

Sygn. akt: KIO 1167/18

WYROK
z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Ewa Sikorska

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2018 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B., tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B. na rzecz zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1167/18

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Obozowej 43 w Warszawie (01 - 161) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta stołecznego Warszawy z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego DZA.ZOZ.27.23.2018.LK, o ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2018 r., pod numerem 2018/S 104-238155 - dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie przeprowadzone zostało w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

W dniu 12 czerwca 2018 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B. ze stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej przy ul. Arkuszowej 43 w Warszawie (01 - 934), dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawiono zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna): naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 Pzp, a także art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa zamówieniowa) w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (Dz. Urz. UE C Nr 326, dalej: TFUE) oraz art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 z późn. zm.), poprzez niezastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców, prymatu trybów konkurencyjnych, przejrzystości oraz proporcjonalności, co tym samym stanowi niewypełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki i naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych - co zostanie wykazane w dalszej części odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł, że według założeń ustawodawcy krajowego i unijnego (art. 7 p.z.p., motywy i artykuły dyrektywy zamówieniowej, przywołane szerzej w treści odwołania) zamówienia publiczne mają być otwarte na konkurencję, zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwić udział małych i średnich przedsiębiorstw i nie mogą być organizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść jednego wykonawcy.

Według odwołującego decyzja zamawiającego o wyborze trybu udzielenia zamówienia publicznego powinna uwzględniać zasady określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., zaś podejmując decyzję o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zamawiający jest zobowiązany do stosowania zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Spełnienie przesłanek dopuszczających wybór trybu szczególnego oznacza wyłącznie, że zamawiający może wybrać pomiędzy trybami podstawowymi, a trybem szczególnym. Zaś uzasadnienie wyboru trybu niekonkurencyjnego nie może ograniczać się wyłącznie do wykazania spełnienia przesłanek dopuszczalności tego trybu. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien wykazać, że decyzja o wyborze trybu szczególnego uwzględnia jego największą przydatność dla osiągnięcia zakładanych celów, zaś w tym postępowaniu zamawiający tego nie uczynił - w ocenie odwołującego z treści uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia nie wynika dlaczego zamawiający udzielił zamówienia temu właśnie wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym.

Odwołujący podkreślił, że uważa, iż posiada wszelkie wymagane prawem zezwolenia do realizacji zamówienia objętego wniesionym odwołaniem, a także iż jest obecnie jedynym podmiotem na terenie m. st. Warszawy który ma ostateczną decyzję - pozwolenie zintegrowane, warunkujące - zgodnie z prawem (Prawo ochrony środowiska w zw. z ustaw o odpadach, ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) - prowadzenie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w szczególności instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych o statusie instalacji regionalnej (RIPOK).

Ponadto, odwołujący argumentował, że stosuje w swoim zakładzie najnowsze technologie, dzięki którym uzyskuje najwyższe w m. st. Warszawie poziomy odzysku odpadów. W ocenie odwołującego, oprócz możliwości konkurencji ceną, spełniony zostałby inny cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest cel środowiskowy, co według niego nabiera szczególnego znaczenia w świetle obecnej, rozpowszechnionej medialnie sytuacji na rynku odpadów - w postępowaniach obejmujących zagospodarowanie odpadów komunalnych realizacja tego celu, w opinii odwołującego, powinna być równie ważna co aspekt ekonomiczny.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający powinni dołożyć wszelkich starań, aby wybrać wykonawcę, który najlepiej jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, tj. zagospodarować odpady zgodnie z prawem, osiągając jak najlepsze poziomy odzysku

odpadów. Tym samym, zdaniem odwołującego, decyzja dotycząca wyboru trybu należy do zamawiającego, lecz musi ona być oparta o podstawowe zasady i cele udzielania zamówień. Zasady te bowiem, w ocenie odwołującego, nie zostały przez ustawodawcę wyłączone także przy trybie wolnej ręki.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, iż tryb zamówienia z wolnej ręki, jako realnie ograniczający konkurencję w m. st. Warszawie, powinien być zastosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu: a) możliwości zastosowania trybów konkurencyjnych, b) czy wyłącznie konkurencji przez zamawiającego przyniesie jakiegokolwiek korzyści dla interesu publicznego, czego zamawiający zaniechał.

Odwołujący dodał, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie może celowo zmierzać do ograniczenia konkurencji na rynku - a z taką sytuacją, według odwołującego, mamy do czynienia w tej sprawie. Tryb ten ma być jedynie sposobem nabycia usług, w przypadku gdy możliwe jest obiektywne stwierdzenie o brak konkurencji, lub gdy nabycie usług przez zamawiającego na rynku konkurencyjnym nie będzie dla zamawiającego najlepszym rozwiązaniem, zaś w opinii odwołującego taka sytuacja w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi.

Odwołujący wskazał również, iż powszechnie akceptowaną, w orzecznictwie polskich sądów po 1989 r, jest zasada, że: „interpretator powinien się opierać na rezultatach wykładni językowej i dopiero gdy ta prowadzi do nie dających się usunąć wątpliwości, korzystać z wykładni systemowej, jeśli natomiast również wykładnia systemowa nie doprowadziła do usunięcia wątpliwości interpretacyjnych, to wolno jest posłużyć się wykładnią funkcjonalną” (Lech Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, str. 242, por. wyrok TK z 28.06.2000 r. K25/99 OTK 2000/5/141).

Literalna interpretacja przepisów prawnych, w ujęciu zamówień z art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bez odniesienia się do wykładni systemowej i funkcjonalnej, a także zasad stosowania prawa UE - jego pierwszeństwa i bezpośredniej skuteczności, prowadzi według odwołującego, do naruszenia istoty prawa zamówień publicznych.

Następnie odwołujący wskazał, że za stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, wykładnia językowa (a na takiej właśnie wykładni bazuje dotychczasowe orzecznictwo w podobnych sprawach) nie może prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu. Na tej zasadzie dopuszcza się w drodze wykładni celowościowej, korygowanie wyników, do jakich prowadzi wykładnia językowa (*vide* orzecznictwo SN w: Zasady wykładni prawa, Lech Morawski, Toruń 2010, str. 85) i można w tym zakresie podzielić stanowisko WSA w Poznaniu, że „sądy nie mogą chować głowy w piasek i są zobowiązane do wydania orzeczenia precedensowego, gdy stwierdzają, że prawo jest złe” (za L. Morawskim, tamże). A z taką sytuacją, w ocenie

odwołującego, mielibyśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdyby przyjąć, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bez analizy rynku, bez zachowania zasady uczciwej konkurencji, i tylko dlatego, że przepis ten nie przewiduje literalnie, że decyzja o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki ma być poprzedzona analizą rynku.

