

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp.k.

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

Biurow:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zając i Wspólnicy Sp. k.

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000131331
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Wrocław, dnia 4 stycznia 2021 r.

Odwołujący: **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Kaliszu, ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz, zastępowany przez radcę prawnego Aleksandrę Płudowską, adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. k., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław, tel.: (71) 3265140, fax: (71) 3265141, e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl; apl@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Miasto Kalisz**, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz, tel.: 627 654 300, e-mail: zam.publ@um.kalisz.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pod nazwą: *Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza*; numer referencyjny: WGOŚ.271.06.0007.2020, dalej jako „**Postępowanie**”

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczono w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem: 550559292-N-2020



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie **wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki na: *Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza i zamiarze zawarcia umowy (udzielenia zamówienia) wykonawcy: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (dalej jako „PWIK” lub „Wykonawca”).***

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) **naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7a Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 Pzp** poprzez wszczęcie Postępowania w trybie z wolnej ręki w sytuacji nie rozstrzygnięcia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostały złożone oferty i którego zakres częściowo pokrywa się z zakresem zamówienia przewidzianym do realizacji w ramach Postępowania. Zachowanie Zamawiającego stanowi więc naruszenie przez niego pozycji dominującej w Postępowaniu poprzez nadużycie przysługującego mu prawa do kierowania Postępowaniem i arbitralne, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, podjęcie decyzji o wszczęciu Postępowania w sytuacji równoległego prowadzenia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) **naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp** poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sposób niezgodny z przewidzianymi Pzp warunkami udzielenia takiego zamówienia, tj. w sytuacji niespełnienia przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego jako zadań powierzonych;
względnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej)
- 3) **naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp** poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia jednej z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b), dotyczącej 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej, jaka dotyczyć powinna zadań powierzonych PWIK przez Zamawiającego;
- 4) **naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik” w zw. z art. 6 ust.**



4 stycznia 2021

1 pkt 6 uokik poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania prowadzonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Jednocześnie, na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny,:

- 1) jaki procent działalności Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. dotyczy (w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp) zadań powierzonych temu Wykonawcy przez Zamawiającego, sprawującego kontrolę nad Wykonawcą – Miasto Kalisz;
- 2) czy (w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp) działalność Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., dotycząca zadań powierzonych temu Wykonawcy przez Zamawiającego, sprawującego kontrolę nad Wykonawcą – Miasto Kalisz wynosi ponad 90%;
- 3) czy (w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp) przychody Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. osiąmane z tytułu sprzedaży wody na cele przemysłowe stanowią przychody z działalności powierzonej Wykonawcy przez Zamawiającego – Miasto Kalisz;
- 4) czy (w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp) przychody Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. osiąmane z tytułu odbioru ścieków przemysłowych stanowią przychody z działalności powierzonej Wykonawcy przez Zamawiającego – Miasto Kalisz;
- 5) jakie rodzaje przychodów przychody Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. stanowią (w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp) przychody z działalności powierzonej Wykonawcy przez Zamawiającego – Miasto Kalisz.

Termin

W dniu 30 grudnia 2020 r., pod numerem 550559292-N-2020, w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie o zamiarze zawarcia przez Zamawiającego umowy z PWIK w przedmiocie „Odbioru i transportu wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Tego samego dnia, na stronie internetowej Zamawiającego, została opublikowana informacja o zamiarze zawarcia umowy z Wykonawcą.



Odwołujący dochował zatem terminów na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 182 Pzp.

Interes

Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą mającą za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, jest także wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Prezydenta Kalisza. Odwołujący jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, tak więc ma interes we wniesieniu odwołania. **Odwołujący złożył nawet ofertę na wykonanie między innymi VII części zamówienia pod nazwą: *Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza* (oznaczenie sprawy WGOŚ.271.01.0009.2020), której przedmiot odpowiadał przedmiotowi niniejszego Postępowania i obejmował odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z Sektorów I – VI, przy czym Zamawiający nie zakończył tamtego postępowania pomimo złożonych ofert, równolegle informując o zamiarze zawarcia umowy w Postępowaniu z Wykonawcą.**

Na skutek działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia na: *Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza*, co powoduje, że ziszczone są przesłanki materialnoprawne uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 czerwca 2016 r.: „interes w uzyskaniu danego zamówienia nie może być interpretowany ściśle przez odniesienie się wyłącznie do danego postępowania o zamówienie publiczne, którego wynikiem ma być umowa o zamówienie publiczne. Wynika to w ocenie Izby z konieczności zachowania nadrzędnej zasady postępowania, jaką jest konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumiana zarówno jako zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy, ale także jako zasada prymatu trybów konkurencyjnych wyrażona w art. 10 ust. 1 ustawy. Tym samym **w przypadku odwołań wnoszonych na tryb udzielenia zamówienia publicznego, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat konkretnej umowy odpłatnej o określonym przez zamawiającego przedmiocie zamówienia niezależnie od wyboru trybu postępowania, które ma do jej zawarcia doprowadzić.** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 983/16, LEX nr 2111687).

