

Warszawa, 23 października 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

ODWOŁUJĄCY:

Izba Branży Komunalnej

al. Jerozolimskie 53/302

00-697 Warszawa

KRS: 0000920452

reprezentowana przez:

Dominika Marczyka

Przewodniczącego Izby

Tel.: 22 830 07 76

e-mail: biuro@ibk.net.pl

ZAMAWIAJĄCY:

Gmina Miejska Lubin

ul. Jana Kilińskiego 10

59-300 Lubin

REGON:

e-mail: zamowieniapubliczne@um.lubin.pl

podmiot prowadzący postępowanie:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i

Kanalizacji Sp. z o.o.

ul. Rzeźnicza 1, 59-300 Lubin

REGON: 390273655

zamowieniapubliczne@mpwik.lubin.pl

Dot.: postępowania na „Odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin” (znak sprawy: ZP5/2025)

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano 13 października 2025 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00472012.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Izby Branży Komunalnej z siedzibą w Warszawie – jako uprawniony do jednoosobowego reprezentowania Odwołującego Przewodniczący Izby, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- zamiarze udzielenia zamówienia w ramach trybu z wolnej ręki, prowadzącego do udzielenia zamówienia publicznego na *„Odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin”*, na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie (dalej jako: „MPO”),
- niewykazaniu przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na skutek czego Zamawiający przyjął, że dopuszczalne jest udzielenie MPO tego zamówienia.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- (1) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a p.z.p. w zw. z art. 216 ust. 1 p.z.p. oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 2439)**, poprzez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające na nie podaniu i nie wyjaśnieniu jednego z wymaganych łącznie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. warunków udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a p.z.p., zgodnie z którym 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,
- (2) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 i art. 216 ust. 1 p.z.p. oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 2439)**, poprzez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające na nie podaniu i nie wyjaśnieniu jednego z wymaganych łącznie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. warunków udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p., zgodnie z którym ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej musi dotyczyć 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,

- (3) **art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. i art. 214 ust. 6 i 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej jako „k.c.” oraz art. 58 § 1 k.c.,** poprzez zamiar udzielenia spółce MPO zamówienia in house w sytuacji, **gdy z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że pozorna reorganizacja MPO,** pozwala na wyłącznie formalne wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w celu udzielenia zamówienia in house, w tym poprzez możliwość zastosowania wiarygodnych prognoz handlowych, **co wskazuje na obejście przepisów prawa i czyni wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki nieważnym z mocy prawa,** a ponadto skorzystanie przez Zamawiającego z trybu z wolnej ręki jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do udzielenia zamówienia w tym trybie oraz stanowi to jednocześnie naruszenie podstawowych zasad p.z.p., w szczególności zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości,
- (4) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.** poprzez zamiar udzielenia MPO zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami p.z.p., tj. wobec niewykazania przez Zamawiającego spełnienia wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., w szczególności niewykazania przez niego, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego i niezasadne oparcie się w tym zakresie na prognozach handlowych w sytuacji, gdy dane finansowe za ostatnie 3 lata są adekwatne i pozwalają na ustalenie przychodu z wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego i powinny być one brane pod uwagę przy weryfikowaniu, czy po stronie Zamawiającego są spełnione przesłanki udzielenia zamówienia in house,

Mając na względzie powyższe zarzuty, wnoszę o:

- (1) uwzględnienie odwołania w całości,
- (2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla tego zamówienia,

- (3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmierzającej do zawarcia z MPO umowy z wolnej ręki, której przedmiotem ma być odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin,
- (4) zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych, na podstawie faktury VAT złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Wniosek o odroczenie rozprawy

Ponadto, na podstawie art. 550 ust. 1 p.z.p., wnoszę o odroczenie rozprawy do czasu wydania orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-692/23 AVR-Afvalverwerking BV, ponieważ sprawa zawisła przed Trybunałem dotyczy analogicznego stanu faktycznego, w tym w szczególności konieczności badania skonsolidowanego obrotu podmiotów powiązanych w realiach udzielania zamówień in house.

W podobnej sprawie w sprawie ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 311/25, zawisłej przed Sądem ds. Zamówień Publicznych, Sąd wydał postanowienie z 23 lipca 2025 r., sygn. akt XXIII Zs 55/25, o zawieszeniu postępowania skargowego do czasu rozstrzygnięcia przez TSUE sprawy C-692/23.

Termin

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia, objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od powzięcia informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia.

Odwołujący powziął informację o zaskarżonych czynnościach Zamawiającego z Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nr 2025/BZP 00472012 z dnia 13 października 2025 r.

To odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Izba Branży Komunalnej jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 505 ust. 2 p.z.p. Wpis na listę pod poz. 155. został dokonany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dnia 19 marca 2024 r. na podstawie decyzji nr DP.O.025.1.2024.OS. Organizacje wpisane na tą listę mogą wnosić środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

W trybie zamówienia z wolnej ręki ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia pełni rolę, jaką w innych trybach udzielania zamówienia publicznego pełni ogłoszenie wszczynające postępowanie, tj. w szczególności informuje wszystkich zainteresowanych, że postępowanie takie jest przez Zamawiającego prowadzone. Na podstawie art. 216 ust. 1 p.z.p. publikowanie tego ogłoszenia jest obligatoryjne w przypadku udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.

