

Opole, dnia 12 stycznia 2025 roku

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)
02-676 Warszawa
[AE:PL-38390-18806-HVTGC-26](#)

ODWOŁUJĄCY: **EkoPartner Recykling Sp. z o.o.**
ul. Zielona 3, 59-300 Lubin
tel. 76 759 12 40, e-mail: sekretariat@grupaceon.pl
zastępowany przez r.pr. Waldemara Gumienego
z Kancelarii GUMIENNY.eu
ul. Basztowa 8/9, 47-300 Krapkowice
tel. 77 445 93 72, e-mail: sekretariat@gumienny.eu

ZAMAWIAJĄCY: **Gmina Miejska Lubin**
ul. Kilińskiego 10, 59-300 Lubin
e-mail: zamowieniapubliczne@um.lubin.pl

Podmiot prowadzący postępowanie:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.
w Lubinie**

ul. Rzeźnicza 1, 59-300 Lubin
tel. 76 746 80 00, e-mail: zamowieniapubliczne@mpwik.lubin.pl

OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

*„Odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin”
(znak sprawy: ZP7/2025)*

NUMER OGŁOSZENIA BZP: 2025/BZP 00630872 z dnia 2025-12-31

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm. – zwanej dalej: „PZP”) wnoszę:

ODWOŁANIE

Wobec wszczęcia postępowania i zamiarze udzielenia ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki

ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW:

Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- A. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) i b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 129 ust. 2 PZP w zw. z art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 5 KC i art. 58 § 1 i § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zamiar udzielenia spółce Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Transport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (dalej: „MPOT”) zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, podczas gdy czynność prawna związania spółki MPOT oraz czynność udzielenia MPOT zamówienia publicznego to czynności prawne mające na celu osiągnięcie zakazanego skutku, jakim jest realizacja zamówienia publicznego w formule in-house przez podmiot, który nie spełnia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c) p.z.p., albowiem spółkę matkę Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. w Lubinie (dalej: „MPWiK”) i spółki córki: MPOT, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Lubinie (dalej: „MPO”), „Mundo” Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. (dalej: Mundo), Regionalne Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Lubinie (dalej: „RTBS”) – tworzące razem grupę kapitałową MPWiK – należy traktować jako jeden byt prawny, co w konsekwencji powoduje, że udzielenie MPOT zamówienia in-house narusza szereg podstawowych zasad traktatowych UE takich jak: zakaz nadużywania pozycji dominującej, zakaz ograniczania swobody przedsiębiorczości, zakaz ograniczania swobody świadczenia usług, zasadę przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji;**

- B. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 214 ust. 9 PZP w związku z art. 17 ust. 1 PZP** poprzez przyjęcie, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy (MPOT) w trybie zamówienia in-house, który nie ma odpowiedniej infrastruktury i nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia w zakresie odbioru oraz transportu odpadów komunalnych od mieszkańców.
- C. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i innych wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, w tym w szczególności art. 83 PZP oraz art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 1 PZP –** poprzez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że zasady te zostaną zachowane, co powinno wynikać z przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań;
- D. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2025 r., poz. 1714, dalej jako: „UOKIK”) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKIK oraz art. 101, 102 i 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”) poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego MPOT w sposób nieuzasadniony i który stanowi naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, w tym niedozwolonej pomocy publicznej udzielanej na rzecz MPOT, na jaką nie może liczyć żaden inny wykonawca w postępowaniu konkurencyjnym, przede wszystkim z uwagi na rażąco nieprawidłowe wykazanie zaistnienia podstaw do wszczęcia Postępowania w trybie z wolnej ręki;**

WNIOSEK (ŻĄDANIE) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, albowiem jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu i prowadzeniu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia na rzecz MPO w trybie z wolnej ręki;

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego według przedłożonych na posiedzeniu lub rozprawie rachunków.
3. Dodatkowo wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 PZP, do przedstawienia następujących informacji i dokumentów:
 - (a) dokumentów źródłowych oraz wszelkich towarzyszących im analiz oraz prognoz, które stanowią podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że jest uprawniony do prowadzenia Postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP;
 - (b) *analizy potrzeb i wymagań*, o której mowa w art. 83 PZP, tj. wszelkich materiałów i dokumentów, w tym dokumentów źródłowych, które składają się na *analizę potrzeb i wymagań*, na okoliczność jej sporządzenia oraz wykazania, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów.
4. Z uwagi na fakt, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne jest dokonanie wykładni przepisów prawa unijnego, niniejszym wnoszę o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej następujących pytań prejudycjalnych:
 - 1) przy uwzględnieniu okoliczności niniejszego postępowania, czy art. 12 ust. 1 pkt b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że pojęcie „działalności tej osoby prawnej” odnosi się wyłącznie do osoby prawnej, której udzielane jest zamówienie publiczne w formule in-house, czy może odnosić się także do osób prawnych, które zostały przez tą spółkę utworzone (spółek córek), jeżeli pomiędzy spółkami córkami i spółką matką istnieją tego rodzaju powiązania, że należy całą grupę kapitałową *de facto* traktować jak jedną osobę prawną, mimo ich formalnej odrębności, w szczególności jeżeli istnieje między nimi ścisła więź

organizacyjna lub ekonomiczna, w tym z uwzględnieniem faktu, że spółka matka (lub inna spółka córka) wyposażyła spółkę córkę w zasoby potrzebne wykonywania działalności, którą dotychczas wykonywała spółka córka oraz czy w takim wypadku utworzenie nowej spółki córki może być uznane za reorganizację działalności spółki mającą wpływ na ustalanie odsetka działalności, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt b) Dyrektywy 2014/24/UE.

- 2) przy uwzględnieniu okoliczności niniejszego postępowania, czy użyte w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, pojęcie „reorganizacji działalności” danej osoby prawnej skutkującej tym, że „dane dotyczące obrotu – lub alternatywnej miary oparte na działalności, takie jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne”, co pozwala na „wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych”, w szczególności, czy za taką sytuację można uznawać sytuację, w której dana osoba prawna tworzy nową osobę prawną co ma prowadzić do tego, że dotychczasowa zależna osoba prawna będzie świadczyła usługi na rzecz innych podmiotów, a nowa osoba prawna będzie wykonywała wyłącznie usługi powierzone jej przez zamawiającego?
5. Nadto wnoszę o odroczenie rozprawy do czasu wydania orzeczeń przez TSUE w dwóch sprawach, tj.:
 - 1) w sprawie C-692/23 *AVR-Afvalverwerking BV* w kontekście pytania prejudycjalnego 1 wskazanego powyżej;
 - 2) w sprawie C-11/25 *Jelgavas valstspilsētas pašvaldība* w kontekście pytania prejudycjalnego 2 wskazanego powyżej.

WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:

Istotne elementy stanu faktycznego

1. Zamawiający (Gmina Miejska Lubin), powierzyła MPWiK prowadzenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin.

2. W bliżej nieokreślonym momencie 2025 roku „miasto podjęło decyzję, aby powierzyć zadania odbioru i zagospodarowania odpadów swojej spółce, czyli Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania”¹
3. Uchwałą nr 11/RN/2025 z dnia 25 marca 2025 r. Rada Nadzorcza MPO zatwierdziła wstępny plan reorganizacji Spółki na rok 2025.

Dowód: 1. Uchwała 11/RN/2025 MPO z dnia 25 marca 2025 r.

„Proces reorganizacji wiązał się przede wszystkim z rozwiązywaniem wcześniej zawartych umów z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych i niezawieraniem nowych oraz z nieprzystępowaniem do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które nie wiązałyby się z realizacją zadań na rzecz GML”²

4. MPO ogłosiło w dniu 3 czerwca 2025 r. przetarg na dostawę w formie leasingu 11 fabrycznie nowych pojazdów ciężarowych o dmc powyżej 3,5 tony.