Ponadto, w wyroku z dnia 3 marca 2017 r. Izba stwierdziła: „Niewątpliwie Odwołujący - jako podmiot działający na terenie gminy w branży odbioru i zagospodarowania odpadów - jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. o



Sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: cyt. "W rozumieniu tego przepisu "innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych, musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie". (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 328/17, LEX nr 2256442). W takiej samej sytuacji znajduje się także Odwołujący. Tym samym uznać należy, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

W dniu 30 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował informację o zamiarze zawarcia umowy z PWIK w przedmiocie „Odbioru i transportu wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza”.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego:

- 1) *Przedmiotem umowy jest realizacja przez wykonawcę usługi polegającej na odbiorze wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza z Sektora I – VI i ich transport do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw, Orli Staw 2, 62-834 Ceków (dalej Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw). Dopuszcza się czasowe magazynowanie odpadów wielkogabarytowych na bazie magazynowo – transportowej. Przewidywana masa odpadów będących przedmiotem usługi wynosi 497,00 Mg;*
- 2) *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w projekcie umowy i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ).*



Zamawiający oszacował wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług) na kwotę 733.599,79 zł.

Uzasadniając swoją decyzję o wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał, że: *Zamówienie zostanie udzielone Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (dalej „PWiK” lub „Wykonawca”), ul. Nowy Świat 2A, 62-800 Kalisz w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na łączne spełnienie poniższych przesłanek:*

- a) Miasto Kalisz jako zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 tj.: Miasto Kalisz jest jedynym wspólnikiem, posiada 100% udziałów w PWiK i 100% głosów na Walnym Zgromadzeniu Wspólników, a jego prawo do głosowania nie jest w jakikolwiek sposób ograniczone. Poprzez posiadane udziały i głosy na Zgromadzeniu Wspólników sprawuje pełną kontrolę nad Wykonawcą i ma wpływ na jej cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy,*
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a tj.: W latach 2017-2019 94,4% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2017-2019) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 48.231,1 tys. PLN / rok, a średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł 45.518,6 tys. PLN / rok.
W poszczególnych latach średnie przychody kształtowały się następująco:
Średni przychód Wykonawcy w PLN wyniósł w 2017r. - 45.299,5 tys., w 2018r. - 49.275,7 tys., natomiast w 2019r. - 50.118,3 tys.
Średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz w PLN wyniósł w 2017r. - 42.963,8 tys., w 2018r. - 46.544,2 tys., natomiast w 2019r. - 45.518,6 tys.*
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, tj.: Zgodnie z postanowieniami § 9 Umowy Spółki PWiK wszystkie udziały Wykonawcy należą do Miasta Kalisz, co zostało również uwidocznione w aktualnym wpisie w Dziale 1 w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie Wykonawca widnieje pod numerem 0000010157.*

Zamawiający przewiduje również następujące terminy realizacji zamówienia i czas trwania umowy, tj.: od zawarcia umowy do:

- a) dnia 31.12.2021r.*
lub
- b) dnia, w którym wyczerpaniu ulegnie kwota wskazana w § 8 ust. 1 umowy,*



- w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej,
- c) przekazanie raportu miesięcznego za ostatni miesiąc (grudzień 2021r.) – zgodnie z umową – w terminie 7 dni od zakończenia miesiąca,
- d) przekazanie sprawozdania za 2021r. – zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem, w terminie do dnia 31 stycznia 2022r.

II. Zamiar udzielenia zamówienia z wolnej ręki w kontekście niezakończonego, wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

U podstaw niniejszego odwołania leży okoliczność, że Zamawiający, ogłoszeniem z dnia 14 października 2020 r. (nr 2020/S 200-485685), wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza* (numer referencyjny: WGOŚ.271.01.0009.2020).

Zgodnie z zapisami pkt 4.1. SIWZ: *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie miasta Kalisza, a następnie transport odebranych odpadów komunalnych do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw, Orli Staw 2, 62-834 Ceków (dalej Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw). Dopuszcza się uprzednie przeładowanie odpadów przy użyciu stacji przeładunkowej posiadającej stosowne, wymagane przepisami prawa zezwolenia.*

Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych obejmuje odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i transport tych odpadów komunalnych do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw.

Postępowanie to zostało podzielone na 7 części tj.:

- 1) **Część I** - obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora I – charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn.: „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze I”;
- 2) **Część II** – obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora II – charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn.: „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze II”;
- 3) **Część III** – obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora III charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn. „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze III”;
- 4) **Część IV** – obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora IV charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn. „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze IV”;



- 5) **Część V** – obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora V charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn. „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze V”;
- 6) **Część VI** – obejmująca odbieranie i transport odpadów z Sektora VI charakterystyka sektora została zawarta w załączniku do SIWZ pn. „Zestawienie nieruchomości zamieszkałych w sektorze VI”;
- 7) **Część VII** – obejmująca odbieranie i transport odpadów wielkogabarytowych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z Sektarów I – VI, charakterystyka sektorów została zawarta w załącznikach do SIWZ, o których mowa w pkt 4.2 1)-6) SIWZ.

W myśl zapisów pkt IV ust. 2 pkt 4 Standardów Wykonania Zamówienia – część VII (vide: str. 123 SIWZ): **Wykonawca zobowiązany jest do odebrania wszystkich odpadów komunalnych wielkogabarytowych wytworzonych na terenie wszystkich nieruchomości jednorodzinnych i wielolokalowych.**

Przedmiot wyżej wymienionego postępowania pokrywa się więc częściowo z przedmiotem niniejszego Postępowania. W obu przypadkach mamy do czynienia z odbiorem odpadów wielkogabarytowych wytworzonych na nieruchomościach wielolokalowych.

