z dnia 3 października 2019 r. sygn. C-285/18 należy podkreślić, że swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, 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).

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

Odwołujący podnosi, że z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE. Odwołujący podnosi, że samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Odwołujący zwraca uwagę, że chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej. Wskazuje, że z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem

tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, w dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi, w tym przepisami o ochronie konkurencji. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE, jak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i ustawie Pzp a dotyczącym art. 346 TFUE. Podnosi, że co do zasady jednak taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma. W związku z powyższym, zadaniem Odwoływającego, w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający nie był legitymowany do wyboru trybu udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”.

[bezpośredni wpływ]

Ustawodawca precyzyjnie określił przesłanki do udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”. Pierwszą z nich jest gwarancja bezpośredniego wpływu Zamawiającego na podmiot „in house”. Z uzasadnienia opublikowanej informacji nie wynika, aby Zamawiający zagwarantował sobie bezpośredni nadzór i kontrolę nad MPGK. Rzeczywiście w strukturach Wykonawcy funkcjonuje Rada Nadzorcza, niemniej organ ten poza przygotowywaniem rocznych sprawozdań nie ma narzędzi do bieżącej weryfikacji czynności Zarządu. Rada Nadzorcza sprawuje funkcję podstawową. Przepisy szczególne dają możliwość rozszerzenia kompetencji Rady, co byłoby rozwiązaniem słuszym w kontekście zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zgodnie z art. 220 Ksh umowa spółki może rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, a w szczególności stanowić, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady nadzorczej przed dokonaniem oznaczonych w umowie spółki czynności, oraz przekazać radzie nadzorczej prawo zawieszania w czynnościach, z ważnych powodów, poszczególnych lub wszystkich członków zarządu.

Z informacji o zamówieniu wynika, że „zgodnie z treścią Umowy, Radzie Nadzorczej zostały przyznane kompetencje m.in. do przeprowadzenia corocznej oceny sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy, wybieranie podmiotu uprawnionego przeprowadzającego badanie sprawozdania finansowego, powoływania i odwoływania Członków Zarządu Spółki, podejmowania uchwał w sprawie zasad kształtowania wynagrodzeń członków Zarządu w zakresie określonym w uchwałach Zgromadzenia Wspólników”. Z Umowy MPGK wynika, że Rada Nadzorcza wyraża zgodę na rozporządzenie prawem lub zaciąganie zobowiązań powyżej 500 000 zł netto nie większych jednak niż 1 000 000 zł. W związku z powyższym kosztowne transakcje, powyżej 1 000 000 są poza kontrolą Rady. Zazwyczaj swoboda działalności Zarządu hamowana jest poprzez

precyzyjnie kryteria w zakresie obowiązku uzyskania zgody organu kontrolnego na daną inwestycję.

Ponadto, Zarząd składa się z 1 członka - Prezesa Zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji, w sytuacji w której przepisy Ksh zezwalają na umowne ograniczenie dyskrecjonalnej władzy Prezesa poprzez np. stworzenie zarządu wieloosobowego i ustanowienie kilkuosobowej reprezentacji. Z art. 208 § 3 Ksh wynika, że każdy członek zarządu może prowadzić bez uprzedniej uchwały zarządu sprawy nieprzekraczające zakresu zwykłych czynności spółki. § 4. Stanowi, że jeżeli jednak przed załatwieniem sprawy, o której mowa w § 3, choćby jeden z pozostałych członków zarządu sprzeciwi się jej przeprowadzeniu lub jeżeli sprawa przekracza zakres zwykłych czynności spółki, wymagana jest uprzednia uchwała zarządu. W MPGK nie ma osoby, która mogłaby wyrazić sprzeciw wobec działań Prezesa.

W związku z powyższym jedna osoba ma legitymację do swobodnego i nieograniczonego prowadzenia spraw spółki w tym do czynności prawnych.