W ocenie odwołującego rynek właściwy zagospodarowania odpadów komunalnych z m. st. Warszawy jest rynkiem konkurencyjnym, tym samym udzielenie zamówienia PU Hetman prowadzi w istocie do nieuzasadnionego ograniczania konkurencji, gdzie MPO stawia się w roli regulatora tegoż rynku, wykorzystując jednocześnie przepisy p.z.p., które mają konkurencji sprzyjać. Takie działanie MPO jest działaniem na niekorzyść konkurencyjnych wykonawców, którzy - jak chociażby odwołujący - z pewnością wzięliby udział w konkurencyjnym postępowaniu na zagospodarowanie odpadów komunalnych, jeśli postanowienia SIWZ pozwalałyby konkurować na rynkowych zasadach (czego zdaniem odwołującego nie można powiedzieć o wcześniej organizowanych przez MPO postępowaniach przetargowych). Zaś w tych okolicznościach odstępstwo od językowego sensu przepisu, nie mogłoby być uznane za orzeczenie *contra legem*.

Dalej odwołujący stwierdził, iż nie ma żadnej podstawy prawnej, która wyłączałaby zastosowanie art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 10 ust. 1 p.z.p. do trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przeciwna interpretacja przepisów krajowych, opierająca się tylko na przepisie art. 10 ust 2 p.z.p. (zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko w przypadkach określonych w ustawie) sprowadzałaby się do stanowiska, że wybór trybu niekonkurencyjnego jest dyskrecjonalną kompetencją zamawiającego, gdy tymczasem zamawiającego nadal obowiązują, w ocenie odwołującego, reguły ściśle określone w art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust 1 p.z.p. Odwołujący dodał również, iż „stosując tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie można pomijać treści i zasad bezpośredniego stosowania prawa UE, w tym art. 26 ust. 1 i 2 TFUE w zw. z art. 18 dyrektywy zamówieniowej. Zgodnie z tymi przepisami, środki przyjmowane przez UE mają na celu zapewnienie funkcjonowania rynku wewnętrznego, w tym swobody przedsiębiorczości, a konkretnie - zasady konkurencyjności i proporcjonalności.”

Powyższe stanowisko, w ocenie odwołującego, znajduje potwierdzenie w motywie 1 dyrektywy zamówieniowej: „Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty

należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.” Z kolei w motywie 2 dyrektywy zamówieniowej wskazuje się inne kluczowe cele tej regulacji: „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii "Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 2 marca 2010 r. zatytułowanym "Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" („strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych W tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE 4 oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE 5, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych. Istnieje również konieczność doprecyzowania podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.”

Odwołujący podkreślił również, że motywy dyrektywy nie stanowią przepisów, jednak bez wątpienia mogą być pomocne w dokonywaniu prounijnej wykładni przepisów krajowych. Zaś sama dyrektywa może oczywiście przewidywać okoliczności, które wyłączają jej zastosowanie. Jednakże nie sposób przyjąć, że wyłącza się w ten sposób stosowanie Traktatów, ponieważ została (jako prawo wtórne) wydana na ich podstawie, musi więc być z nimi zgodna, tak jak akt prawny, który ją implementuje. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragmenty komentarzy i wyroku TSUE z dnia 11 maja 2006 r. C - 340/04 Carbotermo.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że minimalny standard ochrony wykonawców dla wszystkich zamówień publicznych, a więc także w odniesieniu do trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wynika z art. 18 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej, który zacytował oraz stwierdził, że „W przedmiotowym postępowaniu występuje właśnie sztuczne zawężenie konkurencji, ponieważ sposób organizacji poprzednich postępowań skutkowało ograniczeniem konkurencji, a w konsekwencji „koniecznością” sięgnięcia przez zamawiającego do trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Tymczasem, jak zauważa się w doktrynie, „(...) tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie został zaprojektowany jako procedura celowo zmierzająca do ograniczenia konkurencji na rynku, lecz jako sposób

dokonywania zakupów w przypadku, gdy obiektywnie da się stwierdzić brak konkurencji lub zakupy na rynku konkurencyjnym nie będą stanowić najlepszej opcji dla zamawiającego. Nawet powszechnie stosowane pojęcie „tryb niekonkurencyjny” może sugerować, że intencją ustawodawcy było wyposażenie zamawiającego w instrument ograniczający konkurencję. Właściwe odczytanie zamiaru ustawodawcy pozwoli prawidłowo ocenić decyzję zamawiającego o wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki przez pryzmat zasad podstawowych. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na pkt 50 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, w którym ustawodawca unijny wyjaśnił, że procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia mogą być stosowane wyłącznie w przypadku, gdy publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, przy czym brak konkurencji nie może być wynikiem zachowania zamawiającego, lecz istnieje obiektywnie” – Opinia prawno – naukowa dotyczące decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia publicznego dr Aleksandra Sołtyśńska, Kraków, dnia 23 kwietnia 2018 roku, złożona jako dowód w sprawie KIO 730/18”. Dalej odwołujący zacytował fragment uchwały Izby z dnia 25 października 2016 r. (KIO/KD 66/16).

Odwołujący następnie podniósł, że na mocy art. 7 ust. 1 p.z.p., na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto, zgodnie z art. 10 p.z.p., podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie oznacza to jednak, według odwołującego, że zamawiający mogą podejmować działania, które posłużą im za uzasadnienie formalnego spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. chodzi bowiem o taką sytuację, w której rzeczywiście na rynku nie ma podmiotów, które wzięłyby udział w procedurze konkurencyjnej, a nie o sytuację, gdy wykonawcy nie biorą udziału w postępowaniu, ze względu na ukształtowanie postanowień SIWZ czy też składają oferty z ceną przekraczającą budżet zamawiającego ze względu na wynikające z SIWZ ryzyka kontraktowe.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż 27 grudnia 2017 r. skierował do zamawiającego pismo, odnoszące się do jednego z poprzednich postępowań, w którym wskazał, że „wobec nie wskazania w SIWZ minimalnej i maksymalnej dziennej ilości odpadów komunalnych, jakie mogą być przekazane do przetwarzania wykonawcy, jak również wobec braku możliwości, czy to zwaloryzowania, czy to zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmiany warunków rynkowych wykonywania zamówienia, w tym zwłaszcza istotnego wzrostu

kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, złożenie oferty w niniejszym postępowaniu wiąże się dla wykonawcy ze zbyt dużym ryzykiem gospodarczym. Brak wskazanych informacji w dokumentacji postępowania powoduje, że wykonawca, nawet przy zachowaniu podwyższonej staranności, nie jest w stanie racjonalnie oszacować kosztów wykonania zamówienia w 2019 i 2020 r.” W rzeczonym piśmie, według odwołującego, podtrzymał on również gotowość przyjęcia do przetworzenia odpadów komunalnych pochodzących z m. st. Warszawy, jednak jak odwołujący zaznaczył oferty w przedmiotowym postępowaniu nie złożył.