Zgodnie z zapisami pkt 5 SIWZ: *Realizacja zamówienia będzie odbywać się w następujących terminach:*

- 1) *w zakresie odbierania odpadów komunalnych – od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następującego po dniu, w którym przestanie obowiązywać obecna umowa na odbiór i transport odpadów komunalnych odebranych od mieszkańców Miasta Kalisza do:*
 - *dnia 31.12.2021 r.*
 - lub*
 - *dnia, w którym wyczerpaniu ulegnie kwota wskazana w §8 ust. 1 umowy w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej – dotyczy Części I-VII;*
- 2) *przekazanie raportu miesięcznego za ostatni miesiąc (grudzień 2021r.) – zgodnie z umową – w terminie 7 dni od zakończenia miesiąca – dotyczy Części I-VII;*
- 3) *przekazanie sprawozdania za 2021r. – zgodnie z umową w terminie do 31 stycznia 2022r. – dotyczy Części I-VII.*

Czas realizacji zamówienia również jest taki jak ten, określony w dokumentacji Postępowania.

Co istotne, Odwołujący wziął udział w wyżej wymienionym postępowaniu, składając w nim swoją ofertę w ramach konsorcjum z innym wykonawcą. Odwołujący ubiega się między innymi o uzyskanie VII części zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, na wykonanie poszczególnych części zamówienia, złożone zostały



4 stycznia 2021

następujące oferty:

Lp.	Firma (nazwa) i adres wykonawcy	Nr Części (Sektora) na który składana jest oferta	Cena oferty (brutto) w PLN	Aspekty społeczne (zatrudnienie) <i>(Ilość zatrudnionych osób bezrobotnych)</i>
1.	Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz – lider konsorcjum Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz – partner konsorcjum	II	2.126.355,89	2
		III	2.776.633,16	2
		VI	3.508.853,59	2
		VII	729.993,60	2
2.	Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz – lider konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz – partner konsorcjum	I	2.984.411,29	2
		IV	3.214.512,72	2
		V	3.390.449,81	2

W dniu 1 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu. I tak:

- 1) w zakresie części I, IV i V - jako najkorzystniejsze zostały wybrane oferty złożone przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. (Partner konsorcjum);
- 2) w zakresie części II, III, VI - jako najkorzystniejsze zostały wybrane oferty złożone przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. (Lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum).

Rozstrzygnięcie dotyczy jednak wyłącznie części I-VI zamówienia. Część VII natomiast nie została rozstrzygnięta do dnia złożenia niniejszego odwołania.

Zamawiający wszczął więc Postępowanie pomimo nie zakończenia wcześniej wszczętego innego



postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o częściowo pokrywających się zakresach.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp pod pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia” należy rozumieć: *postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.*

Z powyższego przepisu jednoznacznie wynika cel, w jakim prowadzone jest każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (niezależnie od trybu), a mianowicie zawarcie umowy. W wyroku z dnia 9 marca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że „Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo - w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp - z chwilą unieważnienia postępowania” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 338/17, LEX nr 2256450).

Skoro więc z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że w poprzednio prowadzonym Postępowaniu została złożona oferta przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., a postępowanie to nie zostało jeszcze rozstrzygnięte, to Zamawiający nie mógł wszcząć Postępowania w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którego zakres częściowo pokrywa się z zakresem wcześniejszego postępowania bez zakończenia wcześniejszego postępowania. Do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia może dojść albo poprzez zawarcie umowy z wykonawcą albo poprzez unieważnienie postępowania, o ile jest spełniona którakolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 93 Pzp. Żadna z powyższych okoliczności nie miała miejsca przed wszczęciem Postępowania.

Oczywistym jest wręcz, że obowiązkiem Zamawiającego było uprzednie zakończenie wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku Izby z dnia 12 lutego 2016 r. podkreślano, że „celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zniweczenie tego celu może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wskazanych w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. **Zatem, zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem jest udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru**



najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 p.z.p., mających charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 99/16, LEX nr 2008755).

Odwołujący upatruje więc naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w naruszeniu przez Zamawiającego jego pozycji dominującej względem Odwołującego. To z kolei świadczy o złamaniu zasady uczciwej konkurencji. Obecnie nie budzi już wątpliwości, że zasada uczciwej konkurencji odnosi się nie tylko do relacji pomiędzy poszczególnymi wykonawcami, ale też do relacji zamawiający – wykonawca. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który oczywiście kieruje całym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i z natury rzeczy jego pozycja jest inna niż pozycja wykonawcy, ale powinien czynić to z poszanowaniem przepisów prawa, a nie w sposób dowolny. Zamawiający, z chwilą ogłoszenia postępowania, w którym swoją ofertę złożył Odwołujący, wziął bowiem na siebie ciężar jego prowadzenia zgodnie z przepisami prawa. Oznacza to, że Zamawiający nie mógł podjąć arbitralnej decyzji o wszczęciu przedmiotowego, kolejnego Postępowania, nie rozstrzygając wcześniejszego.

Na marginesie godzi się przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 44 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych:

3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:*
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,*
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;*
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;*
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.*

4. Jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

Mając powyższe na uwadze, za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7a Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 Pzp.

III. Niewykazanie spełnienia formalnych przesłanek dla udzielenia zamówienia in-house

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, między innymi, jeżeli są łącznie spełnione 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.*

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, w opublikowanej informacji o zamiarze zawarcia umowy, że w odniesieniu do PWIK spełnione są łącznie wszystkie wyżej wymienione przesłanki. W szczególności, Zamawiający nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że ponad 90% działalności PWIK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego.

Oczywistym jest wręcz, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych są spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie: „Podkreślenia wymaga, że 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 Pzp, 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**” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 950/20, LEX nr 3043794).

W ocenie Odwołującego, temu obowiązkowi Zamawiający nie sprostał w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 67 ust. 8 Pzp: **do obliczania procentu**



działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W tym przypadku będą to więc przychody z lat 2017 – 2019.

