

Sygn. akt: KIO 277/25

KIO 278/25

KIO 280/25

KIO 284/25

KIO 311/25

KIO 313/25

WYROK

Warszawa, dnia 17 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKOSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach (sygn. akt KIO 277/25)

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez Izbę Branży Komunalnej w Warszawie (sygn. akt KIO 278/25)

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach (sygn. akt KIO 280/25)

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt 284/25)

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę A.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. (sygn. akt 311/25)

w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdroju (sygn. akt 313/25)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Września przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25

B. Izby Branży Komunalnej w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25

C. Wykonawcy ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 284/25, KIO 311/25, KIO 313/25

D. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 311/25, KIO 313/25

E. wykonawcy A.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 313/25

F. wykonawcy ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdroju w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25

G. wykonawcy EKO-BYŚ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25

H. wykonawcy Firma Usługowa EKO-KAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Raszkowie w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25

I. wykonawcy ORDO AMZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25

J. wykonawcy Firma Usługowa „KOSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25

K. wykonawcy M.M., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25

L. wykonawcy PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o sygn. akt KIO 278/25

M. wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 278/25 oraz KIO 280/25

N.wykonawcy EKO-TOM Turguła Spółka jawna z siedzibą w Owińskach w postępowaniu
o sygn. akt KIO 313/25

2.uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Wrześnińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrześni

orzeka:

1.Oddala odwołania we wszystkich sprawach.

2.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 277/25 obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę

tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 złotych, poniesioną przez zamawiającego Gminę Września z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 278/24 obciąża Izbę Branży Komunalnej w Warszawie i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Izbę Branży Komunalnej

w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Września z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2.zasądza od Izby Branży Komunalnej w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 280/25 obciąża wykonawcę ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Września z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4.2.zasądza od wykonawcy ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Witaszyczkach na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

5.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 284/25 obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Września z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

5.2.zasądza od wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

6.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 311/25 obciąża wykonawcę A.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. i:

6.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę A.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Września z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

6.2. zasądza od wykonawcy A.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 313/24 obciąża wykonawcę ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdrój i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdrój tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Września kwotę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

7.2. zasądza od wykonawcy wykonawcę ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdrój na rzecz zamawiającego Gminy Września kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 277/25

KIO 278/25

KIO 280/25

KIO 284/25

KIO 311/25

KIO 313/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Września, dalej: „*zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”, dalej: „*postępowanie*”. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone 15 stycznia 2025 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00033799.

I. KIO 277/25

27 stycznia 2025 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach, dalej „*odwołujący(I)*” wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, dokonanej z naruszeniem ustawy, polegające na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp na rzecz wykonawcy Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., dalej: „*WPUK*”.

Zaskarżonej czynności odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu wolnej ręki do udzielenia zamówienia, a w szczególności nie wykazał, że sprawuje kontrolę nad WPUK odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami;
2. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 i 6 p.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu wolnej ręki do udzielenia zamówienia, a w szczególności nie wykazał za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę;
3. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5-7 p.z.p. oraz w zw. z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061; dalej: k.c.) w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez powołanie spółki-córki (WPUK) przez spółki komunalne Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z

o.o. z siedzibą we Wrześni (dalej: PUK) oraz Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą we Wrześni (dalej: PWiK) i przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy w istocie doszło do reorganizacji spółek komunalnych zamawiającego dla pozoru, a zamówienie to zostanie udzielone WPUK wyłącznie w celu obejścia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. i przewidzianych tam przesłanek, których spółki komunalne (spółki-matki) nie spełniają;

4. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 7 i 9 p.z.p. oraz w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez wszczęcie postępowania z zamiarem udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki podmiotowi, który nie posiada potencjału do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty, samodzielny i bez powierzenia wykonania części zamówienia dot. głównego jego przedmiotu podwykonawcom oraz z zamiarem faktycznego powierzenia realizacji zamówienia PUK, tj. spółce-matce wykonawcy wskazanego w Ogłoszeniu, która to nie spełnia przesłanek zawartych w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