Odwołujący wskazał, że zamawiający był zmuszony unieważnić ww. postępowanie (nr ref. DZA.ZOZ.27.25.207.LK), bowiem na zadanie 1 nikt nie złożył oferty, a na pozostałe zadania ceny ofert przekroczyły zakładany przez MPO budżet o około połowę, co w ocenie odwołującego potwierdza słuszność jego twierdzeń o dużym ryzyku gospodarczym, jakie miałyby na siebie wziąć potencjalny wykonawca - tak istotne przerzucenie ryzyka na wykonawców zmusiło ich do złożenia tak wysokich cenowo ofert.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przypomniał, że zamawiający ponowił postępowanie (nr ref. DZA.ZOZ.27.2.2018.LK), z tym, że ograniczył zagospodarowanie odpadów z m. st. Warszawy jedynie do 2019 r. i, w konsekwencji, zmniejszył o ok. połowę ilość odpadów do zagospodarowania (nie zmienił natomiast postanowień, który miały realny wpływ na ograniczenie konkurencji). W tym postępowaniu sytuacja powtórzyła się, bowiem ceny ofert również znacząco przekroczyły kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a na zadanie 4, obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy, nie wpłynęła żadna oferta.

Odwołujący podsumował, iż w tym stanie rzeczy MPO postanowiło udzielić wykonawcy PU Hetman zamówienia z wolnej ręki na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu m. st. Warszawy z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy (nr ref.: DZA.ZOZ.27.23.2018.LK).

Odwołujący dodał następnie, że „w świetle przedstawionych okoliczności kuriozalnie brzmi uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia, gdzie MPO argumentuje, że „(...) konieczne jest przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki celem zabezpieczenia zagospodarowania odpadów od 1.1.2019 r. z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy (...)”. Zamawiający zdaje się zapominać, że owa konieczność wynika z tego, że konsekwentnie stara się narzucić wykonawcom ryzyko gospodarcze ponad akceptowalną miarę, co skutkuje albo brakiem ofert w ogóle, albo składaniem pojedynczych ofert na poszczególne zadania, znacznie przekraczających kwoty, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, Tym samym, to zamawiający ponosi odpowiedzialność za zaistniałą sytuację, w której nie została w postępowaniu złożona żadna oferta (w zakresie zadania 4.). (...) Powstaje więc zasadnicze pytanie, dlaczego w tych

okolicznościach faktycznych i prawnych zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki PU Hetman? Jakie korzyści płyną z przyjęcia takiego rozwiązania dla interesu publicznego, w szczególności korzyści środowiskowe, ekonomiczne? Dlaczego wolna ręka jest udzielana właśnie PU Hetman? Jakimi przymiotami wyróżnia się ten podmiot na tle podmiotów konkurencyjnych? Nie wiadomo. Bynajmniej zamawiający nie zwrócił do odwołującego z jakimkolwiek pytaniem mającym charakter nawet rozeznania rynku, co nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, że odwołujący jako jedyny podmiot na rynku właściwym ma wymagane zezwolenia? Co istotne konkurencja na rynku właściwym jest, natomiast przyczyny niedokonania wyboru oferty na przedmiotowe zamówienie w trybie konkurencyjnym leżą wyłącznie po stronie zamawiającego, sposobu prowadzenia przez zamawiającego postępowania (*vide*: warunki zamówienia). Teraz natomiast zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki, bo nie złożono oferty! W ocenie odwołującego, wykładnia funkcjonalna i systemowa zamówień z wolnej ręki winna sprzeciwiać się takiemu instrumentalnemu rozumieniu m.in. art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odpowiedź zamawiającego typu „bo mogę w świetle art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, bo przepis ten nie wprowadza jakichkolwiek dodatkowych przesłanek i wybieram PU Hetman” jest niewystarczająca w świetle zasad podstawowych Pzp i wydatkowania środków publicznych. Przecież wykładnia przesłanek wolnej ręki nie może abstrahować od zasad celowego i racjonalnego wydatkowania publicznego. Na tym się bowiem zasadza *ratio legis* przepisów Pzp, w tym regulujących wolną rękę. Przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 z późn. zm.) wyraźnie stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. W ocenie odwołującego, okoliczności te winny być także brane pod uwagę przez zamawiającego przed dokonaniem wyboru trybu niekonkurencyjnego i w razie przekonania, że ów wybór jest zasadny, wyboru wykonawcy, któremu zamówienie z wolnej ręki zostanie udzielone. Wybór trybu niekonkurencyjnego, a następnie wybór PU Hetman łamie wszystkie opisane w odwołaniu zasady i przepisy.”

Na zakończenie uzasadnienia wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał, że zamówienie ma być realizowane od 1 stycznia 2019 r., zatem w ocenie odwołującego zamawiający posiada czas, aby dokonać wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym, czy nawet wybrać odpowiedniego wykonawcę do udzielenia mu wolnej ręki, biorąc pod uwagę opisane powyżej zasady, w szczególności uzyskanie najlepszego efektu (tu: środowiskowego) z danego nakładu. Jak wskazano powyżej, w ocenie odwołującego, nie wiadomo, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, wybierając do PU Hetman. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na rzecz PU Hetman ponad pół roku wcześniej przed rozpoczęciem realizacji zamówienia jest więc całkowicie niezrozumiałe.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o. o. z siedzibą przy Al. Krakowskiej 110/114 w Warszawie (00 – 971), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, za wyjątkiem okoliczności wskazanego naruszania art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, który nie mieści się w spektrum właściwości Izby.

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wynikających z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący prowadzi on działalność gospodarczą, mającą za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, jak również posiada ostateczną decyzję na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący podkreślił również, że jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, co przejawia się również w kwestionowaniu decyzji

zamawiającego w wykorzystaniu trybu z wolnej ręki, poprzez wniesienie rozpoznawanego środka ochrony prawnej. Swoje twierdzenia odwołujący poparł argumentacją zawartą w wyrokach Izby z 22 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 938/16 i z 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/18, uwypuklając, że posiada status „innego podmiotu” z art. 179 ust. 1 p.z.p. i legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, jako pozbawiony szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą uzyskałby, gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym. Zatem na skutek działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że zostały zniszczone przesłanki materialnoprawne uprawniające odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Izba nie przychyliła się do argumentacji zamawiającego, który kwestionował interes odwołującego i możliwość poniesienia przez niego szkody, argumentując że wobec braku akceptacji przez odwołującego warunków postępowania – dotyczących waloryzacji i braku określenia dziennych ilości odpadów – przychylenie się do wniosku o unieważnienie postępowania, przeprowadzonego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., nie jest w stanie spowodować, że odwołujący mógłby złożyć ofertę w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, skoro nie zgadza się z treścią dokumentacji postępowania określoną przez zamawiającego, która również w ewentualnym nowym postępowaniu nie zostanie przez zamawiającego zmodyfikowana.