Pomimo jednoznacznej treści przepisu art. 67 ust. 8 Pzp w opublikowanej w dniu 30 grudnia 2020 r. informacji o zamiarze zawarcia umowy, Zamawiający, podejmując próbę wykazania, że w odniesieniu do PWIK jest również spełniona przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b, wskazuje:

W latach 2017-2019 94,4% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2017-2019) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 48.231.1 tys. PLN / rok, a średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł 45.518.6 tys. PLN / rok.

Już sam fakt, że Zamawiający dokonuje swoich poprzez odniesienie się do średniego przychodu PWIK jedynie z „działalności podstawowej” Wykonawcy, świadczy o błędnym założeniu Zamawiającego, błędnej podstawie wyliczeń. Przepis art. 67 ust. 8Pzp mówi bowiem ogólnie o „średnim przychodzie osiągniętym przez osobę prawną”, a nie „średnim przychodzie z działalności podstawowej”, jak to uczynił Zamawiający.

Godzi się przy tym zauważyć, że PWIK, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej Wykonawcy prowadzi szeroką działalność. I tak:

*Spółka prowadzi działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza na podstawie zezwolenia wydanego przez Zarząd Miasta Kalisza **decyzją Nr WIMK 7033/17/02** z dnia 27 sierpnia 2002 roku oraz w oparciu o Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza przyjęty **Uchwałą Nr LVIII/765/2018** Rady Miasta Kalisza z dnia 27 września 2018 roku w sprawie uchwalenia regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza.*

Spółka działa na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz poza jej granicami. Działalność Spółki oparta jest na samodzielnie sporządzanym rocznym Planie techniczno - ekonomicznym uchwalanym przez Zarząd. Spółka powołana jest do zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza.

Zgodnie z treścią art. 40 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 1500 ze zm.) przedmiotem działalności Spółki według Polskiej Klasyfikacji Działalności



(PKD) jest:

- a) odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (PKD 37.00.Z),
- b) pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody (PKD 36.00.Z),
- c) roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21.Z),
- d) pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane (PKD 43.99.Z),
- e) wytwarzanie energii elektrycznej (PKD 35.11.Z),
- f) pozostała sprzedaż detaliczna prowadzona poza siecią sklepową, straganami i targowiskami (PKD 47.99.Z),
- g) wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (PKD 68.20.Z),
- h) działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne (PKD 71.12.Z),
- i) pozostałe badania i analizy techniczne (PKD 71.20.B),
- j) transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z)

Pozostałe przedmioty działalności zostały wymienione w § 8 Umowy Spółki.

Dowód: <https://wodociagi-kalisz.pl/O-nas> na okoliczność wykazania szerokiego zakresu działalności PWIK

W sytuacji, w której Zamawiający ogranicza informacje dotyczące przychodów Wykonawcy poprzez odniesienie się wyłącznie do działalności podstawowej PWIK, przedstawione wyliczenia należy uznać za całkowicie niewiarygodne i nie pozwalające na zweryfikowanie, czy rzeczywiście są spełnione okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp. **Jaki jest bowiem stosunek przychodów z działalności podstawowej do ogólnych przychodów Wykonawcy? I w końcu, jaki jest stosunek przychodów z działalności powierzonej przez Zamawiającego PWIK do ogólnego poziomu przychodów Wykonawcy?**

Co więcej, Odwołujący zwraca uwagę, że z opublikowanej przez Zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy nie wynika, w oparciu o jaki dokument Zamawiający sporządził te dane, co uniemożliwia ich zweryfikowanie, w szczególności klasyfikację poszczególnych źródeł dochodów jako działalności powierzonej lub komercyjnej.

Przychody Wykonawcy może bowiem generować świadczenie takich usług jak:

- 1) sprzedaż usług komercyjnych np. doczyszczanie kanalizacji;
- 2) opłaty za przyłącza wodociągowe;
- 3) opłaty za przyłącza kanalizacyjne;
- 4) sprzedaż usług laboratoryjnych;
- 5) pobór opłat z tytułu przekroczenia warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji;

które są typowymi źródłami przychodów przedsiębiorstw wodno- kanalizacyjnych, a które nie mogą być uznane za przychody z działalności powierzonej.



Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że w przypadku sprzedaży i usług objętych taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, nie musi oznaczać, że są to usługi powierzone Wykonawcy przez Zamawiającego. PWIK może bowiem dokonywać i z pewnością dokonuje sprzedaży wody na rzecz innych gmin. Podobnie, może też sprzedawać usługi kanalizacyjne na rzecz gmin ościennych. Takie usługi nie stanowią już jednak działalności powierzonej.

Za całkowicie niewyjaśnioną należy uznać kwestię sprzedaży wody na cele przemysłowe i przychody z tytułu opłat za odbiór ścieków przemysłowych, które z pewnością osiąga Wykonawca i ujęcia tych przychodów jako przychodów z działalności komercyjnej bądź powierzonej.

Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie **zbiorowych potrzeb wspólnoty** należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują między innymi **sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji**, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym **wspólnotę samorządową tworzą mieszkańcy gminy.**

Co więcej, zgodnie z art. 166 ust.1 Konstytucji RP: *Zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne.*

Przepis art. 166 ust. 1 Konstytucji RP dopuszcza więc możliwość zaspokajania indywidualnych potrzeb członka wspólnoty samorządowej o charakterze publicznym, traktując je jako zadania własne gminy. Ustawa o samorządzie gminny dodatkowo posługuje się dodatkowo pojęciem „zbiorowych potrzeb wspólnoty”, rozumianych jako potrzebę szerszej grupy osób na danym terenie. Nigdy jednak zadaniem własnym gminy nie będzie zaspokajanie indywidualnych potrzeb podmiotu, niemających charakteru publicznego.