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

Analiza informacji o zamówieniu prowadzi do wniosku, że Wykonawca będzie miał możliwość zawarcia umowy na realizację usług w zakresie wywozu odpadów na rzecz innego niż Zamawiający podmiotu. Wykonawca ma swobodę w prowadzeniu działalności.

[prognoza]

Odwołujący podnosi, że dla wykazania zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp na podstawie art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, dla potrzeb udzielenia przedmiotowego zamówienia, Zamawiający powołuje się na opracowaną prognozę handlową na lata 2021 - 2023. Odwołujący informuje, że ww. prognoza nie została opublikowana wraz z ogłoszeniem, ani również, do dnia wniesienia odwołania, w inny sposób udostępniona Odwołującemu, może on zatem bazować wyłącznie na bardzo lakonicznym opisie dotyczącym treści tego dokumentu zawartym w ogłoszeniu.

Należy podkreślić, że zgodnie z wydrukiem KRS przedmiotem działalności MPGK jest zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, co nie gwarantuje, z uwagi na datę wpisania MPGK do KRS -



30 września 2020 r., że w przyszłości spółka będzie wykonywała działalność w większości wyłącznie na rzecz Zamawiającego i wyłącznie w zakresie zagospodarowania odpadów. Z projektu uzasadnienia do uchwały o utworzeniu MPGK wprost wynika, że Rada Miasta dopuszcza rozszerzenie działalności Wykonawcy.

**Dowód:**

- odpis z Krajowego Rejestru Sądowego MPGK
- projekt Uchwały Rady Miasta Zduńska Wola w sprawie utworzenia MPGK wraz z uzasadnieniem
- Uchwała nr XXIII/401/20 Rady Miasta Zduńska Wola z dnia 2 lipca 2020 r. w sprawie utworzenia MPGK,

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 czerwca 2020 r. to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p., którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę (por. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2020 r., KIO 950/20, LEX nr 3043794).

Uzasadnienie dotyczące prognozy handlowej na lata 2021 - 2023 nie zawiera żadnych twardych danych ekonomicznych, ani ich analizy opartej o wiarygodne dane finansowe. Prognoza stanowi wyłącznie ogólne wskazanie kwoty przychodu ze sprzedaży produktów - usług w wysokości 4 395 000,00 zł takiej samej w każdym kolejnym roku objętego prognozą. Powyższe wskazują na niską rzetelność prognozy i brak jej wiarygodności. Nie ujęto w prognozie chociażby waloryzacji cen usług.

[cena]

Odwołujący przytoczył również wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C- 285/19, gdzie wskazano, że spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających stosowanie procedury in-house wcale nie oznacza, że zastosowanie tej procedury jest zgodne z prawem. Powyższe przesłanki mają

charakter brzegowy (muszą być spełnione), ale nie są to warunki, które same w sobie są wystarczające do uznania, że można stosować in-house. Tym samym rozważając zastosowanie procedury in-house należy co najmniej przeanalizować, czy: 1) jest to efektywne ekonomicznie; 2) nie zakłóci konkurencji i nie będzie oznaczać nadużycia pozycji dominującej; 3) będzie to zgodne z przepisami o pomocy publicznej.

W ocenie Odwołującego oraz mając na uwadze cenę podaną w informacji oraz ceny oferowane przez podmioty konkurencyjne, to niewątpliwie wytyczne z ww. orzeczenie TSUE nie zostały spełnione. Nie jest to bowiem efektywne ekonomicznie (naruszenie dyscypliny finansów publicznych), jak też zakłóca konkurencję (ilość zainteresowanych w poprzednim postępowaniu).

Zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zdaniem Odwołującego błędny wybór trybu zamówienia, o czym mowa wyżej, wypełnia przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający zobowiązany jest do wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, a zarazem gwarantujący należyłą realizacją np. usług. Konkurencyjny tryb zamówienia gwarantuje spełnienie obu wskazanych przesłanek. Natomiast wybrany przez Zamawiającego tryb z „wolnej ręki” budzi wątpliwości w zakresie należytego świadczenia usług przez nowoutworzony MPGK oraz w zakresie wygórowanej ceny.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z wyliczeniem opartym o dane zawarte w Ogłoszeniu, w roku 2020 MPGK ma zamiar odbierać odpady komunalne za cenę szacunkową 4 376 198.15 zł netto, co jest ceną wyższą od cen oferowanych w roku poprzednim przez wykonawców prywatnych. Z punktu widzenia interesu publicznego (tj. interesu mieszkańca) korzystniejsze byłoby bezpośrednie rozpisywanie konkurencyjnych postępowań o zamówienie publiczne przez Gminę niż powierzanie odbioru i zagospodarowania swoich odpadów komunalnych MPGK (za pośrednictwem Zamawiającego) z wolnej ręki, co powoduje wzrost kosztów związanych z gospodarką odpadami, a nie ich spadek.

Należy wskazać, że przedmiotem zamówienia, które ma zostać zrealizowane z „wolnej ręki” jest wyłącznie odbiór i transport odpadów. Zamawiający rozpiisał odrębne zamówienia publiczne na zagospodarowanie odpadów. Przetarg na zagospodarowanie nie przewiduje kar za nieosiągnięcie

poziomów recyklingu co powoduje, że kary (administracyjne) za ich nieosiągnięcie poniesie nie Wykonawca (w przetragach zamawiający przerzucają odpowiedzialność finansową za recykling na wykonawców) a zamawiający, czyli mieszkańcy. To powoduje, że ekonomicznie całe zamówienie staje się nieopłacalne.

**Dowód:**

- Realizacja zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Zduńska Wola od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do SIWZ.

[podwykonawcy]

Stosownie do art. 36a ust. 2 Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, a którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

Przepisy prawa nie zawierają definicji „kluczowych części” usług lub robót. W doktrynie wskazuje się, że pod pojęciem „kluczowych” części należy rozumieć wyróżniane rzeczowo, a nie procentowo, części zamówienia, które są decydujące czy też najważniejsze i mające wpływ na jakość wykonania zamówienia (E. Wiktorowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, komentarz do art. 36a Pzp, teza 3.). Wskazuje się też, że przyjmując kryterium „kluczowości”, „ustawodawca odwołuje się nie do podziału obowiązków dłużnika na podstawowe i uboczne, ale raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy oraz elementy o mniejszym znaczeniu, pozostające w mniejszym stopniu w związku z podmiotem wykonującym zamówienie” (M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2018, LEX/el., komentarz do art. 36a Pzp, teza 2.). Wskazuje się też, że „Kluczowe elementy to takie, bez których realizacja pozostałego zakresu zamówienia nie pozwala na osiągnięcie celu w jakim zamówienie jest zlecane. Kluczowe części zamówienia to inaczej mówiąc newralgiczne elementy świadczenia, elementy będące sednem danego zamówienia” (B. Kardas, Czy zamawiający może udzielić zamówienia in-house, gdy spółka nie posiada własnej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych?, LEX/el. 2017, QA 961650).

Mając na względzie fakt, że zlecenie podwykonawstwa w okolicznościach wyszczególnionych w art. 36a ust. 2a Pzp jest możliwe jedynie w stosunku do innych niż kluczowe części usług lub robót,

w doktrynie wskazuje się, że „Konstrukcja art. 36a ust. 2a p.z.p. wymusza na zamawiających dokonujących zakupu usług użyteczności publicznej lub robót budowlanych zdefiniowania kluczowych części świadczeń” (B. Kardas, Czy zamawiający...). Pogląd ten należy w pełni podzielić. W sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje zlecenie podwykonawstwa w ramach zamówienia, to zdefiniowanie części kluczowych na etapie przygotowania postępowania „z wolnej ręki” jest niezbędne dla możliwości ustalenia granic podwykonawstwa. Wskazanie to pozwala również na ustalenie, czy wybór przez Zamawiającego procedury udzielenia zamówienia uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp był dopuszczalny i ekonomicznie uzasadniony. W sytuacji, gdy zostanie jasno określony przedmiot zamówienia i kluczowe części jego składników, możliwym jest obiektywne zweryfikowanie, czy zastosowanie przez Zamawiającego trybu in-house było ekonomicznie uzasadnione w kontekście rozmiaru zobowiązania, które będzie mogło zostać wykonane przez podwykonawcę oraz czy i w jakim stopniu Zamawiający będzie w stanie wykonać usługę samodzielnie. Jeżeli zakres usług czy robót mogących zostać wykonanych przez podwykonawcę swoim zakresem dotyczy kluczowej części zamówienia, zastosowanie procedury in-house wydaje się nie mieć ekonomicznego sensu.