II. KIO 278/25

27 stycznia 2025 r. Izba Branży Komunalnej w Warszawie, dalej „*odwołujący(II)*” wniosła odwołanie od niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zamiarze udzielenia zamówienia w ramach trybu z wolnej ręki, prowadzącego do udzielenia zamówienia publicznego na „Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”, na rzecz Wrzesińskiego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą we Wrześni (dalej jako: „Wrzesiński PUK” lub „Spółka Córka”),
- niewykazaniu przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na skutek czego zamawiający przyjął, że dopuszczalne jest udzielenie Wrzesińskiemu PUK zamówienia w tym trybie.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący(II) zarzucił naruszenie:

- (1)art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej jako „k.c.” oraz art. 58 § 1 k.c., poprzez zamiar udzielenia spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., zwanej dalej „Wrzesińskim PUK” lub „Spółką Córka” zamówienia in house w sytuacji, gdy z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że utworzenie Wrzesińskiego PUK, której udziałowcami jest:
- świadcząca usługi z zakresu odbioru odpadów komunalnych spółka komunalna Gminy Września - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. (dalej jako „PUK”),
 - druga spółka komunalna Gminy Września - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. (dalej jako „PWiK”),
- i zamiar udzielenia Wrzesińskiemu PUK przedmiotowego zamówienia w formule in house wynika z niemożności udzielenia takiego zamówienia spółce PUK, co wskazuje na obejście przepisów prawa i czyni wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki nieważnym z mocy prawa, a ponadto skorzystanie przez zamawiającego z trybu z wolnej ręki jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do udzielenia zamówienia w tym trybie oraz stanowi to jednocześnie naruszenie podstawowych zasad p.z.p., w szczególności zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości,
- (2)art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p. w z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zamiar udzielenia Wrzesińskiemu PUK zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami p.z.p., tj. wobec niewykazania przez zamawiającego spełnienia wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., w szczególności niewykazania przez niego, że Zamawiający lub PUK i PWiK sprawują nad Wrzesińskim PUK kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wrzesińskiego PUK,
- (3)art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zamiar udzielenia Wrzesińskiemu PUK zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami p.z.p., tj. wobec niewykazania przez zamawiającego spełnienia wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., w szczególności niewykazania przez niego, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego lub przez PUK i PWiK i niezasadne oparcie się w tym zakresie na prognozach handlowych w sytuacji, gdy zamawiający ma dostęp do danych finansowych zarówno PUK, jak i PWiK, a dane te pozwalają na ustalenie przychodu z wykonywania zadań powierzonych im przez zamawiającego i z uwagi na przyjęty przez zamawiającego model realizacji zadań własnych (i

tworzenie spółek komunalnych „drugiego stopnia”) powinny być one brane pod uwagę przy weryfikowaniu, czy po stronie zamawiającego są spełnione przesłanki udzielenia zamówienia in house,

(4)art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 1 p.z.p. zw. art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm., dalej jako „Dyrektywa”) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt

5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2024 r., po. 1616 j.t. ze zm.), zwanej dalej „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik, poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego Wrzesińskiemu PUK w trybie niekonkurencyjnym

i w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy, bez względu na sytuację na rynku właściwym, która umożliwiałaby zamawiającemu udzielenie zamówienia w jednym

z trybów konkurencyjnych, co z kolei stanowi naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwolujący wniósł o:

(1)uwzględnienie odwołania w całości,

(2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla tego zamówienia,

(3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zmierzającej do zawarcia

z Wrzesińskiemu PUK umowy z wolnej ręki, której przedmiotem ma być odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w systemie gospodarki odpadami komunalnymi Gminy Września (nieruchomości zamieszkałych) oraz GPSZOK zlokalizowanego w miejscowości Września,

(4)zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych, na podstawie faktury VAT złożonej przez odwołującego na rozprawie.

III. KIO 280/25

27 stycznia 2025 r. wykonawca ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Witaszyczkach, dalej „odwołujący(III)” wniósł odwołanie wobec niezgodnych

z przepisami ustawy działań i zaniechań zamawiającego – Gminy Września wyrażających się

w wyborze trybu i zamiarze udzielenia (pomimo niewykazania spełnienia przesłanek) Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych sp. z o.o. zamówienia na „Odbiór

i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”, nr postępowania: ZP-271/7/WP/2025, dalej jako „postępowanie”.

Odwolujący zarzucił, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy:

1.art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.

Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej jako „k.c.” oraz art. 58 § 1 k.c., poprzez zamiar udzielenia spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., zwanej dalej „Wrzesińskim PUK” lub „Spółką-Córką” zamówienia in-house w sytuacji, gdy z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że utworzenie Wrzesińskiego PUK, której udziałowcami jest:

a. świadcząca usługi z zakresu odbioru odpadów spółka komunalna Gminy Września - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. (dalej jako „PUK”);

b. i druga spółka komunalna Gminy Września - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. (dalej jako „PWIK”); i zamiar udzielenia Wrzesińskiemu PUK przedmiotowego zamówienia w formule in-house wynika z niemożności udzielenie takiego zamówienia spółce PUK, co wskazuje na obejście przepisów prawa i czyni wszczęcie postępowania

w trybie z wolnej ręki nieważnym z mocy prawa, a ponadto skorzystanie przez zamawiającego z trybu z wolnej ręki jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do udzielenia zamówienia w tym trybie oraz stanowi to jednocześnie naruszenie podstawowych zasad Pzp, w szczególności zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości;

2. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp w z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zamiar udzielenia Wrzesińskiemu PUK zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami Pzp, tj. wobec niewykazania przez zamawiającego spełnienia wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, w szczególności niewykazania przez niego, że zamawiający lub PUK i PWIK sprawują nad Wrzesińskim PUK kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wrzesińskiego PUK;

3.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 214 ust. 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

poprzez zamiar udzielenia Wrześcińskiemu PUK zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami Pzp, tj. wobec niewykazania przez zamawiającego spełnienia wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, w szczególności niewykazania przez niego, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub przez PUK i PWIK i niezasadne oparcie się w tym zakresie na prognozach handlowych w sytuacji, gdy zamawiający ma dostęp do danych finansowych zarówno PUK, jak i PWIK, a dane te pozwalają na ustalenie przychodu z wykonywania zadań powierzonych im przez zamawiającego i z uwagi na przyjęty przez zamawiającego model realizacji zadań własnych (i tworzenie spółek komunalnych „drugiego stopnia”) powinny być one brane pod uwagę przy weryfikowaniu, czy po stronie zamawiającego są spełnione przesłanki udzielenia zamówienia in-house;

4.art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp zw. z art.

18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm., dalej jako „Dyrektywa”) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2024 r., po. 1616 j.t. ze zm.), zwanej dalej „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego Wrześcińskiemu PUK w trybie niekonkurencyjnym i w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy, bez względu na sytuację na rynku właściwym, która umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia w jednym z trybów konkurencyjnych, co z kolei stanowi naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu podjęcia czynności unieważnienia Postępowania.

IV. KIO 284/25

27 stycznia 2025 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna, dalej „odwołujący(IV)” zaskarżył czynność podjętą przez Gminę Września, polegającą na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, którego przedmiotem jest: Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”, Wrześcińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. (dalej „Wykonawca” lub „WPUK”).

Opisanej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust.

1 PZP oraz z art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24/UE”) – poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez zamawiającego WPUK, podczas gdy zamawiający nie sprawuje nad WPUK kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej nad jego własnymi jednostkami;

2.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w związku z art. 214 ust. 5 Pzp w związku z art. 214 ust.

w zw. z ust. 6 Pzp w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 12 ust. 1 lit. b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE – poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez zamawiającego WPUK, podczas gdy mniej niż 90% działalności osoby prawnej, której zamawiający zamierza udzielić zamówienia dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego;

3.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, do sporządzenia której jest zobowiązany na podstawie art. 83 Pzp, a z okoliczności sprawy wynika, że zasady te zachowane nie są;

4. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w związku

z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit.

a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ("UOKiK") oraz w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE) poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i art.

12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, jest wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego

w trybie z wolnej ręki, podczas gdy spełnienie tych przesłanek nie jest samo w sobie zgodne z ww. bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa UE, co wynika z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”) w sprawie Irgita (C-285/18), a także

z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy działanie zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie zamawiającym unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