Skoro więc zadania własne gminy dotyczą zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty, a pojęcie wspólnoty należy odnosić do mieszkańców gminy, to kluczowym z punktu widzenia klasyfikacji danej kategorii usług jako komercyjnych bądź mieszczących się w zakresie zadań powierzonych, jest zidentyfikowanie odbiorcy danej usługi.

Odwołując się do publicznie dostępnych dokumentów, jakim są Sprawozdania Zarządu PWIK, należy zauważyć, że Wykonawca osiąga przychody z tytułu sprzedaży wody i odbioru ścieków zarówno od mieszkańców Kalisza, jak i przedsiębiorców działających na tym terenie. Na przykładzie Sprawozdania



Zarządu PWIK za rok 2019 widać, jak duży procent działalności Wykonawcy dotyczy sprzedaży wody na rzecz przedsiębiorstw (przeszło 1/3):

Sprzedaż wody i odbiór ścieków	Wykonanie 2018 rok	Plan 2019 rok	Wykonanie 2019 rok	% wykonania	
				4:2	4:3
1	2	3	4	5	6
Sprzedaż wody ogółem	4.947,6	4.725,0	4.890,5	98,9	103,5
z tego:					
– cele socjalne/woda do spożycia	3.337,3	3.196,8	3.272,5	98,1	102,4
– cele przemysłowe i inne	1.291,1	1.243,2	1.294,1	100,2	104,1
– do gmin	319,2	285,0	323,9	101,5	113,7
Odbiór ścieków ogółem	4.386,2	4.335,0	4.297,2	98,0	99,1
z tego:					
– indywidualnych, zbiorowych oraz przemysłowych	4.337,6	4.285,0	4.230,4	97,6	98,7
– od gmin	48,6	50,0	66,8	137,5	133,6

Podobne wnioski płyną także z pozostałych Sprawozdań zarządu PWIK z roku 2017 i 2018.

Tymczasem Wykonawca, a za nim Zamawiający, nie rozróżnia przychodów z tych tytułów. Przy podawaniu wyników ze sprzedaży produkcji podstawowej (sprzedaż wody i sprzedaż usług kanalizacyjnych) ujmuje przychody z tytułu sprzedaży wody i świadczenia usług kanalizacyjnych na rzecz zarówno mieszkańców Kalisza, jak i przedsiębiorców w zbiorczych pozycjach: „sprzedaży wody dla m. Kalisza” i „sprzedaży usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza”.

Wobec powyższego w chwili obecnej Odwołujący nie ma realnej możliwości skontrolowania prawdziwości informacji przekazanych przez Zamawiającego w celu uzasadnienia zamiaru powierzenia realizacji zamówienia PWIK.

Rodzaj sprzedaży	Wykonani e 2018 rok	Plan na 2019 rok	Wykonani e 2019 rok	% wykonania	
				4:2	4:3
1	2	3	4	5	6
Sprzedaż wody dla m. Kalisza	15.175,0	15.519,8	15.949,4	105,1	102,8
Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza	30.032,5	30.583,3	30.210,4	100,6	98,8
Razem sprzedaż produkcji podstawowej	45.207,5	46.103,1	46.159,8	102,1	100,1
Sprzedaż wody dla gmin ościennych	969,9	914,9	1.056,7	108,9	115,5
Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych	331,5	350,0	468,6	141,4	133,9
Sprzedaż usług kanalizacji deszczowej	609,8	670,7	670,7	110,0	100,0
Sprzedaż usług komercyjnych	2.113,6	1.100,0	1.636,1	77,4	148,7
Sprzedaż materiałów	43,4	70,00	126,4	291,2	180,6
Razem sprzedaż komercyjna	4.068,2	3.105,6	3.958,5	97,3	127,5
Sprzedaż ogółem	49.275,7	49.208,7	50.118,3	101,7	101,8



Dane te mają z kolei fundamentalne znaczenie, dla wyliczenia przychodów z działalności powierzonej przez Zamawiającego PWIK. W ocenie Odwołującego, przychody osiągane z tytułu sprzedaży na rzecz przedsiębiorców nie mogą być uznane za wykonywanie zadań powierzonych PWIK przez Zamawiającego. Nie jest to bowiem zadanie własne Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający nie dostrzegł także, że sprawozdania zarządu PWIK łączą w jednej pozycji informacje na temat ilości odebranych ścieków zarówno od odbiorców indywidualnych, zbiorowych i przemysłowych, co oddziałuje również na zbiorczą kwestię przychodu osiąganego z tego tytułu. Jak należy przypuszczać, w zbiorczych danych przedstawianych przez Wykonawcę, ujmowane są również przychody z tytułu odbioru deszczówki, która razem ze ściekami spływa razem ze ściekami komunalnymi do oczyszczalni Spółki Wodno-Ściekowej PROSNA w Kucharach.

Podobny problem Odwołujący dostrzega w przypadku sprzedaży wody i odbioru ścieków na rzecz np. Spółdzielni Mieszkaniowych, gdzie docelowo usługa świadczona jest zarówno na rzecz mieszkańców, jak i przedsiębiorców, dzierżawiących np. lokale użytkowe.

Sprawozdania zarządu PWIK pokazują też jednoznacznie stały wzrost usług komercyjnych świadczonych przez Wykonawcę w porównaniu z usługami świadczonymi na rzecz samego Zamawiającego.