Uznać należy zatem, że obowiązek wskazania kluczowych części usług lub robót wchodzi w zakres obowiązku zamieszczenia w informacji o zamiarze zawarcia umowy zawierającej określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia (art. 67 ust. 11 pkt 2 Pzp) oraz w zakres obowiązku zamieszczenia informacji o udzieleniu zamówienia (art. 67 ust. 13 pkt 1 lit. b Pzp).

W przedmiotowej sprawie, w „Ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante” Zamawiający określił przedmiot zamówienia poprzez wskazanie 4 kategorii usług, polegających na (1) odbieraniu odpadów od właścicieli nieruchomości, (2) transporcie odpadów odebranych z terenu miasta, (3) odbiorze i transporcie odpadów pochodzących z PSZOK oraz (4) edukacji ekologicznej mieszkańców (s. 1 i 2 Ogłoszenia). Zamawiający nie określił w żadnym miejscu ogłoszenia kluczowych części świadczeń składających się na przedmiot zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż „w ramach zamówienia/części/koncesji przewidywane jest zlecenie podwykonawstwa” (s. 5 Ogłoszenia).

Usługi w przedmiocie i odbioru odpadów, jak również edukacja ekologiczna, stanowią bez wątpienia usługi użyteczności publicznej, albowiem usługi te świadczone są w interesie ogólnym (lokalnej społeczności) i należą do zadań własnych gminy polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dn. 8 marca 1990 r. o samorządzie

gminnym), co znajduje doprecyzowanie w przepisach ustawy z dn. 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W konsekwencji, w świetle art. 36a ust. 2a Pzp, Wykonawca jest obowiązany samodzielnie wykonać kluczowe części wszystkich usług wymienionych w przedmiocie zamówienia i te kluczowe części nie mogą być przedmiotem podwykonawstwa.

Zamawiający, odstępując od określenia kluczowych części usług będących przedmiotem zamówienia, dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 2a i art. 67 ust. 11 pkt 2 i ust. 13 pkt 1 lit. b Pzp. Skoro bowiem – w przypadku zamówień publicznych obejmujących świadczenie usług użyteczności publicznej połączonej z dopuszczeniem możliwości podwykonawstwa tych usług – określenie kluczowych części usług lub robót stanowi obowiązek Zamawiającego, który ma podstawowe znaczenie dla sposobu realizacji zamówienia oraz możliwości weryfikacji dopuszczalności zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, to uchybienie temu obowiązkowi stanowi samodzielną podstawę dla unieważnienia postępowania.

Ponadto z treści ogłoszenia wynika, że Zamawiający zezwala na realizację zamówienia przez podwykonawcę. Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje ww. zasady realizacji zamówienia. Wykładania literalna ww. warunku zamówienia prowadzi do wniosku, że wykonawca może zlecić podwykonawcy realizację nawet całości zamówienia, co przeczy ustawowej koncepcji udzielenia zamówienia w trybie z „wolnej ręki”.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu, wyszczególnienie kluczowych części usług jest niezbędne dla ustalenia, w jakich częściach usług dopuszczalne jest zlecenie podwykonawstwa przez Wykonawcę. Rozgraniczenie części o charakterze kluczowym i niekluczowym pozwala jednocześnie na dokonanie weryfikacji (oceny), czy Wykonawca wyłoniony w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w istocie będzie w stanie samodzielnie świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia.