Z kolei na podstawie art. 216 ust. 2 p.z.p. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia, udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Tak ukształtowane postanowienia p.z.p. potwierdzają, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma umożliwić uzyskanie informacji przez podmioty zainteresowane o prowadzeniu postępowania oraz umożliwić im złożenie odwołania wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności. To odwołanie jest rozpoznawane jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zbliża je charakterem do innych ogłoszeń wszczynających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

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

Należy podkreślić, że Izba Branży Komunalnej wnosi odwołanie również wobec dokumentów zamówienia (analizy spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.), które w tej sprawie zostały sporządzone w sposób nieprawidłowy oraz w taki sposób by wykazać spełnienie przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., mimo iż przesłanki te nie istnieją lub stanowią obejście prawa.

Organizacje takie jak Izba Branży Komunalnej nie muszą posiadać i wykazywać interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. (por. wyrok KIO z 16 lutego 2015 r., KIO 229/15), ponieważ reprezentują interesy grupy wykonawców, wobec czego działają w interesie zbiorowym, nie będąc same zainteresowane pozyskaniem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

I STAN FAKTYCZNY

1. Dnia 13 października 2025 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na „Odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin”, które ma być udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.
2. Zamówienie jest prowadzone przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Lubinie („MPWiK”), w której 100 % udziałów posiada Zamawiający. MPWiK z kolei tworzy grupę kapitałową, w skład której wchodzi między innymi Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Lubinie („MPO”). Prowadzona reorganizacja MPO oraz przygotowane w ramach planu reorganizacji prognozy handlowe, mają według Zamawiającego wykazać spełnienie przesłanek dla udzielenia zamówienia in house, a to ze względu na rzekomą wiarygodność tych prognoz.
3. W ocenie Odwołującego zaproponowana przez Zamawiającego formuła nie pozwala na udzielenie zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., bowiem przeprowadzona reorganizacja ma charakter pozorny (por. art. 214 ust. 7 p.z.p.), a tym samym zmierza do obejścia przepisów p.z.p.
4. Przesłanki dla udzielenia zamówienia w formule in house nie znajdują potwierdzenia w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (dalej: „Ogłoszenie”), gdzie uzasadnienie faktyczne i prawne ma charakter szczytkowy. Nie sposób także odnaleźć jakiegokolwiek rozwinięcia tego uzasadnienia ani na stronie postępowania: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-1cee16d5-02c1-40e7-80b0-12672a5011a2>, ani też wskazanej w ogłoszeniu stronie internetowej: <https://www.mpwik.lubin.pl/Biuletyn-Informacji-Publicznej>.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

5. Jak stanowi art. 213 ust. 1 p.z.p., zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.
6. Z kolei zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej

osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Spełnienie powyższych przesłanek pozwala zamawiającemu skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki.

- 7. Jak wskazuje się w doktrynie, *celem trybu z wolnej ręki jest daleko idące odformalizowanie oraz przyśpieszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego w okolicznościach świadczących o braku rzeczywistej konkurencji w zakresie zamawianych usług, dostaw lub robót budowlanych lub w innych szczególnych okolicznościach uzasadniających celowość bądź konieczność szybkiego wyboru wykonawcy*¹.
- 8. Zamówienie z wolnej ręki jest więc wyjątkiem od stosowania konkurencyjnych trybów wyboru wykonawcy i z tego względu przepisy o trybie zamówienia z wolnej ręki powinny być stosowane wyjątkowo.
- 9. Skoro więc zamówienie z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy, jako tryb udzielenia zamówienia który wyłącza konkurencję na rynku i nie pozwala wyłonić najkorzystniejszej oferty w konkursie ofert, to przesłanki do udzielenia zamówienia in house – podobnie jak wszystkie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki – **należy rozumieć ściśle**. Wykładnia tych przepisów nie może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający może korzystać z trybu z wolnej ręki w sposób nieograniczony, lekceważąc **podstawowe zasady p.z.p.** (uczciwa konkurencja, równe traktowanie wykonawców) i **prymat udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych**.

II.1. BRAK WYKAZANIA PRZESŁANEK UDZIELENIA ZAMÓWIENIA IN-HOUSE

- 10. Zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy podstaw zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. Jak wynika z treści ogłoszenia:

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, [red.] H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023.

1. Art. 214 ust. 1 pkt 11 a Kontrolę nad MPO sprawuje Spółka posiadająca w MPO 100% udziałów, tj. MPWiK, zaś Gmina Miejska Lubin (dalej GML) sprawuje pełną kontrolę nad MPWiK, ponieważ posiada 100% udziałów w MPWiK.

2. Art. 214 ust. 1 pkt 11b W przypadku MPO ze względu na przyjęty i wdrożony Plan reorganizacji ustalenie procenta działalności, o którym mowa powyżej byłoby nieadekwatne. Wdrożenie planu reorganizacji zakładało i doprowadziło bowiem do istotnej i trwałej zmiany zakresu działalności MPO poprzez nakierowanie aktywności na wykonywanie zadań na rzecz GML. Następstwem tego stała się istotna zmiana struktury przychodów MPO, w której obecnie dominują przychody uzyskiwane z tytułu zadań wykonywanych na rzecz GML. Z tych powodów spełnianie warunku dotyczącego procenta działalności ustalono na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych ujętych w Planie reorganizacji MPO.