Kwestie te w żaden sposób nie zostały wyjaśnione i przeanalizowane w opublikowanej przez Zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy z PWIK, co tym bardziej wskazuje, że wątpliwości Odwołującego co do rzetelności tych danych są zasadne.

Wobec takiego zakresu informacji, jakie przekazał Zamawiający, Odwołujący nie ma obecnie realnej możliwości skontrolowania prawdziwości informacji przekazanych przez Zamawiającego w celu uzasadnienia zamiaru powierzenia realizacji zamówienia PWIK.

Niemniej jednak, już na tym etapie Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że skoro już sama sprzedaż wody na cele przemysłowe stanowi przeszło 1/3 ogólnej sprzedaży wody przez Wykonawcę (przychody z tytułu odbioru ścieków będą kształtować się na podobnym a nawet wyższym poziomie), a przychody te nie mogą być uznane za przychody z działalności powierzonej, to wręcz niemożliwym wydaje się, aby ponad 90% przychodów PWIK dotyczyło zadań powierzonych Wykonawcy przez Zamawiającego.

Wobec podniesionych wątpliwości, wniosek Odwołującego o powołanie w sprawie dowodu z opinii biegłego jest w pełni uzasadniony. Opinia biegłego pozwoli bowiem jednoznacznie rozstrzygnąć podniesione wątpliwości, do czego niezbędna jest wiedza specjalistyczna. Odwołujący zwraca przy tym



uwagę, że taki dowód został dopuszczony przez Izbę między innymi w sprawie KIO 730/18 i 739/18. Odwołujący, stawiając tezę dowodową odwołuje się właśnie do postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, wydanego w tamtej sprawie, gdzie Izba z jednej strony kierowała do biegłego pytania dotyczące osiągnięcia wskaźników przychodu na poziomie co najmniej 90% (vide: pytanie 13 postanowienia z dnia 5 lipca 2018 r.), a równolegle zadała np. pytanie dotyczące tego, czy przychody z tytułu sprzedaży energii elektrycznej oraz ciepłej, przychody ze sprzedaży surowców odzyskanych, stanowią przychody z działalności powierzonej (vide: pytanie 15 postanowienia z dnia 5 lipca 2018 r.).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwraca uwagę, że wskazane przez Zamawiającego dane liczbowe dotyczące średniego przychodu Wykonawcy w latach 2017-2019 (48.231.100 zł) oraz średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz (45.518.600 zł) nie odpowiadają podanym przez Zamawiającego danym liczbowym, dotyczącym średniego przychodu Wykonawcy w poszczególnych latach, tj.:

W poszczególnych latach średnie przychody kształtowały się następująco:

Średni przychód Wykonawcy w PLN wyniósł w 2017r. - 45.299,5 tys., w 2018r. - 49.275,7 tys., natomiast w 2019r. - 50.118,3 tys.

Średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz w PLN wyniósł w 2017r. - 42.963,8 tys., w 2018r. - 46.544,2 tys., natomiast w 2019r. - 45.518,6 tys.

Wyliczenia te zawierają błędy.

Mając powyższe na uwadze, wobec wskazanych przez Odwołującego wątpliwości, nie sposób uznać, aby Zamawiający skutecznie wykazał, że w okolicznościach faktycznych sprawy zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie: „zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby - negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne albo licytacja elektroniczna - mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Z przywołanych wyżej przepisów wynika, że przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie (podobnie Sąd Najwyższy z dnia 6 lipca 2001, III RN 16/01, OSNP 2001/22/657).” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 328/17, LEX nr 2256442).

Mając na uwadze powyższe, za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp.



IV. Ochrona konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp: 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.

Ogólnej zasady, nakładającej na zamawiających obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w żaden sposób nie wyłącza ani nie modyfikuje przepis art. 67 ust. 1 Pzp, w tym także pkt 12, odnoszący się do zamówień in-house.

Odwołujący przypomina także, że w myśl art. 10 ust. 1 Pzp: *Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.*

Wyrażona w art. 10 ust. 1 Pzp zasada prymatu konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia publicznego nad trybami niekonkurencyjnymi jednoznacznie wskazuje, że podstawowymi trybami, w jakich powinny być udzielane zamówienia publiczne, są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Z zasadą tą łączy się przywołana we wcześniejszych akapitach, zasada przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, czego materialnym wyrazem jest zastosowanie przez zamawiającego konkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego w miejsce niekonkurencyjnych. Żadnego z wyżej wymienionych trybów nie zastosował Zamawiający, decydując się na udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdzie konkurencyjność wśród wykonawców doznaje największych ograniczeń.

Odwołujący nie wyklucza przy tym *a priori*, że zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, w tym także udzielanie zamówień typu in-house, jest niemożliwe. Na taką możliwość wskazują wprost zarówno przepisy krajowej ustawy Pzp, jak i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa 2014/14/WE”). Jednak zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówienia publicznego powinno mieć charakter wyjątkowy, znajdować oparcie w przepisach i nie może odbywać się kosztem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Samo formalne spełnienie przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp (które w tym Postępowaniu nie są nawet spełnione) nie jest wystarczające dla potwierdzenia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. W naukach metodologicznych i naukach zajmujących się logiką wyraźnie rozróżnia się bowiem tzw. warunki konieczne od warunków wystarczających. **Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 i przesłanki w nim zawarte stanowią właśnie warunki konieczne udzielenia zamówienia in-house. Oznacza to, że przepis ten zawiera minimalny katalog okoliczności, które**



muszą zostać spełnione i wykazane przez zamawiającego, aby w ogóle możliwe było rozważanie udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Ale nie są to warunki wystarczające dla udzielenia zamówienia w tym sensie, że samo ich spełnienie to zbyt mało. Zastosowanie takiej procedury wymaga bowiem szerszego spojrzenia na całokształt okoliczności faktycznych, ale także na całą ustawę Pzp, o czym wprost przesądził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18.