Należy zwrócić uwagę, że spełnienie przez wnoszącego środek ochrony prawnej przesłanki materialnej zawartej w art. 179 ust. 1 p.z.p. należy badać na moment wniesienia odwołania i dywagacje jak miałyby wyglądać ewentualne przyszłe postępowanie w zaskarżonym przedmiocie, w tym czy odwołujący złoży w nim ofertę, nie mogą w sposób skuteczny decydować o zamknięciu odwołującemu drogi do merytorycznego odniesienia się przez Izbę do zarzutów odwołania dotyczącego trybu z wolnej ręki. Tym niemniej, odwołujący na rozprawie oświadczył, że pomimo wadliwego w jego ocenie skonstruowania aktualnej treści dokumentacji postępowania przez zamawiającego, podjął on kroki celem zminimalizowania powstałych dla wykonawcy ryzyk, w związku z czym nie można jednoznacznie stwierdzić, że nie złoży oferty w przyszłym postępowaniu, którego wiążącego kształtu w chwili obecnej nie znamy.

Zatem, w ocenie Izby, przypuszczenia zamawiającego co do możliwego przebiegu przyszłego postępowania, nie mogą pozbawić wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. W tej sytuacji, oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej w stosunku co do kwestionowanej czynności, ale ze względu na ewentualny hipotetyczny konflikt, co do przyszłej treści dokumentacji postępowania – który, co pominął zamawiający, zawsze mógłby trafić pod ocenę Izby, w wyniku odwołania od treści dokumentacji wniesionego przez wykonawcę.

Takie działanie nie znajduje potwierdzenia w przepisach p.z.p., a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. W istocie, przyjęcie przedstawionej w tym zakresie argumentacji zamawiającego spowodowałoby, iż dostęp do wnoszenia środków ochrony prawnej okazałby się fikcyjny – gdyż, po uwzględnieniu twierdzeń zamawiającego, odwołujący miałby prawo do wniesienia odwołania na zastosowany tryb z wolnej ręki, jeżeli już na etapie odwołania od trybu oświadczy, że akceptuje wszystkie deklarowane przez zamawiającego warunki przyszłego ewentualnego przetargu, który zostanie ogłoszony po uwzględnieniu odwołania i zgodnie z nimi złoży ofertę. Nawet powyższy hipotetyczny scenariusz całkowicie pomija jednak fakt, że brak porozumienia co do treści dokumentacji postępowania, którego kształtu na dzień dzisiejszy nie znamy, nie powoduje braku możliwości złożenia oferty, a może np. stanowić powód wniesienia odwołania na sporną treść, która może zostać przez Izbę zmieniona.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował w sposób skuteczny interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia", uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowany przez odwołującego zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 p.z.p., a także art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (Dz. Urz. UE C Nr 326) oraz art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.), poprzez niezastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców, prymatu trybów konkurencyjnych, przejrzystości oraz proporcjonalności, co tym samym stanowi niewypełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki i naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym

i prawnym, a tym samym nie doszło do naruszenia zarzucanych zamawiającemu norm, zatem rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Postępowanie wszczęte w zakwestionowanym przez odwołującego trybie zamówienia z wolnej ręki, określonym w art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zostało poprzedzone postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego i zostało przez zamawiającego unieważnione na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – w postępowaniu nie złożono żadnej oferty.

Nie było spornym również, iż ustalony stan faktyczny wyczerpuje przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., tj. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego nie została złożona żadna oferta, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Izba, w oparciu o uzasadnienie zarzutów odwołania oraz replikę zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sporu do rozstrzygnięcia kwestii prawnej, czy w ustalonym stanie faktycznym można odejść od wykładni gramatycznej art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. z przyczyn wskazanych przez odwołującego i czy poprzez dokonanie ferowanej przez odwołującego wykładni art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 p.z.p., a także art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa zamówieniowa”) w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (Dz. Urz. UE C Nr 326, dalej jako „traktat”), można nakładać na zamawiającego dodatkowe wymogi i obowiązki, określone przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że poprzez dokonanie wykładni funkcjonalnej i systemowej w sposób przez niego wskazany, uzasadnienie zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie może ograniczać się do wykazania spełnienia przesłanek dopuszczalności trybu, a zamawiający winien wykazać, że decyzja o wyborze trybu uwzględnia jak największą przydatność dla osiągnięcia zakładanych celów, w tym celu środowiskowego – osiągnięcie jak najlepszych poziomów odzysku odpadów, a także wskazywać korzyści dla interesu publicznego – środowiskowe i ekonomiczne. Zaś zbadanie możliwości zastosowania trybu niekonkurencyjnego jest możliwe, po przeprowadzeniu analizy rynku, czego zamawiający zaniechał, przy zaznaczeniu, że wyłącznie odwołujący posiada ostateczną decyzję na prowadzenie instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, o statusie instalacji regionalnej. Dodano ponadto, że tryb z wolnej ręki może być zastosowany, gdy obiektywnie nie da się stwierdzić barku konkurencji, lub gdy nabycie usług na rynku konkurencyjnym nie będzie dla zamawiającego najlepszym rozwiązaniem.

Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. „zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione”. Wskazana norma stanowi implementację art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy zamówieniowej o treści: „procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w każdym z następujących przypadków: a) jeżeli w odpowiedzi na procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału bądź żadnego odpowiedniego wniosku o dopuszczenie do udziału, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom oraz pod warunkiem że odpowiednie sprawozdanie zostanie przesłane Komisji, jeśli tego zażąda”.

Nie sposób nie zwrócić uwagi, iż ustawodawca krajowy, dokonując implementacji art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy, zdecydował się na wprowadzenie brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w sposób wiernie oddający treść normy europejskiej.

Skupiając się na literalnym brzmieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom odwołującego, dokonanie wykładni gramatycznej przepisu, polegającej na ustaleniu znaczenia zwrotów zawartych w przepisie prawnym ze względu na dyrektywę języka, nie prowadzi do rozstrzygnięcia, które mogłoby zostać uznane za rażąco niesłuszne, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu, a które w konsekwencji prowadziłoby do odejścia od wykładni literalnej i umożliwiłoby przyjęcie ferowanych przez odwołującego ustaleń wykładni celowościowej i funkcjonalnej, które znacznie przekraczają gramatyczne brzmienie omawianej normy.