3. Art. 214 ust. 1 pkt 11 c Wszystkie udziały w MPO posiada MPWiK, a wszystkie udziały w MPWiK posiada GML.

11. Przedstawione przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienie faktyczne jest niewystarczające i zbyt lakoniczne. Idąc przez kolejne przesłanki udzielenia zamówienia in house określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., to zgodnie z lit. a tego przepisu udzielić zamówienia in house może, zamawiający, który sprawuje nad 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.
12. Z ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w żaden sposób nie wynika w jaki sposób odbywa się sprawowanie kontroli nad wykonawcą, jak powoływani są przez zamawiającego członkowie rady nadzorczej oraz czy przysługuje mu pełne prawo głosu jako walne zgromadzenie i czy posiada dominujący wpływ na cele strategiczne spółki i zakres jej działania. Zamawiający nie odwołał się do żadnych mechanizmów kontrolnych, czy kompetencji, które wskazywałyby na faktyczny wpływ zamawiającego na istotne decyzje zarządcze MPO. W zasadzie jedyną okolicznością, z której wywodzi fakt sprawowania kontroli to posiadanie 100% udziałów w MPO przez MPWiK i posiadanie 100% udziałów w MPWiK przez Gminę Miejską Lubin.
13. Uzasadnienie nie zawiera i nie odnosi się do żadnych regulacji umownych czy korporacyjnych, z których wynikałby fakt sprawowania kontroli nad MPO. Jak wynika z wyroku TSUE z 13 sierpnia 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605, Trybunał zwrócił, że nawet w sytuacji, w której zamawiający ma 100% udziałów w

kontrolowanej spółce, mogą zaistnieć okoliczności, które osłabiają kontrolę zamawiającego nad podległą osobą prawną, a w konsekwencji nie będzie możliwe uznanie zamawiającego za podmiot sprawujący kontrolę w rozumieniu przepisów o in house. Wśród tych okoliczności TSUE wymienia m. in. autonomiczne rozszerzenie działalności spółki na nowe sektory, rozszerzenie zasięgu terytorialnego działalności spółki – szczególnie w ujęciu międzynarodowym, przyznanie przez jednostkę nadzorującą znaczących uprawnień zarządowi spółki – co może oddziaływać na charakter relacji, czy też niemożność wykorzystania przez zamawiającego posiadanych 100% udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników), szczególnie połączona z koniecznością uzyskania zgody innego organu na podejmowanie wszystkich lub niektórych strategicznych decyzji, w tym zmiany zarządu (por. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. II, Warszawa 2023).

14. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23.12.2024 r., KIO 4503/24, odnosząc się do wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a p.z.p., *powołany przepis wymaga wykazania mechanizmów, kontrolujących autonomię Spółki i wpływu na istotne decyzje, dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej, ograniczającego tę autonomię. Takiego wykazania tutaj zabrakło. Zasadnie też odwołujący wskazywał, że 100 % udziałowiec ma wpływ na cele strategiczne Spółki, ale już z samego faktu posiadania 100 % udziałów nie wynika istnienie mechanizmu kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi Gminy ani tym bardziej istnienie dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Zamawiający nie spełnił żadnej z tych przesłanek, lecz poprzestał na odniesieniu się do własności udziałów.*
15. Ponadto, Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p., ponieważ hasłowo powołuje się na „Plan reorganizacji MPO”, jednak dokument ten nie został załączony do ogłoszenia, a z treści samego uzasadnienia nie wynika jaki procent przychodów, zdaniem Zamawiającego, zostanie osiągnięty, a tym samym czy w ogóle zostanie osiągnięty, na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych, wskaźnik 90% wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.
16. Można się jedynie domyślać, że Zamawiający opiera się na wiarygodnych prognozach handlowych, nie ma jednak uzasadnienia dlaczego aktualne dane finansowe są niewiarygodne. Podstawą ustalenia procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej, która dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej

przez zamawiającego sprawującego kontrolę, jest średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, co wynika bezpośrednio z treści art. 214 ust. 5 p.z.p. Dopiero, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, ten procent działalności, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, zgodnie z art. 214 ust. 6 p.z.p.

17. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy musi wskazywać wszystkie okoliczności potwierdzające spełnianie przesłanek dla udzielenia zamówienia in house, którymi kierował się zamawiający. Jest to obowiązek zamawiającego z którym z kolei skorelowane jest uprawnienie innych wykonawców do kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2022 r., KIO 3666/21, to *na zamawiającym spoczywają określone obowiązki informacyjne, w szczególności związane z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe uzasadnienie jest o tyle istotne, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach zapewniających konkurencję. Dlatego też powyższe uzasadnienie powinno w sposób pełny przedstawiać i wykazywać podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. (...) Tym samym, to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PrZamPubl, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.*
18. Zamawiający nie wykazał więc spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a i b p.z.p., mimo że winien był wykazać ich spełnienie w uzasadnieniu faktycznym i prawnym. Ich ogólnikowe i nie korespondujące z określonymi w ustawie wymogami twierdzenia Zamawiającego potwierdzają, że nie wykazał on w uzasadnieniu spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a i b p.z.p.

II.2. REORGANIZACJA MPO PRZEPROWADZONA DLA POZORU; OBEJŚCIE P.Z.P.

19. Niezależnie od braków dowodowych, o których była mowa powyżej, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje również dalej idące naruszenia, w tym w zakresie pozornej reorganizacji, która opiera się wyłącznie na lakonicznych i hasłowych stwierdzeniach i nie ma charakteru rzeczywistego.

20. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie może udzielić zamówienia in house spółce MPO, ponieważ ta spółka nie spełnia ustawowych kryteriów określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b p.z.p., ponieważ spółka nie osiąga wskaźnika 90% działalności wykonywanej jako zadania powierzone jej przez Zamawiającego w okresie ostatnich 3 lat. Prowadzone postępowanie stanowi więc próbę obejścia przepisów prawa.
21. Warto zwrócić uwagę, że skoro mówimy o zamówieniach in house, to mamy na myśli zamówienia wewnętrzne, a więc udzielane niejako w ramach struktury organizacyjnej gminy. Spółka, której udzielane jest zamówienie in house, ma stanowić emanację gminy, co znajduje potwierdzenie w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a p.z.p., który stawia wymóg sprawowania kontroli nad własną spółką jak nad własną jednostką. Przepisy mają zapewniać ograniczenie negatywnego wpływu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na konkurencyjność, ponieważ zamówienie in house wyłącza konkurencję na danym rynku właściwym w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Jak bowiem wynika z uzasadnienia do ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, której przepisy wprowadziły zamówienia in house jako przesłanki udzielania zamówienia z wolnej ręki:
- (...) projekt zawiera propozycję, aby tzw. zamówienia in-house były udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki, a same przesłanki zostały zmodyfikowane – w stosunku do dyrektywy – w taki sposób, aby podmioty, które **otrzymują zlecenia bez przetargu, w zasadzie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku.***
22. Jak z kolei wynika ze stanowiska Ministra Klimatu i Środowiska zawartego w odpowiedzi na interpelację poselską nr 927, DGO-OK.050.2.2024.AAG z 16.02.2024, zachowanie możliwości wyboru określonego trybu udzielenia zamówienia publicznego przez gminy, jest niezbędne. Pozwala to zachować konkurencję na rynku odbioru i gospodarowania odpadami komunalnymi, zachować transparentny proces zakupu usług oraz chroni interes publiczny. Trzeba też pamiętać, że są gminy, które nie posiadają własnych spółek i będą korzystać z usług podmiotów rynkowych, w celu zapewnienia usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. **Obecnie funkcjonujące rozwiązanie stanowi kompromis pomiędzy zapewnieniem konkurencyjności na rynku oraz zapewnieniem możliwości gminom tworzenia i organizacji systemu gospodarowania odpadami komunalnymi na swoim terenie.**
23. Przepis art. 214 ust. 7 p.z.p. stanowi, że wymaganie procentu działalności, dotyczącego wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której

mowa w art. 214 ust. 6 p.z.p., została przeprowadzona dla pozorów. Skoro wyłączona w zamówieniach z wolnej ręki jest reorganizacja dla pozorów, to w tych samych kategoriach należy oceniać utworzenie nowej spółki komunalnej dla celów udzielenia jej zamówienia in-house.

24. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2023 r., KIO 3483/22: **za reorganizację pozorną, należy uznać taką reorganizację, która stwarza pozory wprowadzenia zmian, w celu wywołania u podmiotów zewnętrznych (odbiorcy zewnętrznego) przeświadczenia, że została ona przeprowadzona, ale w istocie nie modyfikuje sposobu zorganizowania osoby prawnej.**
25. Wymaga podkreślenia, zgodnie z wyrokiem TSUE z 8 grudnia 2016 r., C-553/15, Undis Servizi Srl p-ko di Sulmona, że wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. **Z kolei jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu (...).** TSUE wyraźnie dostrzega zatem skutek zamówień in house, jakim jest wyłączenie konkurencji, której zamówienia publiczne mają sprzyjać. Tworzenie konstrukcji, które jednocześnie pozwalają funkcjonować w oparciu o in house, jak i komercyjnie, stanowi naruszenie przepisów Dyrektywy 2014/24/UE i p.z.p.
26. Dodatkowo wskazać należy, że w myśl art. 214 ust. 5 p.z.p. do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b (...) uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną (...) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że co do zasady dane finansowe, na których należy opierać się na gruncie art. 214 ust. 5 p.z.p. to dane zawarte w sprawozdaniach finansowych (por.

wyroki KIO z 22 listopada 2021 r., KIO 3096/21, z 7 lutego 2022 r., KIO 181/22, z 16 maja 2022 r., KIO 561/22, a odejście od sprawozdań następuje wtedy, gdy – przykładowo – sprawozdanie za dany rok nie zostało jeszcze sporządzone (wyrok KIO z 7 lutego 2022 r., KIO 181/22).

27. Z orzecznictwa TSUE jednoznacznie wynika, że celem prawa Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oznacza obowiązek stosowania zasad dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych przewidzianych przez właściwe dyrektywy, jeżeli instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, zamierza zawrzeć z innym prawnie odrębnym podmiotem pisemną odpłatną umowę, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest sam instytucją zamawiającą czy nie (zob. m. in. wyroki TSUE z 18 listopada 1999 r., Teckal, C 107/98, pkt 51, z 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C 26/03, pkt. 44 i 47).
28. Każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega ścisłej wykładni (tak TSUE w wyrokach z 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C 26/03, EU:C:2005:5, pkt 46 i z 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C 15/13, pkt 23). Z uwagi na to, że organ administracji publicznej ma możliwość wykonywania należących do niego zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych oraz że nie jest on zobowiązany do posługiwania się podmiotami zewnętrznymi nienależącymi do jego służb, Trybunał uzasadnił uznanie wyjątku w zakresie udzielania zamówień „in house” szczególnym powiązaniem wewnętrznym istniejącym w takim przypadku pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia, nawet jeżeli podmiot ten jest prawnie odrębny od tej instytucji (por. wyrok z 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C 15/13, pkt 29). W takich przypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca w rzeczywistości korzysta ze środków własnych (por. wyrok z 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C 15/13, pkt 25) oraz że podmiot, któremu udzielono zamówienia, stanowi niemalże część wewnętrznych służb tej instytucji.
29. Przechodząc na grunt przepisów Kodeksu spółek handlowych, MPWiK jest spółką matką i jednocześnie spółką dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. wobec MPO – spółki córki, która jest spółką zależną w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. MPWiK posiada bowiem 100% udziałów w MPO i tym samym dysponuje całością głosów na zgromadzeniu wspólników.