W orzeczeniu tym Trybunał wskazał wyraźnie, że „**udzielenie zamówienia typu in-house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii**”. Formalne spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia in-house nie wystarczy.

Jak czytamy w dalszej części uzasadnienia powołanego orzeczenia:

„ 59 Z art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24 wynika, że zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania tej dyrektywy, jeżeli, po pierwsze, instytucja zamawiająca sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własną działalnością, po drugie, ponad 80% działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję, oraz po trzecie, we wspomnianej osobie prawnej nie może być co do zasady bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

60. Przepis ten dotyczy jednak jedynie zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 i nie może być rozumiany jako określający warunki, na jakich zamówienie publiczne może zostać udzielone w kontekście zamówienia typu in- house.

61. Jak wynika co do istoty z pkt 48 niniejszego wyroku, **okoliczność, że zamówienie typu in- house w rozumieniu art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie jest objęte zakresem stosowania tej dyrektywy, nie może zwalniać państw członkowskich, ani też instytucji zamawiających, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości.**

62. Należy ponadto zauważyć, że motyw 31 tej dyrektywy stanowi w odniesieniu do współpracy między podmiotami sektora publicznego, że należy zapewnić, **aby żadna współpraca tego rodzaju, która podlega wyłączeniu z zakresu stosowania tej dyrektywy, nie skutkowałą zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców.**

63. W niniejszej sprawie do sądu odsyłającego należy w szczególności dokonanie oceny, czy w ramach postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia typu in-house rozpatrywanego w postępowaniu

głównym, którego przedmiot pokrywa się z przedmiotem zamówienia publicznego znajdującego się w trakcie realizacji przez Irgitę, jako wykonawcę, instytucja zamawiająca nie naruszyła swych zobowiązań umownych wynikających z tego zamówienia, a także zasady przejrzystości, gdyby się okazało, że instytucja ta nie zdefiniowała w sposób wystarczająco jasny swoich potrzeb, w szczególności nie zapewniając świadczenia minimalnej ilości usług wybranemu oferentowi, albo też że wspomniane zamówienie stanowi istotną modyfikację ogólnej struktury umowy w sprawie zamówienia zawartej z Irgitą.” (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt: C-285/18).

Z zacytowanego powyżej wyroku Trybunału należy wyprowadzić wniosek, że zamawiający są zobowiązani, podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia in-house, do stosowania między innymi przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, ale podlegają także przepisom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamiar udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia PWIK musi być więc oceniany także pod kątem skutków tej decyzji na innych uczestników rynku.

Takich rozważań Zamawiający nie przeprowadził, co świadczy o naruszeniu pozycji dominującej w Postępowaniu. Jak wskazuje J. Nowicki w komentarzu do przepisu art. 7 Pzp: *Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty 51), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czynny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5–17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej)* (zob. J. Nowicki, M. KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019).

Odwolujący stoi na stanowisku, że zarówno z przepisów krajowych, jak i unijnych wynika jednoznaczny obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności i



przejrzystości. Tego obowiązku w tym Postępowaniu Zamawiający nie wypełnił.

Istotą art. 7 ust. 1 Pzp jest konieczność identycznego traktowania wszystkich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna i podejmowanie wszelkich działań mających na celu zapewnienie jak najszerszej konkurencji na rynku. Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówień publicznych w sposób, który nastawiony jest na sztuczne, nieznajdujące logicznego uzasadnienia, zawężenie konkurencji w postępowaniu lub też obejście przepisów Pzp lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym także tych, dotyczących ochrony konkurencji.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Następnie, przepis art. 9 ust. 1 uokik stanowi, że: *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców*. W myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Zamawiający jest przy tym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a uokik, zgodnie z którym pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują między innymi sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz.

Zadania związane z utrzymaniem czystości i porządku mieszczą się przy tym bez wątpienia w kategorii usług o charakterze użyteczności publicznej, za których organizację odpowiada gmina (czyli także Zamawiający). Organizacja świadczeń użyteczności publicznej rozumiana powinna być jako wszelkiego rodzaju aktywność polegająca na stworzeniu możliwości i ram świadczenia takich usług, w tym również przez innych przedsiębiorców.

Powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., gdzie

wskazano, że: „**W świetle całokształtu regulacji prawnych dotyczących gminy i poczynionych uwag należy dojść do wniosku, że w celu realizacji zadań własnych gmina w zasadzie prowadzi działalność gospodarczą i jej przedmiot decyduje o gospodarczym charakterze podejmowanej działalności** (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 756/00, "Izba Cywilna" 2002, nr 1, s. 64).” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt: III CZP 43/13, OSNC 2014/3/25).

Powyższe reguły (przepisy uokik) zakazują przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą takich zachowań, które utrudniają lub uniemożliwiają innym przedsiębiorcom działalności na określonym rynku właściwym, poprzez niemożność wejścia na ten rynek lub dalszego rozwoju. Zamawiający ma przy tym pozycję dominującą na rynku właściwym, który należy określić jako rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisz. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: *utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy*. Jak z kolei wskazuje się w ust. 2 pkt 1 wyżej wymienionego przepisu, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, w szczególności tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonywanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych.