Jednakże, 25.06 2025 r. MPO unieważniło postępowanie z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dowód: 2. Ogłoszenie o zamówieniu z 3.06.2025 r.
3. Specyfikacja Warunków Zamówienia z 3.06.2025 r.
4. Informacja o unieważnieniu postępowania z 25.06.2025 r.
5. Protokół postępowania MPO/ZP-PN/04/2025

5. Następnie MPO wszczęło 7 odrębnych postępowań na dostawę w formie leasingu fabrycznie nowych pojazdów ciężarowych o dmc powyżej 3,5 tony. Otwarcie ofert w tych postępowaniach nastąpiło 27.08, 28.10, 29.10, 30.10, 31.10, 3.11 i 4.11 br.

Dowód: 6. Informacja z otwarcia ofert z dnia 27.08.2025 r.
7. Informacja z otwarcia ofert z dnia 28.10.2025 r.
8. Informacja z otwarcia ofert z dnia 29.10.2025 r.
9. Informacja z otwarcia ofert z dnia 30.10.2025 r.
10. Informacja z otwarcia ofert z dnia 31.10.2025 r.
11. Informacja z otwarcia ofert z dnia 3.11.2025 r.

¹ Wypowiedź Dyrektor ds. gospodarki odpadami MPWiK Marty Jeger dla portalu <https://miedziowe.pl/content/view/119371/78/>

² Ogłoszenie nr 2025/BZP 00472012 z dnia 2025-10-13.

12. Informacja z otwarcia ofert z dnia 4.11.2025 r.

6. 13.10.2025 r. MPWIK zamieściło ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia in-house na rzecz MPO w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dowód: 13. Ogłoszenie nr 2025/BZP 00472012 z dnia 2025-10-13

7. Tego samego dnia MPWIK skierowało do MPO zaproszenie do negocjacji.

Dowód: 14. Zaproszenie do negocjacji z 13.10.2025 r. wraz z załącznikami

8. 20.10.2025 r. i 23.10.2025 r. EkoPartner Recykling Sp. z o.o. oraz Izba Branży Komunalnej wniosli odwołania do KIO z uwagi na niewykazanie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Po stronie odwołujących przystąpiło 12 spółek branżowych.

Dowód: 15. Odwołanie EkoPartner Recykling Sp. z o. o. z 20.10.2025 r.

16. Odwołanie Izby Branży Komunalnej z 23.10.2025 r.

17. Protokół postępowania w trybie z wolnej ręki ZP5/2025

9. W dniu 3.11.2025 r. została zawarta umowa spółki MPOT, zarejestrowana w trybie S24 w dniu 4.11.2025 r. Zgodnie z umową spółki, jej kapitał zakładowy wynosi 300 000,00 zł. Powołany zarząd jest tożsamy z dotychczasowym zarządem MPO, tj. składa się z Prezesa Zarządu – Edwarda Siwaka. Także siedziba MPOT jest tożsama z siedzibą MPO (pod tym samym adresem jak MPWiK).

Dowód: 18. Umowa spółki MPOT

19. Odpis aktualny z KRS MPOT

10. 6.11.2025 r. MPWIK unieważniło prowadzone postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 PZP, wskazując, że „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć” (sic!).

Dowód: 20. Informacja o unieważnieniu postępowania z 6.11.2025 r.

11. W związku z unieważnieniem postępowania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, gdyż „w związku z unieważnieniem postępowania przez

zamawiającego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego przez Izbę stało się zbędne”.

Dowód: 21. Postanowienie Izby z dnia 18 listopada 2025 r. sygn. akt KIO 4565/25, 4612/25

12. W dniu 6 listopada 2025 r. MPWiK, nie poprzestało jednak na samym unieważnieniu postępowania in-house, lecz od razu wszczęło kolejne postępowanie w trybie z wolnej ręki (ZP6/2025), wysyłając w tymże dniu o godzinie 14:37 do MPO zaproszenie do negocjacji na piątek 7 listopada 2025 r. godz. 9:15 (sic!). Zadziwiające tempo działania w przypadku, gdy „prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym”.

Dowód: 22. Zaproszenie do negocjacji z dnia 6.11.2025 r.

23. Potwierdzenie otrzymania zaproszenia do negocjacji z 7.11.2025 r.

24. Protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (ZP6/2025)

13. W dniu 12 listopada 2025 r. o godz. 12:11 MPO przesłało do MPWiK dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu ZP6/2025. Dokumenty te zostały błyskawicznie zweryfikowane przez komisję przetargową, gdyż jeszcze tego samego dnia MPWiK udzieliło MPO przedmiotowego zamówienia na okres 3 miesięcy. Jako datę rozpoczęcia realizacji wskazano 1 grudnia 2025 r.

Dowód: 25. Dokumenty podmiotowe MPO złożone w dniu 12.11.2025 r.

26. Pismo MPWiK z 12.11.2025 r.

27. Umowa nr 67/PZI/PGO/2025 z dnia 12.11.2025 r.

28. Ogłoszenie DU UE S 238/2025 817564-2025 z 10.12.2025 r.

14. Jak wynika z dokumentów przedłożonych przez MPO, już 2 października 2025 r. zawarło ono umowy najmu następujących pojazdów:

- a) Pojazd ciężarowy DMC 26T z zabudową śmieciarko jednokomorowej (umowa najmu nr 1/10/2025 z dnia 02.10.2025 r., nr rej. GD235PS)– 1 sztuka
- b) Pojazd ciężarowy DMC 26T z zabudową śmieciarko jednokomorowej (umowa najmu nr 2/10/2025 z dnia 02.10.2025 r., nr rej. GD161PU)– 1 sztuka
- c) Pojazd ciężarowy DMC 26T z zabudową śmieciarko jednokomorowej (umowa najmu nr 3/10/2025 z dnia 02.10.2025 r., nr rej. GD234PS)– 1 sztuka
- d) Pojazd ciężarowy DMC 26T z zabudową śmieciarki jednokomorowej z żurawiem hydraulicznym do obsługi pojemników typu „dzwon” (umowa najmu nr 4/10/2025 z dnia 02.10.2025 r., nr rej. DPL 16YX)- 1 sztuka

Nadto, w dniu 30.10.2025 r, MPO zawarło umowę najmu kolejnego pojazdu:

- e) Pojazd ciężarowy DMC 18T z zabudową hakową do obsługi kontenerów rolkowych oraz HDS (umowa najmu nr 5/10/2025 z dnia 30.10.2025 r. nr rej. DPL60JH)- 1 sztuka

Dowód: 25. Dokumenty podmiotowe MPO złożone w dniu 12.11.2025 r.

15. Jednakże, MPO zamieściło w dniu 20 listopada 2025 r. ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, gdzie w pkt. 4.2 wskazano, że MPO „(...) podpisując umowę na „Odbiór odpadów komunalnych zebranych i odebranych z terenu Gminy Miejskiej Lubin” miał przygotowaną flotę na odbiór odpadów na dwie zmiany. W dniu 12.11.2025 r. otrzymał informację o możliwości realizacji odbioru odpadów tylko na pierwszej zmianie. Kryterium to zostało zastosowane przez podmiot zlecający w umowie na zagospodarowanie odpadów podpisanej z innym Wykonawcą. Powyższe doprowadziło do pilnej potrzeby zwiększenia floty na realizację powierzonego zadania niż pierwotnie zakładano. W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający został zmuszony do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż nie jest w stanie do 01.12.2025 r. skorzystać z innych trybów.” Postępowanie to zostało następnie unieważnione.