Wskazać w tym miejscu należy, że w przypadku przedmiotowego zamówienia, obejmującego w istocie 4 usługi, uznać należy, że w ramach odbioru i transportu odpadów (usługi 1–3) kluczową częścią usługi jest przede wszystkim czynność odbierania odpadów z miejsc ich wytwarzania, jak i czynność przemieszczania odpadów z miejsc ich wytwarzania do miejsc ich wykorzystywania, unieszkodliwiania czy gromadzenia – ciężko w tym zakresie dokonać głębiej idącego podziału usług na części, z których można by wyodrębnić czynności i części nie-kluczowe. Oznacza to, że w

świetle art. 36a ust. 2a Pzp, ww. usługi muszą być wykonane osobiście przez Wykonawcę, bez udziału podwykonawców.

Dokonanie ustalenia, czy Wykonawca jest w stanie świadczyć samodzielnie kluczowe części usług publicznych, może nastąpić poprzez ustalenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego Wykonawcy. W szczególności, Wykonawca musi posiadać środki finansowe w wymiarze niezbędnym dla realizacji zamówienia, posiadać wykwalifikowaną i odpowiednio liczną kadrę (zarówno w zakresie pracowników umysłowych, w tym zwłaszcza pracowników administracji i technicznych, jak i w zakresie pracowników fizycznych – kierowców, ładowaczy itp.) oraz dysponować satysfakcjonującymi pod względem ilości i jakości środkami technicznymi (maszyny, nieruchomości itp.). Nie bez znaczenia dla realizacji usługi jest również posiadanie odpowiedniego doświadczenia i związanego z nim know-how.

W tym miejscu podkreślić należy, że Wykonawca - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli sp. z o.o. zostało utworzone wskutek przyjęcia Uchwały nr XXIII/401/20 Rady Miasta Zduńska Wola z dn. 2 lipca 2020 r. w sprawie utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą „Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”. Wpis Wykonawcy do Rejestru Przedsiębiorców KRS nastąpił w dn. 30 września 2020 r. „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante” Zamawiającego zostało opublikowane w dn. 13 listopada 2020 r., a zatem niecałe półtorej miesiąca po wpisaniu Wykonawcy do rejestru. Dodać należy, że spółka nie powstała w wyniku przekształcenia innego podmiotu publicznego, który posiadałaby kadry, sprzęt czy doświadczenie w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia. Zgodnie z doświadczeniem Odwołującego, który świadczył dotychczas usługi będące przedmiotem postępowania na terenie Zduńskiej Woli, do wykonywania tego rodzaju usług na terenie miasta, niezbędne jest posiadanie kadry w liczbie 21-24 osób (14-16 kierowców i ładowaczy oraz 7-8 pracowników umysłowych) oraz sprzętu w postaci 5 samochodów ciężarowych do selektywnej zbiórki odpadów oraz 2 samochodów hakowych.

Informacje publikowane przez Wykonawcę wskazują na fakt, że jest on na chwilę obecną nieprzygotowany do świadczenia usług użyteczności publicznej, a jego przedsiębiorstwo jest dopiero we wczesnej fazie organizacji. Na swej stronie internetowej (<https://mpgk.zdunskawola.pl/> - dostęp w dn. wniesienia odwołania) Wykonawca zamieścił i wciąż publikuje ogłoszenia ofert pracy na stanowiska ładowacza i kierowcy/ładowacza, co w kontekście niedawnego powstania spółki świadczy o tym, że Wykonawca jest w dopiero w fazie zatrudniania kadry pracowników fizycznych. Wedle informacji prasowych, oprócz kierowców i ładowaczy, Wykonawca poszukuje

również księgowych, logistyków, dyspozytorów oraz specjalistów obsługi klientów, czyli w istocie całego zaplecza osobowego, niezbędnego dla wykonywania zadań z zakresu gospodarki odpadami.