30. Konsekwentnie na gruncie ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2023 r. poz. 120, dalej: „u.r.”) relacja spółek to jednostka dominująca – MPWiK (art. 3 ust. 1 pkt 37 u.r.) oraz jednostka zależna – MPO (art. 3 ust. 1 pkt 39 u.r.).
31. Sprawozdania finansowe sporządzane są i publikowane z uwagi na chęć zapewnienia bezpieczeństwa obrotu. Służą temu, aby rzetelnie i jasno przedstawić sytuację majątkową i finansową oraz wynik finansowy podmiotu obowiązującego do sporządzenia sprawozdania (art. 4 ust. 1 u.r.). Z uwagi na charakter istniejących powiązań pomiędzy jednostką dominującą a jednostką zależną, ustawodawca przyjął, że konieczne jest sporządzanie jednego sprawozdania przez te spółki. W myśl art. 55 ust. 1 i 2 u.r.:
- 1. Jednostka dominująca, mająca siedzibę lub miejsce sprawowania zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, sporządza roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej, obejmujące dane jednostki dominującej i jednostek od niej zależnych wszystkich szczebli, bez względu na ich siedzibę, zestawione w taki sposób, jakby grupa kapitałowa stanowiła jedną jednostkę; sprawozdaniem tym obejmuje się również dane pozostałych jednostek podporządkowanych, zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozdziale.*
- 2. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe składa się z:*
- 1) skonsolidowanego bilansu;*
- 2) skonsolidowanego rachunku zysków i strat;*
- 3) skonsolidowanego rachunku przepływów pieniężnych;*
- 4) skonsolidowanego zestawienia zmian w kapitale (funduszu) własnym;*
- 5) informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do skonsolidowanego sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia.*
32. Jedno, skonsolidowane sprawozdanie ma przedstawiać rzeczywisty i jasny stan finansów jednostki dominującej i jednostek zależnych. Z tego powodu w sprawozdaniu wyeliminowane są m.in. skutki transakcji wewnątrzgrupowych, niezrealizowane zyski i straty na tych transakcjach, jak również są odzwierciedlone zmiany aktywów netto jednostek podporządkowanych.
33. Zamawiający powinien być mieć świadomość, iż sytuacja grupy kapitałowej MPWiK, w skład której wchodzi m.in. MPO, powinna być rozpatrywana z uwzględnieniem doktryny *single economic unit*, czyli doktryny grupy kapitałowej rozumianej jako jeden organizm gospodarczy, który pomimo że składa się z wielu oddzielnych bytów prawnych, ekonomiczne stanowi jeden podmiot². Jak wskazuje się w

² Por. wyroki TS: z 21.02.1973 r. w sprawie 6/72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECR 1973, s. 215; z 31.10.1974 r. w sprawie 16/74, *Centrafarm BV i Adriaan de Peijper v. Winthrop BV*, ECR 1974, s. 2283; z 24.10.1996 r. w sprawie C-

piśmiennictwie, „W przypadku istnienia relacji przedsiębiorca dominujący-przedsiębiorcy zależni nie można każdego z nich traktować jak odrębne przedsiębiorstwo, bowiem ze względu na wzajemne relacje przedsiębiorca zależny nie ma wystarczającej samodzielności, pomimo że ma oddzielny byt prawny”³.

34. Skoro procent działalności powierzonej ustala się na podstawie przychodu z działalności oraz sprawozdań finansowych, to w przypadku spółki dominującej i zależnej, należy oprzeć się na procencie przychodów spółki dominującej (MPWiK) i zależnych (w tym MPO) – na zasadach właściwych dla sprawozdań skonsolidowanych.

35. Takie „skonsolidowane” spojrzenie na strukturę przychodową w przypadku zamówień in house znajduje potwierdzenie w opinii rzecznika generalnego Athanasiosa Rantosa z 30 kwietnia 2025 r., w sprawie C-692/23, APR-Afvalverwerking BV:

(...) wymóg wykonywania przez daną osobę prawną zasadniczej części działalności razem z instytucją lub instytucjami zamawiającymi, do których należy, ma na celu zapewnienie, że dyrektywa ta będzie miała zastosowanie również w przypadku, gdy dana osoba prawna działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem taka osoba prawna nie musi być pozbawiona swobody działania przez sam fakt, że decyzje jej dotyczące są kontrolowane przez instytucje zamawiające, do których należy, jeśli może ona jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Trybunał dodał, że jeżeli natomiast świadczenia tejże osoby prawnej są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz instytucji zamawiających, wydaje się uzasadnione, aby osoba ta uniknęła ograniczeń ze wspomnianej dyrektywy, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu. Zgodnie bowiem z motywem 31 tejże dyrektywy wyjątki od obowiązku przeprowadzenia postępowania przetargowego nie powinny skutkować zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, stawiając prywatnych usługodawców w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

53. To właśnie ten cel powinien, moim zdaniem, kierować analizą przy ocenie zakresu obrotu, jaki ma znaczenie w sprawie. W związku z tym wyboru pomiędzy skonsolidowanymi lub nieskonsolidowanymi obrotami w ramach stosowania drugiego warunku ustanowionego w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/14 należy

73/95 P, *Viho Europe BVv. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECR 1996, s. I-5457, powołane za T. Skoczny (red.), M. Będkowski-Kozioł, *Ustawa o ochronie...*, s. 276.