V. KIO 311/25

27 stycznia 2025 r. wykonawca A.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z., dalej „*odwołujący(V)*” wniósł odwołanie od wobec czynności podjętej przez Gminę Września, polegającej na wszczęciu postępowania

i zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 pzp Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o., którego przedmiotem jest „Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a Pzp w zw. z art. 12 ust. 1 lit. a Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L. z 2014 r. NR 94, str. 65 z późn. zm., dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE poprzez zamiar udzielenia spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zamówienia z wolnej ręki, mimo że zamawiający nie sprawuje nad tą osobą prawną kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, w szczególności nie ma dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;
2. 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 2014/24/UE w zw. z art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE, art. 49, art. 56 oraz art. 102 i art. 106 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 5 kc i art. 58 § 1 i § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zamiar udzielenia spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house, podczas gdy czynność prawna zawarcia między spółką Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością a Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością umowy spółki i zawiązania nowej spółki - Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz czynność udzielenia WPUK zamówienia publicznego to czynności prawne mające na celu osiągnięcie zakazanego skutku, jakim jest realizacja zamówienia publicznego w trybie in-house poprzez podmiot, który nie spełnia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c Pzp, albowiem spółkę córką i spółkę matką Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (która nie spełnia wyżej wymienionych przesłanek) należy traktować jako jeden byt prawny, co w konsekwencji powoduje, że udzielenie w realiach niniejszej sprawy zamówienia in-house WPUK narusza szereg zasad, takich jak zakaz nadużywania pozycji dominującej, zakaz ograniczenia swobody przedsiębiorczości, zakaz ograniczenia swobody świadczenia usług, zasadę przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji;
3. naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp poprzez zamiar udzielenia spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy nie posiada ona zasobów umożliwiających samodzielne zrealizowanie zamówienia w szczególności nie posiada potencjału technicznego (śmieciarek, bazy magazynowo-transportowej) ani osobowego, a także nie ma możliwości legalnie świadczyć usług objętych przedmiotem zamówienia, gdyż nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Miasta i Gminy Września ani wpisu do rejestru – bazy danych o produktach i

opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a zatem ww. spółka nie zrealizuje osobiście zamówienia;

4.naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 pkt 1 lit. b Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z artykułem 214 ust. 6 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt b Dyrektywy 214/24/UE w zw. z art. 12 ust.

5 Dyrektywy 214/24/UE poprzez zamiar udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house spółce Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, mimo że mniej niż 90% działalności tej spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub poprzez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę;

5.naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. jeden Pzp

i art. 129 ust. 2 Pzp w związku z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, art. 18 Dyrektywy 2014/24 /UE oraz art. 49 TFUE, art. 56 TFUE, art. 102 TFUE i art. 106 TFUE poprzez zamiar udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house spółce Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, mimo że warunki udzielenia zamówienia, w szczególności wynagrodzenie jakie planuje zamawiający zapłacić w związku z realizacją zamówienia przez ww. wykonawcę jest nierynkowe, nieproporcjonalne, oraz prawie dwukrotnie wyższe niż wydatki jakie zamawiający ponosił

w ostatnich latach z tego samego tytułu, co powoduje, że udzielenie zamówienia w trybie in-house, w realiach niniejszej sprawy narusza zasady równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i uczciwej konkurencji oraz nie zapewnieni najlepszej jakości usług

w ramach dostępnych środków oraz nie pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia.

Odwolujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia niniejszego 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 postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niewykazania ustawowych przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób;

2.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

VI. KIO 313/25

27 stycznia 2025 r. wykonawca ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Polczynie-Zdroju, dalej „*odwołujący(VI)*” wniósł odwołanie od niezgodnych

z przepisami ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”) czynności i zaniechań Zamawiającego, dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia wykonawcy Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. (dalej jako: „WPUK”) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, którego przedmiotem jest Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Wrzesnia.

Odwolujący zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie:

1.art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej jako „k.c.” oraz art. 58 § 1 k.c., poprzez opisany w ogłoszeniu zamiar udzielenia Wrzesińskiemu Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych sp. z o.o., (zwane dalej „WPUK” lub „Spółka Córka”) zamówienia z wolnej ręki (in house), w sytuacji, gdy z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że samo powołanie WPUK, jak również zamiar udzielenia tej Spółce zamówienia w trybie in house, stanowi wyłącznie sposób na obejście obowiązującego prawa.

Powołanie „Spółki Córki” wynika bowiem z braku możliwości udzielenie zamówienia

z wolnej ręki jednej ze spółek komunalnych zamawiającego, które są udziałowcami nowo powołanej Spółki Córki. Tym samym mechanizm polegający na powołaniu pozornie odrębnej spółki służy wyłącznie pominięciu zasad udzielania zamówień wynikających przepisów Pzp, co już samo w sobie powoduje, że wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki jest nieważne.