Decyzja Zamawiającego o udzieleniu PWIK przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki bezsprzecznie oddziałuje na rynek odbierania odpadów komunalnych, bowiem Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie do jednego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, na jakich zasadach świadczenie tej samej usługi oferują lub mogliby zaoferować inni przedsiębiorcy. Zachowanie Zamawiającego stanowi jednoznaczny przykład przeciwdziałania ukształtowaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez całkowite wyłączenie konkurencji w Postępowaniu.

Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, obowiązany jest do korzystania ze swoich uprawnień w sposób niedyskryminujący. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji w Postępowaniu nie tylko poprzez wszczęcie Postępowania pomimo wcześniejszego wszczęcia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom konkurencyjną i równą walkę o udzielenie zamówienia. Zasada zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiających do identycznego traktowania wszystkich tych wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Jak już to zostało wskazane na wstępie, Odwołujący ma wszelkie niezbędne kompetencje do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego w przeciwieństwie do PWIK.

W ocenie Odwołującego, PWIK nie ma zdolności technicznej do faktycznej realizacji usługi na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z art. 9c ust. 1 ustaw o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:



przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przy czym wpis do rejestru dokonywany jest wyłącznie na podstawie oświadczenia przedsiębiorcy.

Zgodnie z §2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości:

Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną:

- 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;*
- 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.*

Baza ta powinna jednak spełniać wymogi określone wyżej wymienionym rozporządzeniem. Oznacza to, że wykonawczym w zakresie wyposażenia bazy transportowo-magazynowej należy zapewnić m.in., aby:

- 1) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;*
- 2) teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne;*
- 3) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w:*
 - a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,*
 - b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,*
 - c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,*
 - d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów;*
- 4) na terenie bazy magazynowo - transportowej znajdowały się także:*
 - a) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,*
 - b) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów**- o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej.*

Poza bazą magazynowo- transportową, przedsiębiorca musi także posiadać niezbędne wyposażenie umożliwiające odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby:

- 1) w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości znajdowały się co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów*



komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;

- 2) pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;*
- 3) na terenie bazy magazynowo- transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.*

W związku z tym, że przedsiębiorca odbierający odpady komunalne na etapie ubiegania się o wpis do rejestru składa właściwemu organowi (tu: Prezydentowi Miasta Kalisz) jedynie oświadczenie, że owe warunki spełnia i na tej podstawie uzyskuje wpis do rejestru. W ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone przez PWIK w celu uzyskania wpisu nie oddaje jego rzeczywistej zdolności do świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Przede wszystkim, według najlepszej wiedzy Odwołującego, PWIK nie dysponuje niezbędnymi do świadczenia usług pojazdami, zgodnymi z wymogami wyżej wymienionego rozporządzenia, które są przecież warunkiem *sine qua non* prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych. PWIK nie prowadziło dotąd działalności w zakresie gospodarki odpadami. Nie ma więc odpowiedniego doświadczenia i nie posiada wszystkich niezbędnych pojazdów, które warunkują uzyskanie uprawnień do wykonania przedmiotowego zamówienia i należyte świadczenie usługi. Podobnie, wątpliwości Odwołującego dotyczą spełnienia przez PWIK wszystkich wymogów dotyczących bazy magazynowo-transportowej.

Mając powyższe na uwadze, tym bardziej zastanawiający jest zamiar Zamawiającego powierzenia w trybie bezprzetargowym realizacji przedmiotowego zamówienia właśnie Wykonawcy, którego zdolności do realizacji zamówienia budzą wątpliwości, a na rynku funkcjonują przedsiębiorcy (także inni niż Odwołujący), którzy warunki te bezsprzecznie spełniają.

Co więcej, Odwołujący doszukuje się nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, który podjął decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki z całkowitym pominięciem choćby cen, jakie za świadczenie usługi o szerszym zakresie zaoferowało konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. w poprzednim postępowaniu (nierozstrzygniętym). Wówczas była to kwota 729.933,60 zł. W tym Postępowaniu Zamawiający szacuje wartość zamówienia na kwotę 733.599,79 zł przy zmodyfikowanym (zmniejszonym zakresie zamówienia). Powyższe oznacza, że Zamawiający planuje przeznaczyć na realizację tego zamówienia więcej niż w czasie poprzedniego postępowania, jednocześnie ograniczając jego zakres. Jak zatem wytłumaczyć rezygnację z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia? W czym przejawia się korzyść Zamawiającego uzasadniająca zachowanie Zamawiającego, która usprawiedliwiałaby tak drastyczne ograniczenie konkurencji w Postępowaniu?



4 stycznia 2021

Gdyby Zamawiający zastosował jeden z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego (przede wszystkim przetarg ograniczony lub nieograniczony), nie nadużyłby swojej dominującej pozycji, choćby efektem udzielenia zamówienia była niemożność świadczenia tej samej usługi przez innych przedsiębiorców. Ważne jest jednak umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia w konkurencyjnych warunkach, a nie pozbawienie ich, w drodze arbitralnej i niezrozumiałej decyzji, takiej możliwości jeszcze zanim złożą swoje oferty.

W świetle powyższego uznać należy, że Zamawiający, jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, odpowiedzialny za organizację usługi odbioru odpadów komunalnych z Miasta Kalisza, nadużył swojej pozycji, podejmując nieuzasadnioną decyzję o zamiarze udzielenia PWIK zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom, którzy posiadają niezbędne doświadczenie, sprzęt i warunki dla świadczenia takiej usługi na rzecz Zamawiającego.

Za zasadny należy więc uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Radca prawny

Aleksandra Płudowska

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dokumentami rejestrowymi oraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu;
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.