Dowód: 29. Ogłoszenie nr 2025/BZP 00546598 z dnia 2025-11-20

16. Niezależnie od powyższego, w dniu 3 października 2025 r. MPO zawarło dwie umowy na dostawę oraz dzierżawę łącznie ponad 15 tysięcy pojemników do zbierania odpadów komunalnych. W treści umowy dzierżawy wskazano ponadto, iż rozpoczyna się ona z dniem 1 grudnia 2025 r.

Dowód: 30. Umowa z dnia 3.10.2025 r. na dzierżawę pojemników

31. Umowa z dnia 3.10.2025 r. na dostawę pojemników

17. MPO prowadziło łącznie siedem postępowań na dostawę specjalistycznych pojazdów ciężarowych, (pierwsze postępowanie zostało unieważnione przez MPO wskutek wniesionego odwołania do Prezesa KIO), co wprost wynika z informacji zamieszczonych na platformie zakupowej MPO <https://platformazakupowa.pl/pn/mpo.lubin/proceedings>.

18. 31.12.2025 r. MPWIK zamieściło ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia in-house na rzecz MPO w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dowód: 32. Ogłoszenie nr 2025/BZP 00630872 z dnia 2025-12-31

19. Poza ww. ogłoszeniem Zamawiający nie upublicznił żadnych dodatkowych dokumentów, w tym rzekomo wiarygodnej prognozy handlowej, ani na stronie internetowej prowadzonego postępowania: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-e317a397-3aad-45a8-a49d-55a370f0ccdb> ani też na własnej stronie internetowej wskazanej w ww. ogłoszeniu: <https://www.mpwik.lubin.pl/Biuletyn-Informacji-Publicznej/Zamowienia-publiczne-klasyczne>

Dowód: 33. Zrzut ekranu ze strony internetowej www.mpwik.lubin.pl

20. Na dzień sporządzenia niniejszego odwołania MPOT jest *de facto* „wydmuszką”. Spółka ta w zasadzie istnieje jedynie wirtualnie (a i to w ograniczonym zakresie). W rzekomej siedzibie spółki, tj. budynku przy ul. Rzeźniczej 1 w Lubinie nie sposób odnaleźć jej biura. Co więcej, Spółka ta nie posiada nawet swojej witryny internetowej, albowiem domena mpot.lubin.pl pokazuje jedynie stronę „w budowie”:

**Nasza strona internetowa już
wkrótce**

mpot.lubin.pl

Zarządzaj witryną:

1. Zaloguj się do swojego serwera Panelu sterowania
2. Click "Kreator stron www"
3. Wybierz szablon. Edytuj Stronę Internetową
4. Publish

Dowód: 34. Fotografia drzwi wejściowych do budynku biurowego ul. Rzeźnicza 1

35. Zrzut ekranu z www.mpot.lubin.pl

21. Co więcej, nawet na stronie internetowej spółki matki – MPWiK, istnienie MPOT jako kolejnej spółki zależnej nie zostało jeszcze ujawnione:

Dowód: 33a. Zrzut ekranu ze strony internetowej www.mpwik.lubin.pl

22. Odpady z nieruchomości niezamieszkałych na terenie Gminy Miejskiej Lubin nie są objęte systemem, poszczególni właściciele zawierają indywidualne umowy. Głównymi podmiotami działającymi na tym rynku są MPO oraz Odwoływający.

/bezsporne/

A. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) i b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 129 ust. 2 PZP w zw. z art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 5 KC i art. 58 § 1 i § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

23. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów konkurencyjnych. Przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie powinny być więc interpretowane w sposób ścisły. Nadto, jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, **ciężar wykazania spełnienia się przesłanek uprawnających do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki spoczywa na Zamawiającym**. Przykładowo, w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 731/21 i KIO 747/21) Izba wskazała, że „(...) na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. **Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. 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” (pogrubienie własne).

24. Art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP stanowi, że 90% działalności osoby prawnej, której ma być udzielone zamówienie in-house dotyczyć musi 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). Przepis ten implementuje art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE (gdzie wskazano próg co najmniej 80% działalności).
25. Jak wskazuje TSUE w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (C-553/15, *UNDIS SERVIZI SRL v. COMUNE DI SULMONA*): „W istocie 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 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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** (pogrubienie własne). W tym względzie 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.”
26. Zgodnie z art. 214 ust. 5 PZP, do obliczania 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, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przepis ten implementuje do polskiego porządku prawnego art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE.
27. Poza sporem pozostaje, że Zamawiający nie mógłby udzielić zamówienia in-house spółce MPO, która obecnie realizuje odbiór odpadów w trybie z wolnej

ręki³, ponieważ ta spółka nie spełnia ustawowych kryteriów określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b PZP (spółka nie osiąga wskaźnika 90% działalności wykonywanej jako zadania powierzone jej przez Zamawiającego w okresie ostatnich 3 lat). Prowadzone obecnie postępowanie Zamawiającego w celu udzielenia zamówienia na rzecz MPOT stanowi więc ewidentną próbę obejścia tego przepisu przez Zamawiającego.

28. Nadto należy zauważyć, że Spółka, której udzielane jest zamówienie *in-house*, powinna stanowić emanację gminy, co znajduje potwierdzenie w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a PZP., 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 nowe 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.*
29. 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.**

³ Jest ono przedmiotem odrębnego odwołania wniesionego przez Odwołującego.

30. Przepis art. 214 ust. 7 PZP stanowi zaś, 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 PZP, została przeprowadzona dla pozoru. Skoro wyłączona w zamówieniach z wolnej ręki jest reorganizacja dla pozoru, to w tych samych kategoriach należy oceniać utworzenie nowej spółki komunalnej dla celów udzielenia jej zamówienia in-house, zwłaszcza jeśli została założona w trybie S24, a jej kapitał zakładowy to zaledwie 300 000 PLN.
31. 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.*
32. Dodatkowo wskazać należy, że w myśl art. 214 ust. 5 PZP *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 orzecnictwie Izby przyjmuje się, że co do zasady dane finansowe, na których należy opierać się na gruncie art. 214 ust. 5 PZP 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).
33. Z orzecnictwa 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, co 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).

34. 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.
35. Przechodząc na grunt przepisów Kodeksu spółek handlowych, MPWiK jest spółką matką i jednocześnie spółką dominującą w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 KSH wobec MPOT – spółki córki, która jest spółką zależną w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 KSH. MPWiK posiada bowiem 285/300 udziałów w MPOT i tym samym dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników. MPWiK posiada także 100% udziałów w MPO, MUNDO. Nadto MPWiK posiada 75% udziałów w RTBS Lubin. Jedynym wspólnikiem MPWiK jest Gmina Miejska Lubin.
- Dowód:*
- 19. Odpis pełny z KRS MPOT
 - 36. Odpis aktualny z KRS MPO
 - 37. Odpis aktualny z KRS MUNDO
 - 38. Odpis aktualny z KRS RTBS
36. Konsekwentnie na gruncie ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2023 r. poz. 120, dalej: „UR”) relacja spółek to jednostka dominująca – MPWiK (art. 3 ust. 1 pkt 37 UR) oraz jednostki zależne – MPOT, MPO, MUNDO, RTBS (art. 3 ust. 1 pkt 39 UR).

37. 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 UR). 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 UR:

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.*

38. Jedno, skonsolidowane sprawozdanie ma przedstawiać rzeczywisty i jasny stan finansów jednostki dominującej i jednostek zależnych. Z tego powodu w sprawozdaniu skonsolidowanym wyeliminowane są m.in. skutki transakcji wewnątrzgrupowych, niezrealizowane zyski i straty na tych transakcjach, jak również są odzwierciedlone zmiany aktywów netto jednostek podporządkowanych.

39. Zamawiający powinien być mieć świadomość, iż sytuację grupy kapitałowej MPWiK, w skład której wchodzi m.in. MPO, MPOT, należy rozpatrywać 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, ekonomicznie stanowi jeden podmiot⁴. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „W przypadku istnienia relacji

⁴ 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*

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”⁵.