2.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz w związku z art.

12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24/UE”) – poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez zamawiającego osobie prawnej (tu: WPUK) podczas gdy zamawiający nie sprawuje nad tą osobą prawną (tu: WPUK) kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej nad jego własnymi jednostkami;

3.art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w związku z art. 214 ust. 5 Pzp w związku z art. 214 ust.

7 w zw. z ust. 6 Pzp oraz art. 12 ust. 1 lit. b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE – poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego osobie prawnej (tu: WPUK), także w przypadku braku wykazania spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, w szczególności braku wykazania, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającą (tu: Gmina Września) lub udziałowców (tu: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. - dalej jako „PUK”- lub Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. - dalej jako „PWIK”), Zamawiająca w sposób nieuprawniony przyjęła, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zasadnym jest oparcie się na tzw. „wiarygodnych prognozach handlowych” podczas gdy w rzeczywistości analizie winny zostać poddane dane finansowe podmiotów dominujących (tu: PUK i PWIK), które to dane pozwalają na ustalenie struktury przychodów

z wykonywania zadań powierzonych im przez zamawiającego;

4. 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, do sporządzenia której jest zobowiązany na podstawie art. 83 Pzp;

5. art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w związku

z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit.

a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ("UOKiK") oraz w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE) poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, jest wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy spełnienie tych przesłanek nie jest samo w sobie zgodne z ww. bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa UE, co wynika z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”) w sprawie Irgita (C-285/18), a także

z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy działanie zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie zamawiającym unieważnienia postępowania, ponieważ jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Zamawiający w piśmie z 11 lutego 2025 r. – odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie każdego z odwołań oraz oddalenie wniosków odwołujących: wykonawców Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna oraz A.Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z.

o skierowanie pytań prejudycjalnych do TSUE.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, wyrażonych w pisemnych oraz ustnych stanowiskach, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, nie zawierały one braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących zgłosili następujący wykonawcy:

1. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach w postępowaniach o sygn. akt KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25,
2. Izba Branży Komunalnej w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25,
3. ZGO-NOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 284/25, KIO 311/25, KIO 313/25,
4. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 311/25, KIO 313/25,
5. A.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 313/25,
6. ATF Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie-Zdroju w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25,
7. EKO-BYŚ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25, KIO 313/25,
8. Firma Usługowa EKO-KAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Raszkowie w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25,
9. ORDO AMZA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku w postępowaniach o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25,
10. Firma Usługowa „KOSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25,
11. M.M., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” w postępowaniu o sygn. akt KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25,
12. PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o sygn. akt KIO 278/25,
13. Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniach o sygn. akt KIO 278/25 oraz KIO 280/25,
14. EKO-TOM Turguła Spółka jawna z siedzibą w Owińskach w postępowaniu o sygn. akt KIO 313/25.

Przystąpienie do wszystkich postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrześni.

Zgłoszenia spełniały warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący podzieli stanowiska odwołujących w sprawach, w których przystąpili do postępowań odwoławczych, wykonawca Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrześni poparł stanowisko zamawiającego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty dołączone do odwołań oraz dokumenty, złożonych w postępowaniu odwoławczym.

Izba oddaliła wniosek odwołującego(IV) o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujących pytań prejudycjalnych:

1. (a) Czy w ramach przepisu art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczalna jest sytuacja, w której instytucja zamawiająca (lub kontrolowana/e przez nią osoba prawna, która nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 12 ust. 1 lit. b)) powołuje kolejne osoby prawne, których przedmiot działalności jest analogiczny do pierwszej osoby prawnej, ale która ma wykonywać wyłącznie działalność powierzoną jej przez instytucję zamawiającą i co ma sprawić, że spełni ona przesłanki wskazane w art. 12 ust. 1 lit. b)?
(b) Czy w ramach pojęcia „kontrola jaką instytucja zamawiająca sprawuje nad swoimi jednostkami” uwzględnia się działalność jaką osoba prawna prowadzi w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą, w szczególności, czy za brakiem takiej kontroli może przemawiać fakt, że osoba prawna działa na rynku konkurencyjnym i realizuje usługi dla innych podmiotów, niepowiązanych z instytucją zamawiającą, w szczególności, gdy poziom przychodów z takiej działalności przekracza 20%?,
2. (a) Jak należy rozumieć użyte w art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę

2004/18/WE pojęcie „osoby prawnej”, w szczególności, czy dla uznania, że mamy do czynienia z „osobą prawną” kluczowe znaczenie ma sama formalna odrębność prawna tego podmiotu, czy też należy to pojęcie rozumieć w kontekście gospodarczym i funkcjonalnym, to jest tak samo/analogicznie, jak rozumiany jest sam mechanizm zamówień in-house, a zatem, że przez

„osobę prawną” w tym przypadku należy uznawać powiązane ze sobą gospodarczo i funkcjonalnie podmioty, które pozostają pod kontrolą instytucji zamawiającej, o której mowa w art. 12 ust. 1 lit.a) Dyrektywy 2014/24/UE?

(b) Jak należy rozumieć 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 osoba prawna będzie wykonywała usługi powierzonej jej przez instytucję zamawiającą oraz usługi „komercyjne”, a nowa osoba prawna będzie wykonywała wyłącznie usługi powierzonej jej przez instytucję zamawiającą?

3. Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE w świetle wyroku Trybunału w sprawie Irgita C-285/18, należy interpretować w ten sposób, że

w przypadku wyłączenia wskazanych w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych

w ogólnym interesie gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TfUE, w tym

w szczególności art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TfUE?

oraz wniosku odwołującego(V) o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujących pytań prejudycjalnych:

1.przy uwzględnieniu okoliczności niniejszego postępowania, czy w sytuacji gdy całość udziałów w osobie prawnej („spółka córka”) należy do osób prawnych, które są kontrolowane w rozumieniu artykułu 12 ust. 1 lit. a Dyrektywy 214/24/UE przez instytucję zamawiającą („spółki matki”) warunek z art. 12 ust. 1 lit. a Dyrektywy 214/24/UE jest spełniony automatycznie, czy biorąc pod uwagę fakt, że w spółce córce wszystkie prawa udziałowe wykonują członkowie zarządu spółek matek, a nie bezpośrednio instytucja zamawiająca zamawiająca, w tym tworzą one Zgromadzenie Wspólników, należy każdorazowo ocenić, czy kontrola instytucji zamawiającej nad spółką córką jest podobna do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami przy uwzględnieniu dorobku orzecznicze tego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej?

2.przy uwzględnieniu okoliczności niniejszego postępowania czy art. 12 ust. 1 pkt b

w związku 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 trybie in-house, czy może odnosić się także do osób prawnych, które ją utworzyły (spółek matek), jeżeli pomiędzy spółką córką i spółką matką istnieją tego rodzaju powiązania, że należy je de facto traktować jako jedną osobę prawną, mimo ich formalnej odrębności, w szczególności jeżeli istnieje między nimi ścisła więź organizacyjna lub ekonomiczna, a także spółka matka prowadzi działalność gospodarczą w tym samym zakresie (przedmiocie) tylko na rzecz innych podmiotów niż spółka córka, w tym z uwzględnieniem faktu, że spółka matka udostępnia spółce córce zasoby potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia udzielonego w trybie in-house oraz czy w takim wypadku utworzenie spółki córki może być uznane za reorganizację działalności spółki mającą wpływ na ustalenie odsetka działalności, o którym mowa

w art. 12 ust. 1 pkt b czy też oba te podmioty winny być dla celów ustalenia odsetka działalności traktowane jako jeden organizm gospodarczy?

W ocenie Izby, udzielenie odpowiedzi na powyższe pytania nie wydaje się być koniecznym

i niezbędnym do wydania wyroku w przedmiotowej sprawie.