**Dowody:**

- Zrzuty ekranu strony MPGK w Zduńskiej Woli (oferta Ładowacz)
- Zrzuty ekranu strony MPGK w Zduńskiej Woli (oferta Kierowca/Ładowacz)
- Wydruk artykułu pt. „Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli szuka pracowników” z serwisu <https://zdunskawola.naszemiasto.pl/>

Mając na względzie charakterystykę działalności gospodarczej w zakresie gospodarki odpadami oraz krótki czas, który upłynął od zarejestrowania spółki, uzasadnione jest przyjęcie, że Wykonawca nie dysponuje odpowiednio liczebną i wyszkoloną kadrami, niezbędną do realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący się podkreśla, że w chwili obecnej cała branża gospodarki odpadami boryka się z problemem braków kadrowych w odniesieniu zarówno do pracowników wykwalifikowanych, jak i niewykwalifikowanych. Sam Odwołujący, za pośrednictwem prasy lokalnej i Internetu, od dłuższego czasu poszukuje osób chętnych do pracy m.in. na stanowisku ładowacza oraz kierowcy. Mimo tego, na rynku wciąż jest deficyt osób chętnych do zajmowania ww. stanowisk.

**Dowody:**

- Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 8 października 2020 r.
- Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 25 czerwca 2020 r.
- Kopia faktury FVS2020/00003393/BLO z dn. 29 maja 2020 r. za publikację ogłoszeń
- Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 20 sierpnia 2020 r.
- Kopia faktury FVS2020/00002124/BLO z dn. 7 lutego 2020 r. za publikację ogłoszeń

Spółka komunalna – z przyczyn obiektywnych – jest mniej konkurencyjna na rynku i ma mniejszy potencjał do przyciągania pracowników, niż przedsiębiorstwo o kapitale prywatnym. Jest to konsekwencją m.in. ograniczeń w zakresie ustalania zasad wynagradzania oraz zwiększonej kontroli wewnętrznej i zewnętrznej. Tym bardziej zatem trudno przypuszczać, by Wykonawca w ciągu półtorej miesiąca od powstania był w stanie skompletować na tyle liczebną i doświadczoną kadrami, by wystarczyła ona do realizacji dużego zamówienia publicznego.

Z treści informacji o zamówieniu wynika, że wykonawca ma rozpocząć świadczenie usługi od 1 stycznia 2021 r. Niewątpliwie, wykonawca, jako nowoutworzony podmiot jest niedoświadczony. Ponadto wykonawca, po wyłonieniu kadry i zgromadzeniu sprzętu potrzebuje czasu na przeszkolenie pracowników: m.in. w zakresie bhp, w zakresie logistyki, obsługi sprzętu. Z analizy zgromadzonych dowodów, pozwalających odtworzyć na jakim etapie organizacji jest wykonawca,

wynika, że zlecenie realizacji świadczenia usług MPGK nie daje rękojmi, że usługi te rozpoczną się terminowo i, że będą świadczone należycie.

Co więcej, z informacji opublikowanych na stronie internetowej Wykonawcy wynika, że jest on dopiero na etapie kompletowania sprzętu niezbędnego do świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający prowadzi dwa postępowania w trybie Pzp mające za przedmiot zakup i dostawę pięciu samochodów do selektywnej zbiórki odpadów wraz z serwisem (zamówienie nr 2020/S 197-474751) oraz dwóch samochodów ciężarowych z urządzeniem hakowym i żurawiem hydraulicznym (zamówienie nr 2020/S 217-530219). Ogłoszenia zostały opublikowane na portalu „Platforma zakupowa” (<https://platformazakupowa.pl/> - dostęp w dn. wniesienia odwołania). W ramach postępowania z zamówienia nr 2020/S 197-474751 termin składania ofert upłynął w dn. 10 listopada 2020 r., zaś termin wykonania zamówienia określony został na dzień 22 grudnia 2020 r. Należy zauważyć, że w świetle terminów na wniesienie odwołania, określonych w art. 182 ust. 1 Pzp, wobec zamieszczenia ogłoszenia o wyborze oferty w dn. 19 listopada 2020 r., nie sposób stwierdzić, czy postępowanie to zostało już definitywnie zakończone, a zatem – czy przedmiot zamówienia będzie miał w ogóle szanse być zrealizowany w założonej dacie. Z kolei w ramach postępowania z zamówienia nr 2020/S 217-530219, termin składania ofert upłynie dopiero w dn. 8 grudnia 2020 r., a SIWZ przewiduje, że przedmiot zamówienia ma zostać wykonany do dnia 21 lutego 2021 r. (a zatem dwa miesiące po rozpoczęciu okresu świadczenia usług w ramach zamówienia będącego przedmiotem nin. postępowania).