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

41. 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

Adriaan de Peijper v. Winthrop BV, ECR 1974, s. 2283; z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95 P, *Viho Europe BV v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECR 1996, s. I-5457, powołane za T. Skoczny (red.), M. Będkowski-Kozioł, *Ustawa o ochronie...*, s. 276.

⁵ C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, PPH 2011, nr 12, s. 29-34.

warunku ustanowionego w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/14 należy 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 nierozzerwalnie 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 publicznych przedsiębiorstwom z kapitałem mieszanym.** Użycie obrotu skonsolidowanego pozwalałoby zatem na ograniczenie możliwości takiego obchodzenia przepisów.*

42. 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.
43. Odwołujący zarzuca również niewykazanie przez Zamawiającego przesłanki udzielenia zamówienia in-house, o której mowa w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP, tj. przesłanki dotyczącej przychodów, co jest konsekwencją zarzutów odnoszących się do pozorności reorganizacji. Nawet jeśli Izba nie uznałaby za zasadne, że reorganizacja (tj. utworzenie nowej spółki MPOT) została przeprowadzona dla pozoru, to oznacza, że Zamawiający nie mógł posłużyć się wiarygodnymi prognozami handlowymi sporządzonymi dla samego MPOT, gdyż zarówno dane finansowe, jak i wiarygodne prognozy handlowe winny być sporządzone dla całej grupy kapitałowej MPWiK kontrolowanej przez Zamawiającego (Gminę Miejską Lubin), a nie jedną wybraną spółkę z całej grupy kapitałowej MPWiK (por. stanowisko rzecznika generalnego w sprawie C-692/23).
44. 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).

45. W odniesieniu do tej przesłanki udzielenia zamówienia in-house Zamawiający wskazał w Uzasadnieniu ogłoszenia w BZP następująco:

„MPOT została utworzona w listopadzie 2025 r. z myślą o powierzaniu jej zadań realizowanych na rzecz GML i MPWiK, co pozwala na ustalenie procenta działalności na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych. Zgodnie z nimi po uwzględnieniu przychodów spodziewanych z przedmiotowego zamówienia procent działalności dotyczącej zadań wykonywanych na rzecz GML osiągnie i utrzymywać się będzie na poziomie wyższym niż 90%. Z uwagi na brak innej aktywności gospodarczej Spółki oraz planowaną działalność wyłącznie na rzecz GML lub MPWiK, prognozę należy uznać nie tyle za wiarygodną, ale pewną. Tym samym przesłanka procenta działalności będzie spełniona przez cały okres wykonywania zamówienia.”

Dowód: 32. Ogłoszenie nr 2025/BZP 00630872 z dnia 2025-12-31

46. **Tym samym Zamawiający zaniechał analizy przychodów, o której mowa w przepisie 214 ust. 5 PZP i podjął próbę ustalenia przychodów za pomocą prognoz handlowych, powołując się wyłącznie na fakt powołania nowej spółki – MPOT.**
47. Skoro prognoza handlowa jest dokumentem przedkładanym niejako „w miejsce” sprawozdań finansowych za ostatnie 3 lata, to powinna być opracowana co najmniej w takim samym stopniu szczegółowości. Dane w niej określone, a także metodologia jej sporządzenia powinny być obiektywnie weryfikowalne, aby prognozie tej można było nadać cechy wiarygodności.
48. Zgodnie bowiem z orzeczeniem TSUE w sprawie C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* „W konsekwencji, jeżeli zamawiający dopuszcza przedstawienie prognoz handlowych zamiast danych historycznych (np. w przypadku nowo utworzonej spółki), **prognozy te muszą być oparte na wiarygodnych i sprawdzalnych założeniach, a nie na hipotetycznych lub spekulacyjnych przewidywaniach. Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia weryfikacji tych prognoz w sposób zapewniający przestrzeganie zasad przejrzystości i równego traktowania.**” W orzeczeniu w sprawie C-574/19 *Remondis GmbH v. Abfallzweckverband Rheinland-Pfalz* TSUE wskazał ponadto, że prognoza handlowa „musi być precyzyjna, oparta na konkretnych danych (np. wstępnych umowach, analizach rynkowych), a nie na ogólnych założeniach typu „planujemy pozyskać klientów. Brak takiej weryfikowalności prowadzi do naruszenia

zasady przejrzystości (art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE) i może skutkować uznaniem, że zamówienie nie spełnia warunków wyjątku in-house.”

49. Z treści ogłoszenia o zamówieniu wprosi wynika, że żadne konkretne i wiarygodne prognozy handlowe dla spółki MPOT nie zostały sporządzone, a Zamawiający zaniechał jej zweryfikowania w sposób zapewniający przestrzeganie zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. W szczególności bowiem, nie wyjaśniono jak nowo powołana spółka, o kapitale zakładowym 300 tys. zł miała by się podjąć należytej realizacji zamówienia publicznego o wielomilionowej wartości.
50. **Nadto Odwołujący zarzuca, że zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 214 ust. 6 PZP było niezasadne, z uwagi na: dostęp i adekwatność danych finansowych MPWiK i jej spółek zależnych** – 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.
51. 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 pozoru”*.
52. Jak przy tym podkreśla się w komentarzu do PZP 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).

53. W zaistniałym stanie faktycznym czynności Zamawiającego, tj. powołanie spółki MPOT, zostały dokonane wyłącznie dla obejścia ustawy – przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki uregulowanych w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP. Tym samym w świetle art. 58 § 1 i 2 KC w. zw. z art. 8 ust. 1 PZP czynności te są nieważne.
54. Odwołujący stoi na stanowisku, że w tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 214 ust. 6 PZP, 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 MPOT.
55. Tym samym względy stojące za określonymi wymogami dla ogłoszenia o wszczęciu postępowania są analogiczne do intencji ustawodawcy dotyczącej

sprawozdań finansowych (odpowiednio art. 216 PZP i art. 4 UR). Zatem również z przyczyn aksjologicznych, zasadne jest łączne potraktowanie MPWiK, MPO i MPOT w tej sprawie, jako spółek tworzących grupę kapitałową o rocznych obrotach przekraczających 100 milionów złotych.

56. Zgodnie bowiem 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: 41. Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2024 r.

57. 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: 42. Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2024 r.

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

Dowód: 43. Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2023 r.

44. Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2023 r.

45. Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2022 r.

46. Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2022 r.

59. 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) i powołanie nowej spółki MPOT 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.

60. Oczywiste jest zatem, iż grupa kapitałowa MPWIK nie spełnia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP (ani nawet określonej w art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE).
61. Powyższe naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem brak jest spełnionych przesłanek do udzielenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, zatem jedynym możliwym sposobem zakończenia wszczętego postępowania jest jego unieważnienie.

B. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 214 ust. 9 PZP w związku z art. 17 ust. 1 PZP

62. Zamawiający, zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 17 ust. 1 PZP powinien zawsze, w tym także udzielając zamówienia z wolnej ręki in-house, móc wykazać, że wybrana przez niego formuła udzielenia zamówienia, zapewnia:
- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
 - 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*
63. Udzielając zamówienia typu in-house, Zamawiający musi mieć w szczególności absolutną pewność, że **wskazany do jego realizacji podmiot będzie rzeczywiście zdolny do jego należytego wykonania**. W przypadku niezwykle delikatnej i wrażliwej materii, jakim jest odbiór odpadów komunalnych od ponad 60-tys. mieszkańców Miasta Lubina, stawką ewentualnego niepodołania realizacji zamówienia przez MPOT może być nawet zagrożenie epidemiologiczne, itp.
64. Rada Miasta Lubina nie dokonywała w ostatnim czasie zmian Regulaminu Utrzymania Czystości i Porządku, w szczególności zaś nie nałożyła na mieszkańców Lubina obowiązku samodzielnego zaopatrzenia się w niezbędne pojemniki do zbierania odpadów komunalnych.
- /bezsporne/
65. Tymczasem powszechnie wiadomo, że MPOT na dzień złożenia niniejszego odwołania dysponuje ani odpowiednim taborem samochodowym, ani też nie

dysponuje ok. 20 tysiącami szt. pojemników na odpady komunalne, jakie są niezbędne dla prawidłowej realizacji odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców Miasta Lubina. Taborem ani pojemnikami na odpady komunalne nie dysponują także inne spółki siostrzane, w szczególności MPO, które obecnie jest jedynie krótkoterminowym najemcą oraz dzierżawcą samochodów ciężarowych oraz kilkunastu tysięcy pojemników na odpady komunalnej. Kapitał zakładowy MPOT w kwocie 300 000,00 zł nie jest zaś wystarczający na sfinansowanie zakupu choć jednej pełnowymiarowej śmieciarki...

/bezsporne/

66. W orzecznictwie Izby wskazano natomiast jednoznacznie, że „Za własne Izba przyjmuje stanowisko zaprezentowane w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, z którego wynika, że „aby uzyskać zamówienie wewnętrzne, podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. **Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia, takie zamierzenie powinno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego.** (pogrubienie własne) Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji, nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotna jest jego zdolność do realizacji konkretnego zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom, to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter.” (wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt sygn. akt KIO 731/21 i KIO 747/21).
67. W realiach niniejszej sprawy, MPOT – wbrew głośłownym deklaracjom zawartym w treści ogłoszenia o zamówieniu – nie jest zdolna do samodzielnej realizacji zamówienia. Nie wykazano bowiem, że MPOT dysponuje lub będzie dysponować wystarczającym taborem samochodowym do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący ma pełną wiedzę odnośnie

rzeczywiście niezbędnej liczby pojazdów do realizacji przedmiotowego zamówienia, albowiem w jego realizację analogicznego zamówienia realizowanego w latach 2021 – 2025 zaangażowanych było aż 15 pojazdów ciężarowych (śmieciarki itp.), już przy osiągnięciu optymalizacji tras, czasów odbioru, itp.

/bezsporne/

68. Nie wiadomo również skąd MPOT ma zamiar w krótkim czasie pozyskać ponad 20 tys. pojemników na odpady komunalne, skoro nie zostało w tym zakresie ogłoszone żadne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, MPOT nie posiada w dalszym ciągu nawet strony internetowej ani nawet adresu komunikacji elektronicznej, pod jaki można byłoby złożyć ewentualną ofertę.

/bezsporne/

69. Reasumując, **MPOT nie posiada faktycznej (ani prawnej) zdolności do świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych w Mieście Lubin.** Można podejrzewać, iż planowane jest dokonane swoistego obejścia zakazu określonego w art. 214 ust. 9 PZP, jak np. krótkoterminowy wynajem śmieciarek (zapewne wraz z obsługą), a także jakaś forma krótkoterminowego wynajmu pojemników na odpady komunalne. Być może takie umowy zostały już zawarte, z zadeklarowaną wartością poniżej 130 000,00 zł tak, aby ominąć obowiązek publikowania informacji na ich temat w Biuletynie Zamówień Publicznych.

70. W przypadku postępowań konkurencyjnych, jak w chociażby toczącym się postępowaniu na zagospodarowanie odpadów komunalnych, jednym z warunków udziału w postępowaniu jest zdolność finansowa do realizacji zamówienia. Nie wiadomo, czy i jak dodatkowe koszty finansowe które będzie zmuszone ponosić MPOT (leasing pojazdów, zakup/dzierżawa pojemników) przełożą na cenę usługi odbioru odpadów komunalnych oraz w jaki sposób zostały one wzięte pod uwagę w rzekomo wiarygodnej prognozie handlowej. Kapitał zakładowy MPOT wynoszący 0,3 mln zł jest wysoce niewystarczający, zatem podmiot ten w istocie nie ma zdolności finansowej do realizacji zamówienia.

/bezsporne/

71. Odwołujący z całym przekonaniem oświadcza, iż byłby gotów zaoferować w przetargu na odbiór odpadów komunalnych bardzo korzystną cenę, która z obiektywnych powodów zapewne byłaby niższa od oferowanej przez MPOT, albowiem już obecnie dysponuje zarówno niezbędną liczbą pojemników na odpady komunalne, jak i dysponuje własną flotą kilkunastu nowoczesnych i wysokowydajnych pojazdów ciężarowych do odbioru odpadów komunalnych. Koszty stałe ewentualnej realizacji zamówienia w nadchodzących latach byłyby zatem minimalne oraz istotnie niższe niż koszty jakie zmuszone byłoby ponieść MPOT w przypadku powierzenia mu realizacji tego zamówienia (dodatkowe kilkanaście milionów złotych).

/bezsporne/

72. Zamawiający i MPWiK zapewne również mają świadomość obiektywnej przewagi konkurencyjnej Odwołującego, skoro **został on w ogóle pozbawiony możliwości jakiegokolwiek zaoferowania kontynuacji realizacji dotychczasowych usług odbioru odpadów komunalnych z terenu Miasta Lubina, realizowanych należycie, co potwierdzają wystawione przez MPWiK referencje.**

/bezsporne/

73. Oczywiście jest zatem, iż decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki na rzecz MPOT nie ma tylko wystarczających podstaw prawnych, ale jest także zaprzeczeniem zasad ekonomii i w żaden sposób nie przyczynia się do zwiększenia dobrostanu mieszkańców Miasta Lubina. Nasuwa się w tym momencie odwieczne pytanie, *Qui bono?*

74. Powyższe naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem brak jest spełnionych przesłanek do udzielenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, zatem jedynym możliwym sposobem zakończenia wszczętego postępowania jest jego unieważnienie.

C. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i innych wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, w tym w szczególności art. 83 PZP oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 PZP

75. Opisana powyżej zasada efektywności wyrażona w art. 17 ust. 1 PZP nie ma bynajmniej charakteru blankietowego postulatu, gdyż została obudowana

konkretnymi instrumentami, takimi jak analiza potrzeb i wymagań (art. 83 PZP), czy też raport z realizacji zamówienia (art. 446 PZP).

76. W przypadku zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawodawca nie wyłączył obowiązku sporządzenia analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 ust. 1 PZP, co wynika a contrario z art. 83 ust. 4 PZP⁶. Zgodnie natomiast z art. 83 ust. 2 PZP, *Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:*

- 1) *badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;*
- 2) *rozeznanie rynku:*
 - a) *w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,*
 - b) *w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.*

Natomiast, stosownie do art. 83 ust. 2 PZP, *Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:*

- 1) *orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b;*
- 2) *możliwość podziału zamówienia na części;*
- 3) *przewidywany tryb udzielenia zamówienia;*
- 4) *możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;*
- 5) *ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.*

77. Odwołujący zaprzecza jakoby Zamawiający sporządził analizę potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

78. Skutkiem braku sporządzenia przedmiotowej analizy jest niemożliwość wykazania przez Zamawiającego, iż udzielając zamówienia zostaną spełnione w szczególności zasady określone w art. 17 ust. 1 PZP. Jest to szczególnie istotne w przypadku trybu z wolnej ręki, albowiem wyłącza on możliwość rynkowej weryfikacji oferty złożonej przez wybranego wykonawcę – MPOT.

⁶ Zgodnie z art. 83 ust. 4 PZP Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5.