Zgodnie z przyjętą w judykaturze i doktrynie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni prawa, należy w pierwszej kolejności zastosować dyrektywę wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej sięgać kolejno po wykładnię systemową lub funkcjonalną.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym kwestie te znajdują bezpośredni wyraz w uzasadnieniach wydawanych rozstrzygnięć, podkreśla się pierwszeństwo wykładni językowej w demokratycznym państwie prawa (uchwała Sądu Najwyższego z 25.04.2003 r., sygn. akt III CZP 8/03, postanowienia Sądu Najwyższego z 20.07.2005 r., sygn. akt I KZP 25/05, z 31.08.2005 r., sygn. akt V KK 426/04), a także subsydiarność wykładni systemowej oraz wykładni funkcjonalnej (uchwały Sądu Najwyższego z 11.01.2006 r., sygn. akt I KZP

53/05, z 25.04.2003 r., sygn. akt III CZP 8/03, z 19.05.2015 r., sygn. akt III CZP 114/14, wyrok Sądu Najwyższego z 11.04.2008 r., sygn. akt II CSK 650/07).

Odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu, wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem, winny uzasadniać szczególnie istotne i doniosłe racje. Dopuszcza się odstępstwa od wyniku zastosowania wykładni językowej, gdy wynik ten prowadzi do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji (uchwała Sądu Najwyższego z 19.05.2015 r., sygn. akt III CZP 114/14; wyroki Sądu Najwyższego z 11.04.2008 r., sygn. akt II CSK 650/07 i 10.10.2003 r. sygn. akt I PK 409/02). Poszukiwanie treści normy poza treścią przepisu, który ją wprowadza do systemu prawa jest zatem możliwe w ocenie Sądu Najwyższego, który Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela, w sytuacji, w której proces gramatycznej rekonstrukcji treści normy na podstawie przepisu w sposób weryfikowalny i obiektywny ujawnia wadliwość tego typu, która musi być usunięta, aby utrzymać moc danego przepisu i nie doprowadzić bądź do jego kolizji z normami wyższego rzędu, która skutkowałaby koniecznością odmowy jego zastosowania bądź sytuacji, w której norma występuje przeciw celowi swojego istnienia w systemie prawa.

Dokonanie odstępstwa od wykładni językowej przepisu odwołujący uzasadniał udzieleniem zamówienia przystępującemu, z pominięciem przez zamawiającego, że rynek zagospodarowania odpadów jest rynkiem konkurencyjnym, co doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, kiedy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozwalała konkurować wykonawcom na rynkowych zasadach – powodując sztuczne zawężenie konkurencji. Ponadto odwołujący wskazywał na rażąco niesłuszne, nieracjonalne i niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu, dopuszczające posiłkowanie się wykładnią celowościową, w sposób dokonany przez odwołującego, gdyż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, „bez analizy rynku, bez zachowania uczciwej konkurencji i tylko dlatego, że przepis ten nie przewiduje literalnie, że decyzja o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki ma być poprzedzona analizą rynku.” Jednakże, w ustalonym stanie rzeczy, takie twierdzenia pozostały nieuzasadnione i nie mogły odnieść zamierzonego skutku.

Skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołania wskazująca na celowe ograniczenie rynku czy zawężenie konkurencji, pozostała w sferze insynuacji odwołującego. Odwołujący nie wykazał podnoszonych twierdzeń o wadliwych postanowieniach SIWZ, które nie pozwalają na konkurowanie na rynkowych zasadach. Nie przedłożono żadnego dowodu potwierdzającego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – DZA.ZOZ.27.2.2018.LK, poprzedzające wolną rękę, było prowadzone w sposób nieprawidłowy. Ponadto żaden z wykonawców nie wniósł środka ochrony prawnej w przedmiocie dokumentacji postępowania, którą odwołujący uznał za zawężającą

konkurencję, nie zrobił tego również odwołujący. Zatem bierność odwołującego w tym zakresie spowodowała, że jego twierdzenia pozostały gołosłowne.

Odwołujący wskazał na treść pisma z 27.12.2017 r., które przedłożył zamawiającemu, w postępowaniu na zagospodarowanie odpadów - DZA.ZOZ.27.25.2017.LK (postępowanie to jest irrelewantne dla ustawowych przesłanek zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż jest ono wcześniejszym postępowaniem przeprowadzonym przez zamawiającego, nie związanym bezpośrednio z podstawą do zastosowania wolnej ręki). Jest to stanowisko odwołującego w przedmiocie powodów, dla których nie złożył on w przetargu oferty – brak dziennej ilości odpadów i brak waloryzacji, co dla wykonawcy wiąże się z ryzykiem gospodarczym. Jednakże są to subiektywne twierdzenia strony, które wskazują przyczyny dlaczego odwołujący nie złożył oferty, stanowiące raczej apel do zamawiającego. Jednostronne oświadczenie, że „wykonawca (...) nie jest w stanie oszacować kosztów” nie dowodzi, że rynek został celowo zawężony, z treści pisma wynika, że brak postulowanych treści w dokumentacji jest przyczyną, dla której odwołujący nie wziął udziału w przetargu. W tymże postępowaniu złożono trzy oferty, zatem twierdzenia odwołującego są subiektywne i dotyczą wyłącznie jego sytuacji, zaś wskazane przeszkody w złożeniu oferty, co wynika z faktu, że trzech wykonawców oferty złożyło – dotyczą wyłącznie odwołującego.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że omawiana treść SIWZ została zaskarżona jako wadliwa i wyrokiem z 15.12.2017 r. sygn. akt KIO 2525/17, 2529/17 Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, zaś wyrok jest prawomocny. W przedmiotowym wyroku wskazano, że „opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, a profesjonalne podmioty działające na rynku odpadów – dysponując danymi o ilościach minimalnych i maksymalnych odpadów komunalnych z podziałem na poszczególne lata, szacunkowym procentowym podziale na poszczególne frakcje oraz po uwzględnieniu dokonanych przez zamawiającego zmian w SIWZ – są w stanie oszacować dane niezbędne do sporządzenia oferty i należycie ją skalkulować.” Izba nie podzieliła również twierdzeń odwołującego w zakresie klauzul waloryzacyjnych, wskazując że „Niewprowadzenie dodatkowych klauzul waloryzacyjnych czy uprawnień do zmiany ceny jednostkowej nie może być uznane za naruszenie przepisów. Zmiany kosztów ponoszonych przez wykonawcę w trakcie realizacji umów obejmujących dłuższy odcinek czasowy, są ryzykiem kontraktowym, które może być uwzględnione w cenie oferty. Dodatkowo, takie czynniki jak wzrost kosztów wynikający ze zmian przepisów prawa jest najwyraźniej możliwy do przewidzenia, skoro sam Odwołujący w treści odwołania przedstawił wpływ zmian, które wejdą w życie w 2018 r. na koszty ponoszone przez wykonawców. (...) wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej w brzmieniu opisanym w żądaniu odwołania nie tylko byłoby sposobem całkowitego uniknięcia ryzyka kontraktowego, ale co więcej, dawałoby wykonawcom możliwość nadużyć, polegających chociażby na zgłaszaniu nieuzasadnionych roszczeń pod groźbą rozwiązania

umowy, co w konsekwencji mogłoby uniemożliwić zapewnienie sprawnego i niezakłóconego funkcjonowania systemu zagospodarowania odpadów.” Od wyroku Izby nie została wniesiona skarga do Sądu Okręgowego.