³ C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, PPH 2011, nr 12, s. 29-34.

dokonywać w odniesieniu do stopnia, w jakim pozwalają one wykazać, czy kontrolowana osoba prawna prowadzi znaczną część działalności gospodarczej na rzecz instytucji zamawiających, które sprawują nad nią kontrolę, lub, przeciwnie, że wykonuje ona jedynie marginalną część działalności na rzecz innych wykonawców prywatnych. (...)

55. Po pierwsze bowiem, co do zasady, w takim przypadku **skonsolidowany obrót daje bardziej wierny obraz rzeczywistej i faktycznej wielkości kontrolowanej osoby prawnej, umożliwiając w ten sposób ocenę, czy może ona konkurować z innymi przedsiębiorstwami, nawet pośrednio, to znaczy z innymi przedsiębiorstwami, które są konkurentami kontrolowanych przez nią spółek zależnych.** Ze względu bowiem na tę kontrolę sprawowaną nad spółkami zależnymi – z punktu widzenia konkurencji – obroty zrealizowane przez spółki zależne mogą być „przypisane” spółce dominującej, w związku z czym wydaje się logiczne, aby ustalenia odsetka działalności wykonywanej w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez te instytucje zamawiające dokonywać poprzez odniesienie do tego obrotu skonsolidowanego. Nie można w tym względzie wykluczyć, że działalność kontrolowanych spółek zależnych grupy jest nierozdzielnie związana z wykonywaniem zadań powierzonych spółce dominującej, jeśli wręcz nie niezbędna ku temu, w związku z czym obrót zrealizowany przez te spółki zależne należy uwzględnić jako obrót zrealizowany w ramach wykonywania tych zadań.

56. Po drugie, **jeżeli spółka dominująca otrzymuje wsparcie w postaci udzielenia zamówienia in house, jest całkiem możliwe, że spółka zależna, nawet jeśli działa na innym rynku, korzysta z niego z materialnego punktu widzenia, co stawia ją w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do jej konkurentów. W praktyce ta ostatnia mogłaby zatem skorzystać ze zdolności kredytowej oraz zasobów ludzkich i materialnych spółki dominującej.** W tym samym duchu kontrolowana osoba prawna mogłaby sobie pozwolić na stosowanie stawek wyższych niż rynkowe wobec podmiotów publicznych, i oferować niższe ceny wobec podmiotów, które nie posiadają w niej udziałów, za pośrednictwem swoich spółek zależnych, prowadząc w ten sposób do nieuczciwej konkurencji wobec wykonawców prywatnych świadczących konkurencyjne usługi na rzecz tychże podmiotów.

57. **Po trzecie, i najważniejsze, wybór skonsolidowanego obrotu grupy pozwala ograniczyć ryzyko, że organy publiczne będą mogły obejść zasadę konkurencyjnego udzielenia zamówień w rozumieniu dyrektywy 2014/24 poprzez sztuczny podział struktury kontrolowanych przedsiębiorstw w celu zapewnienia fikcyjnej zgodności z progiem 80 % działalności.** Podmioty

*publiczne mogłyby bowiem w prosty sposób uniknąć konkurencji rynkowej, dzieląc w sposób czysto formalny przedsiębiorstwo na kilka spółek zależnych i przekazując im część obrotu zrealizowanego na rynku prywatnym w celu obejścia tego progu. Prowadziłoby to de facto do nadmiernie dużej liczby wyjątków od stosowania tej dyrektywy, a tym samym do ograniczenia konkurencji. **Osiągnięcie celu realizowanego przez tę dyrektywę, a w szczególności otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, byłoby zagrożone, gdyby instytucje zamawiające mogły stosować wybiegi maskujące udzielanie zamówień publicznym przedsiębiorstwom z kapitałem mieszanym.** Użycie obrotu skonsolidowanego pozwalałoby zatem na ograniczenie możliwości takiego obchodzenia przepisów.*

36. Odwołujący przyjmuje pogląd wyrażony w opinii rzecznika generalnego za własny, ponieważ znajduje on niemal dokładne zastosowanie do tej sprawy. Wszystkie obawy wyrażone przez rzecznika generalnego w sprawie C-692/23 znajdują potwierdzenie w tym postępowaniu, a materializują się w niniejszej sprawie, co zostanie omówione poniżej.
37. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że w przypadku zamówień z wolnej ręki udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., Zamawiający zobligowany jest do przedstawienia rzetelnie okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia w tym trybie i spełnienia przesłanek ustawowych. Rzekoma reorganizacja MPO jest jedynie hasłowa, a z treści Ogłoszenia w żaden sposób nie wynika, na czym ta reorganizacja miałaby polegać oraz dlaczego powoduje, że historyczne dane o przychodach miałyby być nieadekwatne do określenia, czy MPO spełnia warunek 90% przychodów od strony Zamawiającego.
38. Tym samym względy stojące za określonymi wymogami dla ogłoszenia o wszczęciu postępowania są analogiczne do intencji ustawodawcy dotyczącej sprawozdań finansowych (odpowiednio art. 216 p.z.p. i art. 4 u.r.). Zatem również z przyczyn aksjologicznych, zasadne jest łączne potraktowanie MPWiK i MPO w tej sprawie, jako spółek tworzących grupę kapitałową o rocznych obrotach przekraczających 100 milionów złotych.
39. W zaistniałym stanie faktycznym czynności Zamawiającego zostały dokonane dla obejścia ustawy – przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki uregulowanych w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. Tym samym w świetle art. 58 § 1 k.c. w. zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. czynności te są nieważne.