79. Podjęta przez Zamawiającego decyzja o zastosowaniu trybu z wolnej ręki winna była zostać poprzedzona analizą, o której mowa w art. 83 ust. 1. Mogłaby ona zostać uznana za zgodną z dyspozycją art. 17 ust. 1 PZP wyłącznie w wypadku, gdyby merytoryczną konkluzją tejże analizy było wskazanie, że taki tryb zapewnia realizację zasady efektywności gospodarowania środkami publicznymi w większym stopniu, niż zastosowanie trybu konkurencyjnego.
80. **W tym miejscu należy podkreślić, iż do udzielania zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w trybie z wolnej ręki nie wystarczy wyłącznie kumulatywne spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie. Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było w szczególności zgodne z zasadami PZP, w tym tymi wyrażonymi w art. 17 ust. 1 PZP, czego wyrazem powinny być analizy sporządzone na podstawie art. 83 PZP.**
81. Należy bowiem podkreślić, iż w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*, Trybunał Sprawiedliwości UE zaznaczył, że „[s]woboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (...), nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W tych granicach dane państwo członkowskie może nałożyć na instytucję zamawiającą warunki, nieprzewidziane w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, od których może być uzależnione udzielenie zamówienia typu *in-house*, w szczególności w celu zagwarantowania ciągłości, dobrej jakości i dostępności usług” W konsekwencji TSUE wprost wskazał, że **udzielenie zamówienia typu *in-house*, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii Europejskiej** (pogrubienie własne)
82. Odmienne od wskazanej powyżej interpretacja, jakoby warunki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP same w sobie wystarczyły do udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, pozbawiałaby w rzeczywistości jakiegokolwiek znaczenia prawnego obowiązków dotyczących przeprowadzania analiz potrzeb wymagań, o której mowa w art. 83 PZP i zasady efektywności wyrażonej w art. 17 PZP. Niedopuszczalne zaś jest ustalanie znaczenia norm prawnych w taki sposób, aby pewne części

przepisów były traktowane jako zbędne (por. np. uchwała 7 sędziów NSA z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. akt FPS 13/01).

83. Powyższe naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem brak jest spełnionych przesłanek do udzielenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, zatem jedynym możliwym sposobem zakończenia wszczętego postępowania jest jego unieważnienie.

D. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 PZP zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 UOKIK w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKIK oraz art. 101, 102 i 107 TFUE

84. Zgodnie z art. 16 pkt 1 PZP: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Z kolei, zgodnie z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/WE: *Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.*

85. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, odnoszący się do zamówień in-house w żaden sposób nie wyłącza ani nie modyfikuje wskazanej powyżej ogólnych zasad, nakładających na zamawiających obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **W literaturze wskazuje się bowiem, że spełnienie przesłanek dopuszczających zastosowanie trybów szczególnych nie jest wystarczające, bowiem zamawiający przed podjęciem decyzji o ich zastosowaniu powinien ocenić wpływ takiej decyzji na konkurencyjność rynku. Decyzja o wyborze trybu udzielenia zamówienia nie może ograniczać konkurencji ⁷.**

86. Z kolei, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2017 r.,: *„Izba wskazuje, że udzielanie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym*

⁷ A. Sanchez Graells, *Public procurement and the EU competition rules*, Oxford and Portland, 2015, s. 258-260, 279-281

stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu nie jest możliwe, a przepisy zezwalające na odstępianie od trybu podstawowego określonego w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp muszą być interpretowane ściśle, natomiast lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta” (Uchwała KIO z 4.08.2017 r., KIO/KD 37/17, LEX nr 2406802).

87. Na konieczność weryfikacji wyboru trybu udzielenia zamówienia Izba wskazała m.in. w wyroku z dnia 26 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1987/21): „Jak już wspomniano w uzasadnieniu zagospodarowanie odpadów jest usługą, tym samym więc, jeżeli spełnione zostały pozostałe przesłanki opisane w ustawie Pzp, to obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy, który taką usługę na rzecz Zamawiającego będzie wykonywał. **Na dodatek w ocenie Izby Zamawiający w pierwszej kolejności jest zobowiązany dokonać analizy, czy dane postępowanie należy przeprowadzić przy wyborze trybów podstawowych, o charakterze konkurencyjnym, dopiero w następnym kroku możliwa jest analiza zasadności wyboru trybów innych niż podstawowe.**”
88. Nie ulega zatem wątpliwości, że **nawet samo formalne spełnienie przesłanek wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP (które w tym postępowaniu nie są nawet spełnione, co zostało wykazane powyżej) nie jest wystarczające dla potwierdzenia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.** (por. także wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita).
89. Jak bowiem wskazuje doktryna: „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty 51), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego

przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5–17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej” (J. Nowicki, M. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer Polska 2023).

90. W tym miejscu należy zauważyć, iż zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

91. Zgodnie natomiast z art. 101 ust. 1 TFUE, *Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:*

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;*
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;*
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;*
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; lub*
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.*

92. Całokształt czynności podjętych w 2025 r. przez Gminę Miejską Lubin, MPWiK, MPO, MPOT stanowią niewątpliwie uzgodnioną praktykę w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKiK mających na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy miejskiej Lubin. Nie ma bowiem innego racjonalnego wytłumaczenia działań podejmowanych przez Zamawiającego, włącznie z absurdalnymi

uzasadnieniami czynności podejmowanych w kolejno wszczynanych i unieważnionych postępowaniach z wolnej ręki.

93. Nadto należy zauważyć, iż art. 9 ust. 1 UOKIK stanowi, że: *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców*. Zgodnie zaś z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKIK nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

94. Nadużywanie pozycji dominującej jest zakazane również na mocy art. 102 TFUE. Zgodnie z tym przepisem, *Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi*.

Nadużywanie takie może polegać w szczególności na:

- a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niestusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niestusznych warunków transakcji;*
- b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów;*
- c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;*
- d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.*

95. Jak przy tym wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 lutego 2009 r., praktyką ograniczającą konkurencję jest: *„przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”*, a zatem zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku, przy czym chodzi o stworzenie przeszkód o charakterze fundamentalnym, gdyż dotyczących warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt: III SK 31/08).

96. Zamawiający jest przy tym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a UOKIK, zgodnie z którym pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo

przedsiębiorców, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą.

97. W tym miejscu należy zauważyć, że w związku z uznaniem Zamawiającego za przedsiębiorcę organizującego usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych z terenu miasta, jego działania podlegają ocenie z punktu widzenia przepisów ochrony konkurencji i konsumentów. Zostało to bezpośrednio potwierdzone przez Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r. uznał, że: *„Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm., dalej powołana jako u.o.k.i.k.). Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy, jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego jest przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy”* (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2017 r., sygn. akt: I CSK 252/15). Nadto, w przytoczonym judykacie Sąd Najwyższy wskazał również, że: *„Wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania, tego zaś Sąd Apelacyjny nie uczynił, co jest zrozumiałe, bo takich przepisów nie ma. Wyłączenia pozwanego miasta spod działania przepisów o ochronie konkurencji można także poszukiwać w przepisach unijnych. Jak wynika z art. 106 ust. 2 TFUE przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają regułom konkurencji przewidzianym w Traktacie w granicach w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu zadań im powierzonych. Prawo unijne, podobnie jak nasze przepisy o ochronie konkurencji wskazuje więc, że co do zasady taki przedsiębiorca jak pozwane miasto podlega regułom konkurencji. Wyłączenie spod działania tych reguł jest możliwe tylko wtedy, gdyby ich stosowanie stanowiło przeszkodę w wykonywaniu zadań powierzonych pozwanemu.”*
98. W szczególności zaś nie sposób by art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP uznać za taki szczególny przepis. Jak już bowiem wyżej wskazano, zamówienie in-house zostało w polskim porządku prawnym włączone do systemu zamówień publicznych i jako jeden z trybów udzielenia zamówienia podlega zasadom

udzielania zamówień zawartych w PZP – Dziale I „Przepisy ogólne”. „Zasady te mają charakter zasad normatywnych „formułujących określone wskazania merytoryczne”, które wpływają na spójność systemu prawnego zamówień publicznych” (H. Nowicki, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowego, UZP 2013, str. 102). Tym samym zasady mają charakter uniwersalny. Skoro zatem ustawodawca nie wyłączył stosowania zasad udzielania zamówień przy udzielaniu zamówienia in-house, zachowanie Zamawiającego może, a nawet powinno być, poddane ocenie z punktu widzenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, nadużywania pozycji dominującej przez Zamawiającego.

99. Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, obowiązany jest do korzystania ze swoich uprawnień w sposób **niedyskryminujący**. W ocenie Odwołującego, **Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom konkurencyjnej i równej walkę o udzielenie zamówienia**. Fundamentalna zasada zawarta w art. 16 pkt 1 PZP zobowiązuje zamawiających do identycznego traktowania wszystkich tych wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Odwołujący ma niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz zdolności techniczne i zawodowe oraz sytuację ekonomiczną i finansową do należytego świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Usługa świadczona na rzecz przez Zamawiającego w latach 2021-2025 została oceniona pozytywnie, o czym świadczy szereg wystawionych referencji.

/bezsporne/

100. **MPOT nie ma żadnych realnych zdolności do wykonania zamówienia – ani wiedzy i doświadczenia, ani zdolności technicznych i zawodowych. Sytuacja ekonomiczna i finansowa MPO wskazuje na jedno – potrzebę znacznych (wielomilionowych) transferów finansowych od Zamawiającego aby uzyskać choć minimalne zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia.**

/bezsporne/

101. Gdyby bowiem Zamawiający zastosował jeden z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego (przede wszystkim przetarg ograniczony lub nieograniczony), nie nadużyłby swojej dominującej pozycji, choćby efektem udzielenia zamówienia była niemożność świadczenia tej samej usługi przez innych przedsiębiorców, w szczególności Odwołującego, Ważne jest jednak umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia

w konkurencyjnych warunkach, a nie pozbawienie ich, w drodze arbitralnej i niezrozumiałej decyzji, takiej możliwości jeszcze zanim złożą swoje oferty.

102. W kontekście powyższego, niezwykle istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy będzie orzeczenie TSUE jakie zostanie wydane w sprawie o sygn. C-11/25 dotyczącej pytania prejudycjalnego o treści:

„Czy art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że w świetle okoliczności niniejszej sprawy zakresem jego stosowania jest objęta również decyzja osoby prawnej niższego szczebla prawa publicznego dotycząca formy organizacji gospodarki odpadami na obszarze gminy, która w niniejszej sprawie polegała na zorganizowaniu świadczenia tej usługi w taki sposób, że prawo do świadczenia tej usługi zostało przyznane w ramach procedury wewnętrznej (in-house) przedsiębiorstwu będącemu w części własnością urzędu miasta?

W szczególności, czy można uznać, że urząd miasta działa jako podmiot gospodarczy lub przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli podejmuje decyzję o zorganizowaniu świadczenia usług w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi w taki sposób, że prawo do świadczenia tych usług zostaje przyznane w drodze procedury wewnętrznej (in-house) przedsiębiorstwu, które jest w części własnością tego urzędu miasta?”

Ewentualna twierdząca odpowiedź Trybunału na powyższe pytanie będzie miała charakter przełomowy dla oceny prawidłowości zastosowania trybu zamówień in-house, zwłaszcza w kontekście wcześniejszego judykatu *Irgita*.

103. Oceniając całokształt działań Zamawiającego w niniejszej sprawie, należy mieć na względzie również art. 107 ust. 1 TFUE, który stanowi, że „Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.”

104. W niniejszej sprawie, transfer zasobów będzie pochodził od władzy publicznej, tj. **od Zamawiającego**, albowiem pojęcie „państwa” z całą pewnością obejmuje także gminę. Reguły pomocy państwa mają zastosowanie, jeśli jest ona przyznawana selektywnie przedsiębiorstwom. Niewątpliwie MPOT (a także

grupa MPWiK) to **przedsiębiorca**, czyli podmiot gospodarczy funkcjonujący na rynku. Ponadto, pomoc skierowana do niego ma charakter **selektywny**, ponieważ żaden inny wykonawca nie uzyskałby kilkunastu pojazdów (śmieciarek) ani kilkunastu tysięcy pojemników na odpady komunalne od Zamawiającego. W niniejszej sprawie występuje również **potencjalny wpływ na wymianę handlową** między państwami członkowskimi, ponieważ opisywane tu czynności mogą utrudnić podmiotom gospodarczym z innych państw członkowskich wejście na rynek. Zamówienie publiczne, którego dotyczy niniejsze odwołanie, może być bowiem wykonywane na zasadach rynku wewnętrznego UE przez każdego wykonawcę, także spoza Polski.

105. Powyższe naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem brak jest spełnionych przesłanek do udzielenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym, zatem jedynym możliwym sposobem zakończenia wszczętego postępowania jest jego unieważnienie.

UZASADNIENIE WNIOSKÓW O PYTANIA PREJUDYCJALNE

106. Wykładnia pojęcia „osoby prawnej” oraz „działalności osoby prawnej” w rozumieniu art. 12 ust. 1 lit. b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego rozpoznania zarzutów niniejszego odwołania. W ocenie Odwołującego, wykładnia rzeczzonego przepisu powinna nastąpić z uwzględnieniem celu przepisu art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE oraz faktu, że stanowi on wyjątek od stosowania tejże Dyrektywy. Zdaniem Odwołującego konieczne jest zatem wyjaśnienie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak należy rozumieć pojęcie „działalności osoby prawnej”, gdy osoba prawna tylko na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia, powołała spółkę córkę, która ma „przejąć” część dotychczasowej działalności innej spółki córki, a spółka matka posiada w niej pośrednio i bezpośrednio 100% udziałów, co przekłada się na decydujący głos na Zgromadzeniu Wspólników.
107. Odwołujący stoi na stanowisku, że spółki córki oraz spółka matka to jedna i ta sama osoba prawna, zatem podczas wyliczania procentu prowadzonej działalności należy wziąć pod uwagę przychody całej grupy kapitałowej, w oparciu o skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy.
108. Należy w tym miejscu przypomnieć, że wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego prawo

wspólnotowe staje się częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego ma również: oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z 5 lutego 1963 r. w sprawie *van Gend en Loos* 26/62, wyrok z 9 marca 1978 r. w spr. *Simmenthal* 106/77, wyrok z 29 kwietnia 1999 r. w spr. *Erich Ciola* C-224/97).