Izba wskazuje również, że twierdzenia odwołującego co do powodów wysokości cen w postępowaniu, czy przyczyn braku ofert są jednostronnym stanowiskiem strony, opartym na ciągu hipotetycznych założeń, podnoszonych na potrzeby wniesionego środka ochrony prawnej.

Konkludując, twierdzenia o sztucznym zwężeniu konkurencji, poprzez sposób organizacji postępowań przez zamawiającego, jako skutkujących ograniczeniem konkurencji, pozostały niewykazane.

W zakresie możliwości udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. jak wskazał odwołujący „bez analizy rynku, bez zachowania uczciwej konkurencji i tylko dlatego, że przepis ten nie przewiduje literalnie, że decyzja o udzielenie zamówienia z wolnej ręki ma być poprzedzona analizą rynku.”, Izba stwierdziła co następuje.

Powyższe stanowisko jest nieuzasadnione właśnie wobec literalnego brzmienia normy z której wynika, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, po uprzednim przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zatem po zastosowaniu trybów podstawowych i jest to przewidziane zarówno przez ustawodawcę polskiego, jak również unijnego, przeanalizowanie rynku. Zatem skoro sam ustawodawca wymaga weryfikacji rynku, poprzez przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego, na restrykcyjnych zasadach wskazanych w p.z.p., zaś zastosowanie wolnej ręki możliwe jest jeżeli warunki wcześniejszego postępowania nie zostaną zmienione, pozostaje niezrozumiałym jak dokonana wykładnia gramatyczna miałaby prowadzić do wniosku, że tryb z wolnej ręki stosuje się bez analizy rynku. Tym bardziej, że odwołujący upatruje braku analizy rynku z racji, iż „zamawiający nie zwrócił się do odwołującego z jakimkolwiek pytaniem mającym charakter rozeznania rynku”.

Następnie wykładnia gramatyczna nie prowadzi również do wniosku, że tryb art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. przeprowadza się bez zachowania uczciwej konkurencji, gdyż w treści omawianej normy ustawodawca w żadnym słowie do zasad ogólnych p.z.p., uregulowanych w art. 7 p.z.p. czy 18 ust. 1 dyrektywy zamówieniowej, się nie odnosi. Wykładnia literalna nie może prowadzić do wniosku, że art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wyłącza zachowanie uczciwej konkurencji, skoro wykładnia ta polega na interpretacji znaczenia językowego treści normy, przez badanie sensu użytych w niej słów, a w treści omawianej normy brak jest jakichkolwiek twierdzeń związanych z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zatem w drodze wykładni gramatycznej nie sposób zająć stanowiska - czy zasady uczciwej konkurencji się stosuje czy nie, skoro norma ta w swej treści się do zasad tych w ogóle nie odnosi. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie stanowią jego indywidualną interpretację, poprzez wykładnię

celowościową i funkcjonalną, stosunku zasad generalnych p.z.p. do przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki i nie znajdują poparcia w brzmieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

W ocenie Izby brak jest w treści odwołania przekonującej argumentacji, która wskazuje, że posłużenie się wykładnią językową normy art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., prowadzi do absurdów albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Proces rozumowania poprzez ekstrapolację możliwych konsekwencji do absurdu (*reductio ad absurdum*) prowadzi wręcz do wniosku przeciwnego – to rozbudowywanie normy o charakterze wyjątkowym, poprzez dodawanie do niej dodatkowej treści, prowadzi do jej sprzeczności z zasadą pewności prawa, klarowności obowiązków wpływających z istnienia normy dla podmiotów, które tą normę mają stosować i zaburza cele ustawodawcy, który chciał – za wzorem z dyrektywy zamówieniowej, przewidzieć możliwość zabezpieczenia istotnych usług na wypadek braku na rynku woli uczestnictwa w trybie konkurencyjnym na określonych zasadach (które – co wypada ponownie podkreślić, mogą być kwestionowane poprzez odwołanie od treści SIWZ, z której to możliwości nie w poprzednim, ale we wcześniejszym postępowaniu odwołujący skorzystał i uzyskał w ten sposób informację, że treść SIWZ przepisów prawa nie narusza). Brak jest również w treści rozpoznawanego środka ochrony prawnej uzasadnionego wskazania jak literalne zinterpretowanie omawianego przepisu prowadzi do uniemożliwienia sensownego jego zastosowania, bądź zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, zatem brak jest już na wstępie wykazania, że literalna wykładnia art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. jak podniósł odwołujący prowadzi do naruszenia istoty prawa zamówień publicznych. W istocie stanowisko odwołującego nie tyle postuluje szeroką wykładnię normy rekonstruowanej na podstawie tego przepisu, ile stanowi polemikę z nią.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie wykazał, aby stanowisko judykatury, z którego wynika, że nie można poprzestać na wykładni językowej we wszystkich tych przypadkach, kiedy zastosowanie wyłącznie tej wykładni prowadziłyby do wadliwych i niejednoznacznych rezultatów, będzie miało zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. W ocenie Izby powołane przepisy są przy tym jednoznaczne i nie wymagają interpretacji, która tym samym jest niedopuszczalna, gdyż nie da się interpretować pojęć jasnych, które takiej interpretacji nie wymagają, byłoby to sprzeczne z ogólnymi zasadami wykładni.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że analiza językowa danego przepisu prawa jest nie tylko punktem wyjścia wykładni prawa, ale także zakreśla jej granice. Próba dokonania wykładni, która byłaby sprzeczna z językowym znaczeniem przepisu prawa byłaby naruszeniem zasady praworządności. Językowe znaczenie przepisu prawa wyznacza bowiem zasięg dopuszczalnej wykładni, gdyż formuła słowna jest granicą wszelkiego dopuszczalnego sensu, jakiego możemy poszukiwać w tekście przepisów prawa. Aby ustalić ten sens można odwołać się do kontekstu językowego, systemowego i funkcjonalnego

interpretowanego przepisu prawa, zgodnie z przyjętymi w judykaturze dyrektywami wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej. Jednakże sięgając po pozajęzykowe metody wykładni, należy pamiętać, że ich wynik musi się mieścić w językowym znaczeniu słów tworzących dany przepis prawa, gdyż przejęcie wyniku wykładni, który ewidentnie jest nie do pogodzenia z szeroko rozumianym znaczeniem interpretowanych zwrotów byłoby równoznaczne z wykładnią *contra legem*.