II.3. BRAK SPEŁNIENIA PRZESŁANKI DOTYCZĄCEJ PRZYCHODU

40. Odwołujący zarzuca również niewykazanie przez Zamawiającego przesłanki udzielenia zamówienia in house, o której mowa w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p., tj. przesłanki dotyczącej przychodów, co jest konsekwencją zarzutów odnoszących się do pozorności reorganizacji. Nawet jeśli Izba nie uznałaby za zasadne, że reorganizacja została przeprowadzona dla pozorów, to oznacza, że Zamawiający nie mógł posłużyć się wiarygodnymi prognozami handlowymi sporządzonymi dla samego MPO, gdyż zarówno dane finansowe, jak i wiarygodne prognozy handlowe winny być sporządzone dla całej grupy kapitałowej kontrolowanej przez Zamawiającego, a nie jedną wybraną spółkę z całej grupy kapitałowej MPWiK. (por. stanowisko rzecznika generalnego w sprawie C-692/23).
41. Dla udzielenia zamówienia in house wymagane jest także (obok konieczności spełnienia przesłanki kontroli i przesłanki braku kapitału prywatnego), aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło 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).
42. W odniesieniu do tej przesłanki udzielenia zamówienia in house Zamawiający wskazał w Uzasadnieniu następująco:
- „W przypadku MPO ze względu na przyjęty i wdrożony Plan reorganizacji ustalenie procenta działalności, o którym mowa powyżej byłoby nieadekwatne. Wdrożenie planu reorganizacji zakładało i doprowadziło bowiem do istotnej i trwałej zmiany zakresu działalności MPO poprzez nakierowanie aktywności na wykonywanie zadań na rzecz GML. Następstwem tego stała się istotna zmiana struktury przychodów MPO, w której obecnie dominują przychody uzyskiwane z tytułu zadań wykonywanych na rzecz GML. Z tych powodów spełnianie warunku dotyczącego procenta działalności ustalono na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych ujętych w Planie reorganizacji MPO.”*
43. **Tym samym Zamawiający zaniechał analizy przychodów, o której mowa w przepisie 214 ust. 5 p.z.p. i podjął próbę ustalenia przychodów za pomocą prognoz handlowych, powołując się na fakt reorganizacji MPO. Odwołujący zarzuca jednak, że zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 214 ust. 6 p.z.p. było niezasadne, z uwagi na: dostęp i adekwatność danych finansowych MPWiK i MPO – dane te, z uwagi na wzajemną relację pomiędzy spółkami nie powinny być pomijane przez Zamawiającego, ponieważ należy dla tych podmiotów sporządzać skonsolidowane sprawozdania finansowe, a podmioty te tworzą jedną grupę podmiotów powiązanych kapitałowo i właścicielsko.**
44. **W konsekwencji Odwołujący zarzuca, że w tym stanie faktycznym powinien znaleźć odpowiednie zastosowanie przepis art. 214 ust. 7 p.z.p.,**

zgodnie z którym: „Wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów”.

45. Jak przy tym podkreśla się w komentarzu do p.z.p. wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: **„Celem tej nowo wprowadzonej regulacji jest przeciwdziałanie sztucznemu kreowaniu przesłanek przez podmioty-strony zainteresowane udzieleniem zamówienia z ominięciem zasad konkurencji (na proces reorganizacji podmiotu kontrolowanego zasadniczy wpływ będzie miał zamawiający kontrolujący). Strony zainteresowane nie mogą wykorzystywać swobody w zakresie kształtowania prawnych form prowadzenia działalności podmiotu kontrolowanego (w szczególności przewidzianych w kodeksie spółek handlowych) oraz modyfikowania zakresu ich działalności jedynie w celu ukrycia, że w rzeczywistości podmiot kontrolowany prowadzi działalność (w więcej niż 10%) w zakresie niezwiązanym z wykonywaniem zadań na rzecz zamawiającego.** Zakres zastosowania (w odniesieniu do pozorności działań) art. 214 ust. 7 Pzp wykazuje podobieństwo do ogólnej regulacji zawartej w art. 58 § 1 Kc, zgodnie z którą czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Należy jednak wskazać, że w przypadku kreowania przesłanek do udzielenia zamówienia na zasadach wewnętrznych (współpracy publiczno-publicznej) oddzielna regulacja w Pzp jest potrzebna. Otóż sama reorganizacja podmiotu kontrolowanego obejmująca ewentualne zmiany formy prawnej i/lub zakresu działalności w taki sposób, że metoda obliczania procentu działalności da wynik mieszczący się w granicach przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c Pzp, nie jest sama w sobie czynnością (czynnościami) sprzeczną z bezwzględnie wiążącymi przepisami nakazującymi bądź zakazującymi określone zachowanie. **Czynnością sprzeczną z Pzp jest dopiero udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia przesłanek.** Przepisy statuujące przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki są bez wątpienia przepisami bezwzględnie obowiązującymi, natomiast nie ustalają prawnie przewidzianego zachowania w określonych okolicznościach (normy bezwzględnie wiążące, jak np. ogólne obowiązki ogłoszeniowe dla zamówień objętych zastosowaniem Pzp), natomiast wskazują okoliczności, w których dopuszczalne jest określone zachowanie (udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki). **Celem ukrytym pozornej**

reorganizacji nie jest uniknięcie stosowania przepisów Pzp, a raczej sztuczne wytworzenie okoliczności objętych przepisem łagodzącym warunki proceduralne udzielenia zamówienia i skorzystanie z jego dyspozycji w sposób formalnie uprawniony.” (zob. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. II, Warszawa 2023).