#### **Dowody:**

- Zrzuty ekranu strony Platforma zakupowa (postępowanie 2020/S 197-474751)
- Zrzut ekranu strony Platforma zawodowa (postępowanie 2020/S 217-530219)
- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 197-474751
- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 217-530219
- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr 2020/S 197-Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr 2020/S 217-530219

Podsumowując, powyższe okoliczności świadczące o stanie organizacji Zamawiającego, w tym zwłaszcza fakt bardzo krótkiego okresu istnienia spółki komunalnej, wynikający z niego brak doświadczenia w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, braki kadrowe (w tym kadry z doświadczeniem) oraz braki w sprzęcie niezbędnym do świadczenia usług, prowadzą do wniosku, że prawdopodobieństwo możliwości samodzielnego i prawidłowego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części usług użyteczności publicznej jest znikome. W szczególności w sytuacji, gdy na moment wniesienia niniejszego odwołania, tj. na miesiąc przed rozpoczęciem świadczenia usługi, Wykonawca nie dysponuje niezbędnym zapleczem technicznym (taborem)



oraz pracownikami obsługującymi tabor, nie sposób dać wiary, że Wykonawca będzie w stanie samodzielnie świadczyć usługi z dniem 1 stycznia 2021 r.

W świetle powyższego, brak określenia przez Zamawiającego kluczowych części usług użyteczności publicznej, odczytywany być może jako próba umożliwienia Wykonawcy elastycznego zlecenia wykonania podwykonawcom tych części usług, których nie będzie on w stanie wykonać samodzielnie. Wyżej opisane okoliczności uzasadniają przypuszczenie, że Wykonawca będzie zmuszony podzlecać dużą część usług w ich częściach kluczowych, czyli obejmujących odbiór i transport odpadów.

Opisanie przedmiotu zamówienia z pominięciem wskazania kluczowych części usług użyteczności publicznej lub robót budowlanych w sytuacji, gdy zamówienie zostało przyznane w procedurze in-house i jednocześnie zamawiający przewiduje zlecenie podwykonawstwa, stoi w sprzeczności z obowiązkiem wyrażonym w art. 36a ust. 2a Pzp (oraz ze skorelowanym z nim zakazem zlecenia wykonywania usług lub robót). W świetle ww. okoliczności, uzasadniona jest teza, że pominięcie wskazania kluczowych części usług nastąpiło w celu umożliwienia Wykonawcy elastycznego korzystania z podwykonawstwa właśnie w kluczowych częściach usług, spółka komunalna, powołana do realizacji zamówienia publicznego, jest do tego zadania nieprzygotowana. Czynność udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house połączonego z niepełnym określeniem przedmiotu zamówienia stanowi zatem próbę obejścia prawa – art. 36a ust. 2a Pzp.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Kwestia skutku, jaki wywołuje czynność prawna mająca na celu obejście ustawy, nie została uregulowana w przepisach Pzp, co uzasadnia sięgnięcie w tym zakresie do przepisów Kc. (por. wyrok KIO z dn. 29 stycznia 2014 r., KIO 60/14, LEX nr 1430957, na mocy którego unieważniono czynności zamawiającego z uwagi na uch sprzeczność z art. 58 § 1 Kc).