Tak zarysowane granice wykładni prawa są normatywnie zabezpieczone przez przepisy rangi konstytucyjnej, gdyż zgodnie z przyjętą w judykaturze i doktrynie zasadą pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni prawa, należy w pierwszej kolejności opierać się na rezultatach wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej sięgać kolejno po wykładnię systemową lub funkcjonalną. Ten kierunek akceptuje judykatura Sądu Najwyższego i przyjmuje, że w państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas - zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* - nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni. W takim wypadku wykładnia pozajęzykowa może jedynie dodatkowo potwierdzać, a więc wzmocniać wyniki wykładni językowej wykładnią systemową czy funkcjonalną. (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28.06. 2000 r., sygn. akt K 25/99, oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8.01.1993 r., sygn. akt III ARN 84/92, z 8.05.1998 r., sygn. akt I CKN 664/97, uchwały Sądu Najwyższego z 3.11.1997 r., sygn. akt III ZP 38/97, z dnia 8.02.2000 r., sygn. akt I KZP 50/99 i uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25.04. 2003 r., sygn. akt III CZP 8/03).

Tak więc, nawet jeśli w sprawie można byłoby dopuścić zastosowanie innych rodzajów wykładni, to i tak podkreślenia wymaga pierwszeństwo wykładni językowej nad wszelkimi innymi jej rodzajami i brak możliwości zastosowania wykładni celowościowej, funkcjonalnej lub aksjologicznej w opozycji do wykładni językowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 25.10.2016 r. sygn. akt I UK 386/15). Izba stwierdziła, że ferowana przez odwołującego interpretacja pod pozorem stosowania wykładni funkcjonalnej i celowościowej, jest wprost sprzeczna z brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż w sposób nieuprawniony rozszerza granice omawianej normy poprzez narzucenie na zamawiającego dodatkowych obowiązków i warunków zastosowania przepisu, które odwołujący wywiódł z błędnie zastosowanej triady interpretacyjnej w postaci wykładni gramatycznej, teleologicznej i funkcjonalnej.

Twierdzenia odwołującego w tym zakresie stanowią jego indywidualną interpretację, która w swojej istocie z weryfikowalnego procesu odczytu normy, wychodząc z jej treści na jej cel i osadzenie w systemie prawa, przechodzi w twórczy proces jej rozbudowania ponad to, co ustawodawca uznał za konieczne - poprzez blankietowe odwoływanie się do zasad

generalnych p.z.p., które ustawodawcy były przecież znane. Finalnie, sugestie odwołującego co do postawienia zamawiającemu takich dodatkowych – nieznanych ustawie wymogów, w zakresie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, nie znajdują poparcia ani w brzmieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ani w zasadach prowadzenia wykładni przepisów prawa – od wykładni językowej poprzez systemową, funkcjonalną i celowościową. Żadna z tych metod wykładni nie ujawnia takiej wadliwości normy art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., która wymagałaby uzupełniania tej normy o niezawarte w przepisie treści – czy, mówiąc potocznie, poprawiania ustawodawcy.

Należy również podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji – art. 32 dyrektywy zamówieniowej - należy interpretować w sposób ścisły i zawężający (m.in. wyr. TSUE: z 3.5.1994 r. w sprawie C-328/92, z 28.3.1996 r. w sprawie C-318/94, z 14.9.2004 r. w sprawie C-385/02, z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07), co ma również odzwierciedlenie w obowiązku zawężającej i ścisłej wykładni przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, wskazanym w wyrokach Sądu Najwyższego m.in. z 12.05.2016 r. sygn. akt I CSK 335/15, z 6.07.2001 r. sygn. akt III RN 16/01.

Zasadę tą całkowicie pominął odwołujący, dokonując pod pozorem wykładni celowościowej i funkcjonalnej, z powołaniem za zasady prawa UE i zasady ogólne p.z.p., w sposób rozszerzający dodania do przepisu treści, której ten przepis nie zawiera. Odwołujący dalej wywiódł z tej dodatkowej treści odmienną od istniejącej w systemie prawa normę, zezwalającą na zastosowanie trybu z wolnej ręki wyłącznie poprzez obwarowanie postępowania zamawiającego dodatkowymi wymogami i obowiązkami. Proces myślowy, który legł u podstaw takiej rekonstrukcji normy znajdującej zastosowanie do działania zamawiającego odbył się ze znacznym przekroczeniem wykładni gramatycznej.

Przyjmując układ argumentacji podniesionej w odwołaniu Izba wskazuje co następuje. Odwołujący podniósł, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki ma być sposobem nabycia usług w przypadku, gdy obiektywnie nie da się stwierdzić braku konkurencji lub gdy nabycie usług przez zamawiającego na rynku konkurencyjnym nie będzie dla zamawiającego najlepszym rozwiązaniem. W ocenie Izby nie jest możliwe, wobec tak jasnego brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zastosowanie takiego modelu wykładni celowościowej, która całkowicie zmieniałaby pojęcia jasne, i wprowadzenie dodatkowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, z przekroczeniem treści normy, jak chciałby tego odwołujący.

Zauważyć należy, że ustawodawca unijny, jak również ustawodawca krajowy dopuszczają zastosowanie trybu negocjacyjnego, kiedy na rynku istnieje konkurencja – gdy złożono oferty, jednakże żadna z nich nie może z powodów procedury zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem odwołujący postuluje nałożenie w sposób dowolny na

zamawiającego obowiązku dodatkowego wykazania nieznannej ustawie przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bez odpowiedniego aksjologicznego uzasadnienia modyfikacji zakresu unormowania, ustalonego w oparciu o językowe dyrektywy interpretacyjne – dokonując, za ustawodawcę, korekty omawianej normy. Należy również zaznaczyć, że przyjęcie argumentacji odwołującego prowadziłoby do wniosku, że nie jest możliwe udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, gdyż teoretycznie zawsze możliwe byłoby zastosowanie trybu podstawowego lub bardziej konkurencyjnego.

Izba nie znalazła również podstaw dla przyjęcia twierdzenia odwołującego, że zamawiający winien wykazać, że decyzja o wyborze trybu z wolnej ręki uwzględnia jego największą przydatność dla osiągnięcia wskazanych przez odwołującego celów, czy dodatkowego badania, niesprecyzowanych przez wnoszącego środek ochrony prawnej, korzyści dla interesu publicznego.

Po pierwsze, ani ustawodawca unijny, ani krajowy nie zdecydował się na wprowadzenie dodatkowej przesłanki wskazania, a następnie wartościowania i wykazywania dodatkowych korzyści i celów, jak chciałby tego odwołujący, ponadto podniesione przez odwołującego cele wybrał on arbitralnie – w dostosowaniu do posiadanych przez odwołującego podmiotowych właściwości, bez wykazania, że istnieje podstawa do przyjęcia, że cel odwołującego winien być celem zamawiającego.