46. Tym samym Odwołujący stoi na stanowisku, że w tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 214 ust. 6 p.z.p., lecz był zobowiązany przeprowadzić analizę przychodów całej grupy kapitałowej MPWiK za ostatnie 3 lata jako adekwatnych, a co za tym idzie na ich podstawie dokonać analizy możliwości udzielenia zamówienia in house spółce MPO.
47. Zgodnie ze skonsolidowanym sprawozdaniem z działalności grupy MPWiK za rok 2024, struktura rzeczowa i terytorialna przychodów netto produktów i towarów przedstawia się następująco:

**STRUKTURA RZECZOWA I TERYTORIALNA PRZYCHODÓW NETTO
PRODUKTÓW I TOWARÓW**

Lp.	Przychody - tytuł	bieżący rok obrotowy	poprzedni rok obrotowy
1.	Przychody netto ze sprzedaży produktów (struktura rzeczowa - rodzaje działalności):	99 648 344,27	107 423 576,12
-	dostaw wody	17 233 062,75	16 743 143,99
-	odbiór ścieków	22 220 883,76	21 807 381,91
-	gospodarowanie odpadami	27 114 179,39	24 074 447,07
-	usługi laboratoryjne	3 097,60	8 141,24
-	naprawa pojazdów	134 207,39	121 267,82
-	najem lokali	2 205 675,20	842 575,32
-	sprzedaż lokali mieszkalnych	4 899 572,16	18 621 864,64
-	zarządzanie wspólnotami mieszkaniowymi	1 744 891,14	2 183 396,80
-	usługi z tytułu składowania odpadów	5 084 360,06	4 950 442,42
-	pozostałe usługi	289 832,39	502 057,19
-	odbiór, transport i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych	2 837 087,07	2 744 015,58
-	odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych	2 570 978,92	2 647 164,67
-	usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych	9 499,36	11 897,62
-	letnie utrzymanie czystości i porządku	6 172 296,72	5 595 364,03
-	zimowe utrzymanie czystości i porządku	3 902 583,97	3 582 160,74

- zarządzanie cmentarzami	2 965 417,08	2 806 062,85
- inna sprzedaż zewnętrzna	260 719,31	182 192,23
2. Przychody netto ze sprzedaży towarów i materiałów (struktura rzeczowa - rodzaje działalności):	1 670,00	5 606,63
- sprzedaż towarów i materiałów	1 670,00	5 606,63
RAZEM	99 650 014,27	107 429 182,75

Dowód: Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2024 r.

48. W skonsolidowanym sprawozdaniu finansowym MPWiK za okres od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r., wskazano także:

„Podstawowe źródło przychodów spółek stanowią:

- 1) przychody z tytułu dostawy wody i odprowadzania ścieków (MPWiK);*
- 2) przychody ze sprzedaży usług letniego i zimowego utrzymania czystości i porządku (MPO);*
- 3) przychody ze sprzedaży usług wywozu odpadów (MPO);*
- 4) przychody z tytułu składowania odpadów („MUNDO”);*
- 5) przychody ze sprzedaży lokali i zarządzania wspólnotami mieszkaniowymi (RTBS).*

Spółki świadczą swoje usługi głównie dla mieszkańców Gminy Miejskiej Lubin, a także dla Miasta i Gminy Ścinawa (m.in. wywóz odpadów).”

Dowód: Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2024 r.

49. Analogiczna struktura przychodów grupy kapitałowej MPWiK wynika ze skonsolidowanych sprawozdań finansowych za lata 2023 i 2022.

Dowód: Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2023 r.
Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2023 r.
Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2022 r.
Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2022 r.

50. Z danych zawartych w skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych grupy MPWiK jednoznacznie wynika, iż jedynie marginalna część działalności grupy (ok. 20 %) jest realizowana na rzecz Gminy Miejskiej Lubin. Reorganizacja działalności MPO (nawet nie mająca charakteru pozornego) nie jest w stanie spowodować, by nagle aż 90 % działalności grupy MPWiK było realizowane na rzecz Zamawiającego, gdyż nawet Miasto i Gmina Ścinawa jest wymieniane w sprawozdaniu działalności grupy MPWiK jako istotniejszy odbiorca usług i produktów grupy niż Gmina Miejska Lubin.

51. Tym samym ten zarzut uznać należy za zasadny.

Mając na względzie powyższe, odwołanie jest zasadne.

Załączniki:

1. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Odpis aktualny z KRS Odwołującego,
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe MPWiK za 2024 r.
5. Skonsolidowane sprawozdanie z działalności MPWiK za 2024 r.
6. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe MPWiK za 2023 r.
7. Skonsolidowane sprawozdanie z działalności MPWiK za 2023 r.
8. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe MPWiK za 2022 r.
9. Skonsolidowane sprawozdanie z działalności MPWiK za 2022 r.