Stosownie do art. 58 § 1 Kc, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Jako że udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp nastąpić ma w celu obejścia art. 36a ust. 2a Pzp, czynność tę uznać trzeba będzie za nieważną. Uzasadnia to unieważnienie postępowania jako postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

**Mając na uwadze powyższe Odwołujący podnosi jak na wstępie.**

**3. Odniesienie się do poszczególnych przesłanek odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp:**

**3.1) W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp:**

Zamawiający jest podmiotem obowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z mocy art. 3 ust. 1 Pzp.

**3.2) Odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony:**

Pełnomocnik reprezentuje Odwołującego na podstawie przedłożonego pełnomocnictwa, które zostało opatrzone podpisem osoby umocowanej do reprezentowania Odwołującego, zaś Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

**3.3) Odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie P\p:**

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w formie pisemnej, poprzez jego osobiste doręczenie bezpośrednio do siedziby Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie (ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa) w dniu 23 listopada 2020 r., tj. w terminie 10 dni od dnia opublikowania informacji o planie zawarcia umowy z wolnej ręki.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

**3.4) Odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się:**

Odwołujący nie korzystał wcześniej ze środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**3.5) Odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu:**

Odwołanie nie dotyczy tego rodzaju czynności.

**3.6) Odwołanie złożone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2**

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Art. 180 ust. 2 Pzp nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

**3.7) Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp:**

W dniu 23 listopada 2020 r. Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z wszelkimi wymaganymi załącznikami Zamawiającemu (dowód przekazania w załączeniu do niniejszego odwołania).

**Mając na uwadze treść odwołania należy wskazać, iż zarzuty w nim podniesione są w pełni uzasadnione. Biorąc pod uwagę powyższe wnoszę jak na wstępie.**

*Diana Siąg-Smoczyńska*  
ADWOKAT  
WAW/Asw/7088

---

Załączniki:

1. dwa pełnomocnictwa od REMONDIS wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego REMONDIS,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł,
4. informacja o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w procedurze in-house na „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Zduńska Wola oraz z PSZOK w terminie: od 01.01.2021 r. - 31.12.2021 r.” ZEOŚ.GOK.271.9.2020.MK,
5. ogłoszenie opublikowane w dniu 13.11.2020 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Dz.U./S S222 nr 546436-2020-PL),
6. Uchwała nr XXIII/401/20 Rady Miasta Zduńska Wola z dnia 2 lipca 2020 r. w sprawie utworzenia MPGK,
7. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego MPGK,
8. Zrzut ekranu strony MPGK w Zduńskiej Woli (oferta Ładowacz),
9. Zrzut ekranu strony MPGK w Zduńskiej Woli (oferta Kierowca/Ładowacz),
10. Wydruk artykułu pt. „Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Zduńskiej Woli szuka pracowników” z serwisu <https://zdunskawola.naszemiasto.pl/>,
11. Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 8 października 2020 r.,
12. Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 25 czerwca 2020 r.,
13. Kopia faktury FVS2020/00003393/BLO z dn. 29 maja 2020 r. za publikację ogłoszeń,
14. Zrzut ekranu strony z ogłoszeniem o pracę z dn. 20 sierpnia 2020 r.,
15. Kopia faktury FVS2020/00002124/BLO z dn. 7 lutego 2020 r. za publikację ogłoszeń,
16. Zrzut ekranu strony Platforma zakupowa (postępowanie 2020/S 197-474751),
17. Zrzut ekranu strony Platforma zakupowa (postępowanie MPGK.2.2020),
18. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 197-474751,
19. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 217-530219,

20. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr 2020/S 197-474751,
21. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr 2020/S 217-530219,
22. projekt Uchwały Rady Miasta Zduńska Wola w sprawie utworzenia MPGK wraz z uzasadnieniem,
23. realizacja zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Zduńska Wola od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do SIWZ,
24. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu za pośrednictwem adresu a-mail oraz przesyłką poleconą.