Po wtóre odwołujący oparł swoją argumentację na braku wskazania przez zamawiającego dlaczego udzielił zamówienia przystępującemu, kiedy to odwołujący posiada ostateczne pozwolenie na prowadzenie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w szczególności o statusie instalacji regionalnej i stosuje w swym zakładzie najnowsze technologie dotyczące poziomu odzysku odpadów. Jednakże umknęło uwadze odwołującego, że stawiając zarzuty dotyczące właściwości podmiotowych wykonawcy - czy to wybranego przystępującego, czy wskazując na priorytet własnych przymiotów - dotyczą one nie wykładni zastosowanego trybu art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a bezpośrednio podmiotu, który będzie wykonywał zamówienie. Jest to istotne, gdyż przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki nie odnoszą się do właściwości wykonawcy, a wskazują na uwarunkowania związane z wcześniej prowadzonym postępowaniem i warunkami zamówienia. Innymi słowy dotyczy ona *stricte* procedury p.z.p., nie odnosząc się do przymiotów wykonawcy, zatem zastosowane przez odwołującego zaskarżenie prawidłowości wyboru trybu z wolnej ręki, poprzez deprecjację przymiotów wybranego wykonawcy i usiłowanie przekonania, że to odwołujący jest najwłaściwszym do wykonania umowy, nie mogło odnieść zamierzonego skutku, jakim miałyby być stwierdzenie wadliwie zastosowanego trybu z wolnej ręki.

Odwołujący stawiając zarzuty co do braku zapewnienia celu postępowania, który narzucił we wniesionym środku ochrony prawnej nie wykazał dlaczego akurat te cele, a nie inne byłyby uzasadnione. Jednakże, nawet po przyjęciu twierdzeń odwołującego i skupieniu

się na celu ekonomicznym i środowiskowym postępowania, stwierdzić należy, że nie sprostał on w tym zakresie ciężarowi dowodowemu, bowiem nie wykazano, że obecnie ukształtowane postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybranych przez odwołującego celów nie spełnia.

Mając na uwadze jednolity pogląd orzecznictwa Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w przedmiocie formułowania tez dowodowych, w tym o aspekcie negatywnym (por. wywód Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 16.04.2003 r., sygn. akt II CKN 1409/00 czy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., II CSK 449/09) ciężar wykazania, że doszło do niespełnienia celów postępowania, w tym ekonomicznego i środowiskowego spoczywa na odwołującym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z *zasadą ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z którego wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś odwołujący poprzestał na sformułowaniu celów postępowania i ferowaniu stanowiska, zgodnie z którym to odwołujący postawione przez siebie cele spełnia w sposób najlepszy.

W zakresie celu ekonomicznego brak jest w odwołaniu okoliczności faktycznych wskazujących, że cel ten nie został spełniony, odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do wynegocjowanej ceny, pozostając przy stwierdzeniach, że zamawiający winien spełnienie celu finansowego wykazać.

W przedmiocie celu środowiskowego podkreślono, że odwołujący stosuje w swoim zakładzie najnowsze technologie, dzięki którym uzyskuje najwyższe w m. st. Warszawie poziomy odzysku odpadów i oprócz możliwości konkurencji ceną, spełniony zostaje cel środowiskowy. Zatem, wbrew art. 6 k.c., pominięto element, w którym należy wykazać, że cel środowiskowy nie został przez zamawiającego spełniony i skupiono się na dalszym kroku – podnoszeniu, że to odwołujący w sposób najlepszy cel ten spełnia. Tym niemniej, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający zadbał o spełnienie przez prowadzone postępowania celu środowiskowego, poprzez wymóg gwarantowanego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów na poziomie nie niższym niż 45%, zatem cel ten został spełniony i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie pozostały gołosłowne i zmierzały wyłącznie do poprawy jego własnej sytuacji procesowej poprzez zastąpienie zamawiającego w ocenie tego, jakie cele powinny być przez niego uznane za istotne i jaka jest wartość tych celów.

Natomiast w przedmiocie ostatecznego pozwolenia zintegrowanego podkreślić należy, że w żadnym postępowaniu – ani prowadzonym w trybie przetargu, ani w trybie

z wolnej ręki - zamawiający nie wymagał pozwoleń, w tym zintegrowanego pozwolenia, na które wskazał odwołujący. Zaś przyjęcie argumentacji odwołującego naruszyłoby zakaz wskazany w art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który zabrania dokonywania zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Niewątpliwie brak wymogu pozwoleń na etapie postępowania jest okolicznością istotną i rozszerza konkurencję w postępowaniu – zamawiający weryfikuje pozwolenie dopiero na etapie realizacji umowy, nie jest one wymagane w momencie złożenia oferty. Przychylenie się do argumentacji odwołującego nie znajduje uzasadnionych podstaw, zaś jedynym skutkiem wymogu takiego pozwolenia na etapie przed podpisaniem umowy byłoby nieuprawnione zawężenie rynku do jednego podmiotu, który w chwili obecnej posiada pozwolenie – spowodowałyby monopol odwołującego.

W zakresie wniosków dowodowych, zarówno odwołujący jak i zamawiający przedstawili informacje z otwarcia ofert dot. postępowań prowadzonych w trybie przetargów – zawierały one fakty, które były bezsporne, na okoliczność wysokości cen i na potwierdzenie złożenia ofert. Odwołujący przedłożył ponadto wyciąg z planu gospodarki odpadami dla Województwa Mazowieckiego 2000-2024, zaś zamawiający wyciąg z umowy wykonawczej. Dowody te zostały przez Izbę włączone w poczet akt sprawy, choć okazały się one nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu.

Odwołujący złożył również dokument zatytułowany "opinia prawno – naukowa dotycząca decyzji o wyborze trybu o udzielenie zamówienia publicznego" z dnia 23.04.2018 r. – dokument ten okazał się nieprzydatny z punktu widzenia rozstrzygnięcia, jako nie mający związku z przedmiotową sprawą, rozumianą jako spór pomiędzy stronami w zakresie konkretnego zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią opinia prywatna strony dotyczy „udzielenia odpowiedzi na pytanie czy podejmując decyzję o wyborze zamówienia z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 12-15 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany do stosowania zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji”.

Izba nie znalazła podstaw do przychylenia się do złożonego przez odwołującego wniosku o zwrócenie się to Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi. Przedłożone pytania nie dotyczą kwestii niezbędnych do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, prawo krajowe nie jest sprzeczne z prawem unijnym, zaś pytania znacznie przekraczają granice odwołania – dotyczyły wszystkich przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, kiedy środek zaskarżenia został wniesiony wyłącznie wobec art. 67 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz dotyczą prawidłowości implementacji art. 18 i art. 32 zamówieniowej, co przekracza zakres zaskarżenia. Ponadto treść pytań stanowi subiektywną ocenę, z naruszeniem zasad wykładni, przytoczonych norm, kiedy wykładania prawa unijnego jest oczywista i wynika wprost z nie budzącej wątpliwości treści przepisów. W związku z powyższym odpowiedzi na postawione pytania nie są niezbędne do wydania wyroku i w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zachodzi potrzeba skierowania pytań do TSUE.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzeniem pełnomocnika – na podstawie przedłożonej faktury VAT, w kwocie maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....