109. Z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika, że sądy państw członkowskich (oraz inne organy państwowe), są **zobowiązane do wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem UE, jego treścią i celem** (por. m.in. wyrok TSUE w sprawie *von Colson*, C-14/83, pkt 26; w sprawie *Murphy* C-157/86, pkt 11; w sprawie *Marleasing*, C-106/89, pkt 8; w sprawie *Faccini Dori*, C-91/92, pkt 26; w sprawie *Pfeiffer*, C-397/01–C-403/01, pkt 113; w sprawie *Pupino*, C-105/03, pkt 43; w sprawie *Adeneler*, C-212/04, pkt 108; w sprawie *Angelidaki*, C-378/07–C-380/07, pkt 197; w sprawie *Mono Car Styling*, C-12/08, pkt 60; w sprawie *Kücükdeveci*, C-555/07, pkt 48; w sprawie *Dominguez*, C-282/10, pkt 24; w sprawie *Amia*, C-94/11, pkt 28).
110. W szczególności, **sądy (organy) krajowe powinny uczynić wszystko, co leży w zakresie ich kompetencji, stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, aby zapewnić pełną skuteczność normy unijnej i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami** (por. m.in. wyrok TSUE w sprawie *Pfeiffer*, C-397/01–C-403/01, pkt 118–119; w sprawie *Impact*, C-268/06, pkt 101; w sprawie *Angelidaki*, C-378/07–C-380/07, pkt 200; w sprawie *Mono Car Styling*, C-12/08, pkt 64; w sprawie *Kücükdeveci*, C-555/07, pkt 48; w sprawie *Dominguez*, C-282/10, pkt 27; w sprawie *Amia*, C-94/11, pkt 29; w sprawie *DI*, C-441/14, pkt 31; w sprawie *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, pkt 34; w sprawie *Pöpperl*, C-187/15, pkt 43).
111. Krajowa Izba Odwoławcza, jako sąd krajowy w rozumieniu art. 267 TFUE jest zatem zobowiązana wziąć pod uwagę przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy nie tylko dosłowne brzmienie przepisów ustawy PZP objętych zarzutami odwołania, ale także cele Dyrektywy 2024/24/UE implementowanej m.in. przez wskazane przepisy, a także prawo pierwotne UE (w tym w szczególności TFUE).

WYKAZANIE INTERESU WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Stosownie do art. 505 ust. 1 PZP, Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Niezasadne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia, do którego jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość.

Należy w tym miejscu przytoczyć także pogląd Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 25 maja 2012 r. (sygn. akt: XII Ga 92/12) następująco odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu, w jakim zamówienie ma być udzielone: *"innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych, musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie, względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie. Przesłanka posiadania tak rozumianego "interesu" w uzyskaniu danego zamówienia pozwala zatem I. Sp. z o.o. skarżyć czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki".*

Należy także zaznaczyć, że wykonawca **nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałoby dojść do unieważnienia postępowania** o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w wyroku

z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. KIO 2395/15 wprost uznała, iż „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania”. Podobnie w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są **uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej** nawet w sytuacji, **gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania**. Trybunał uznał, że **wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie**.

TERMIN DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Ogłoszenie nr 2025/BZP 00630872 zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2025 r. Termin 10 dniowy do niniejszego odwołania upływa z dniem 12 stycznia 2026 r. (10 stycznia wypadł bowiem w sobotę). Niniejsze odwołanie zostaje zatem wniesione w terminie.

ORGAN PODATKOWY WŁAŚCIWY DO WNIESIENIA OPŁATY SKARBOWEJ

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2111 ze zm. – zwanej dalej: „UOS”), *organem właściwym w sprawach opłaty skarbowej jest wójt (burmistrz, prezydent miasta)*.

Co do zasady, w przypadku złożenia dokumenty właściwy miejscowo zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 2 UOS jest *organ podatkowy właściwy ze względu na miejsce złożenia dokumentu*.

Zgodnie jednak art. 12 ust. 2 pkt 3 UOS, zgodnie z którym, do wniesienia opłaty skarbowej od złożenia dokumentu, o którym mowa w pkt 2, w formie elektronicznej za pośrednictwem systemu teleinformatycznego właściwy jest:

- a) *organ podatkowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania albo siedzibę mocodawcy, a w przypadku udzielenia pełnomocnictwa lub prokury przez więcej niż jednego mocodawcę w jednym dokumencie - organ podatkowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania albo siedzibę mocodawcy wskazanego w tym dokumencie jako pierwszy, który ma miejsce zamieszkania albo siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,*
- b) *Prezydent miasta stołecznego Warszawy, jeżeli mocodawca albo żaden z mocodawców ustanawiających pełnomocnictwo lub prokurę w jednym dokumencie nie ma miejsca zamieszkania albo siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.*

Zważywszy na to, iż pełnomocnictwo zostaje wniesione w formie elektronicznej, należy stosować wyjątek określony w art. 12 ust. 2 pkt 3 lit. a) UOS.

Odwołujący ma siedzibę na terenie Gminy Miejskiej Lubin, zatem właściwym miejscowo organem podatkowym jest Prezydent Miasta Lubina.

Radca Prawny
Waldemar Gumienny

Załączniki:

- A) aktualny odpis z KRS Odwołującego;
- B) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- C) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- D) dowody wymienione w treści odwołania:
 - 1) Uchwała 11/RN/2025 MPO z dnia 25 marca 2025 r.
 - 2) Ogłoszenie o zamówieniu z 3.06.2025 r.
 - 3) Specyfikacja Warunków Zamówienia z 3.06.2025 r.
 - 4) Informacja o unieważnieniu postępowania z 25.06.2025 r.
 - 5) Protokół postępowania MPO/ZP-PN/04/2025
 - 6) Informacja z otwarcia ofert z dnia 27.08.2025 r.
 - 7) Informacja z otwarcia ofert z dnia 28.10.2025 r.
 - 8) Informacja z otwarcia ofert z dnia 29.10.2025 r.
 - 9) Informacja z otwarcia ofert z dnia 30.10.2025 r.
 - 10) Informacja z otwarcia ofert z dnia 31.10.2025 r.
 - 11) Informacja z otwarcia ofert z dnia 3.11.2025 r.
 - 12) Informacja z otwarcia ofert z dnia 4.11.2025 r.
 - 13) Ogłoszenie nr 2025/BZP 00472012 z dnia 2025-10-13
 - 14) Zaproszenie do negocjacji z 13.10.2025 r. wraz z załącznikami
 - 15) Odwołanie EkoPartner Recykling Sp. z o. o. z 20.10.2025 r.
 - 16) Odwołanie Izby Branży Komunalnej z 23.10.2025 r.
 - 17) Protokół postępowania w trybie z wolnej ręki ZP5/2025
 - 18) Umowa spółki MPOT
 - 19) Odpis aktualny z KRS MPOT
 - 20) Informacja o unieważnieniu postępowania z 6.11.2025 r.
 - 21) Postanowienie Izby z dnia 18 listopada 2025 r. sygn. akt KIO 4565/25, 4612/25
 - 22) Zaproszenie do negocjacji z dnia 6.11.2025 r.
 - 23) Potwierdzenie otrzymania zaproszenia do negocjacji z 7.11.2025 r.
 - 24) Protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (ZP6/2025)

- 25) Dokumenty podmiotowe MPO złożone w dniu 12.11.2025 r.
- 26) Pismo MPWiK z 12.11.2025 r.
- 27) Umowa nr 67/PZI/PGO/2025 z dnia 12.11.2025 r.
- 28) Ogłoszenie DU UE S 238/2025 817564-2025 z 10.12.2025 r.
- 29) Ogłoszenie nr 2025/BZP 00546598 z dnia 2025-11-20
- 30) Umowa z dnia 3.10.2025 r. na dzierżawę pojemników
- 31) Umowa z dnia 3.10.2025 r. na dostawę pojemników
- 32) Ogłoszenie nr 2025/BZP 00630872 z dnia 2025-12-31
- 33) Fotografia drzwi wejściowych do budynku biurowego ul. Rzeźnicza 1
- 34) Zrzut ekranu z www.mpot.lubin.pl
- 35) Zrzut ekranu ze strony internetowej www.mpwik.lubin.pl
- 36) odpis aktualny z KRS MPO
- 37) odpis aktualny z KRS MUNDO
- 38) odpis aktualny z KRS RTBS
- 39) Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2024 r.
- 40) Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2024 r.
- 41) Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2023 r.
- 42) Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2023 r.
- 43) Skonsolidowanie sprawozdanie finansowe MPWiK za 2022 r.
- 44) Skonsolidowanie sprawozdanie z działalności MPWiK za 2022 r.

E) dowód przestania kopii niniejszego odwołania do Zamawiającego;

Otrzymują:

- adresat (x 1);
- Zamawiający (x 1);
- a/a (x 1).