Izba oddaliła również wniosek odwołującego(IV) o zobowiązanie zamawiającego, na podstawie art. 536 Pzp, do przedstawienia następujących informacji i dokumentów:

(a) dokumentów źródłowych oraz wszelkich towarzyszących im analiz, które stanowią podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że sprawuje on nad osobą prawną (tu:

WPUK) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej nad jego własnymi jednostkami, na okoliczność spełnienia przesłanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP oraz art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE;

(b) dokumentów źródłowych oraz wszelkich towarzyszących im analiz, które stanowią podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że ponad 90% działalności osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez

Zamawiającego,

na okoliczność spełnienia przesłanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w zw. z art. 214 ust. 5 PZP oraz art. 12 ust. 1 lit. b) w zw. z ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE;

(c)analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 PZP wraz z dokumentami źródłowymi, 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;

oraz wniosku odwołującego(V) o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia na podstawie art. 536 Pzp wszelkich dokumentów analiz i wyczeń stanowiących podstawę do twierdzenia przez zamawiającego że w okolicznościach niniejszego postępowania spełnione zostały przesłanki do udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 11 Pzp oraz analizy potrzeb i wymagań sporządzonej w związku z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mając na uwadze fakt, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym,

a zatem stosowanie do art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór i transport odpadów pochodzących

z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września”.

15 stycznia 2025 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszczone zostało ogłoszenie

o zamiarze zawarcia umowy z Wrzesińskim Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych, dalej: „WPUK”. Ogłoszenie zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Pełne uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki zamawiający zamieścił pod linkiem:

https://1drv.ms/b/c/da85ab7967d764c2/Eelrreg9thVMh_8tjKA1z14BMk5e_IzT3TOSTV2y48Q8aw?e=VGp.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących

z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Września i obejmuje:

- 1.odbiór wskazanych w opisie zamówienia rodzajów odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie Gminy Września,
- 2.transport odebranych z terenu nieruchomości zamieszkałych odpadów (u źródła) do stacji przeładunkowej w Bardzie,
- 3.transport odpadów komunalnych zbieranych w Gminnym Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych do Barda lub do instalacji ZZO w Lulkowie,
- 4.wyposażenie nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Września w pojemniki i kontenery na odpady zmieszane, pojemniki i kontenery na odpady ulegające biodegradacji, gniazda na odpady zbierane selektywnie,
- 5.dbalność o należyty stan sanitarny, porządkowy i techniczny wyżej w/w pojemników i kontenerów,
- 6.dostarczenie do nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych zakupionych wcześniej przez gminę,
- 7.dostarczenie do wyżej wymienionych nieruchomości harmonogramów odbioru odpadów komunalnych zakupionych wcześniej przez gminę gminę.

Szacowana ilość odpadów przewidzianych do odbioru transportu w roku kalendarzowym to 20659 Mg. Zamówienie będzie realizowane w okresie od 1 marca 2025 r. do 31 grudnia 2026 r.

WPUK, któremu ma być udzielone zamówienie, jest spółką, utworzoną 11 grudnia 2025 r.,

w której wszystkie udziały należą do dwóch spółek:

- 1.90% Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrześni, dalej: „PUK”, której 100% udziałów należy do Gminy Września,
- 2.10% do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrześni, dalej: „PWIK”, której 100% udziałów należy do Gminy Września.

Izba odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniach, wskazuje:

1. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia, w szczególności nie wykazał, że sprawuje kontrolę nad WPUK odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami – zarzut nr 1 odwołania, podniesiony przez

odwołującego(I), zarzut nr 2, podniesiony przez odwołującego(II), zarzut

2 odwołania, podniesiony przez odwołującego(III), zarzut 2.1. odwołania, podniesiony przez odwołującego(IV), zarzut nr 1, podniesiony przez odwołującego(V) oraz zarzut 2.2. odwołania, podniesiony przez odwołującego(VI).

Stosownie do przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegająca na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Odpowiednio do art. 12 ust. 1 lit. a Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE

z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE

z dnia 26 lutego 2014 r., dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”, zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami.

Stanowisko doktryny dotyczące kontroli sprawowanej nad osobą prawną jest następujące: „*Odnosząc się do przesłanki kontroli nad osobą prawną, warto w tym zakresie odwołać się do orzecznictwa TSUE przywołanego wyżej w niniejszym komentarzu, zwłaszcza orzeczenia*

w sprawie Teckal, Parking Brixen oraz Stadt Halle. W praktyce dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej będzie wynikał z powiązań kapitałowych (np. w przypadku spółki, w której jedynym wspólnikiem jest gmina) oraz prawnych. Powiązania tej drugiej natury wynikać będą np. z postanowień aktu założycielskiego osoby prawnej oraz statutu, w którym to dokumencie mogą zostać określone zasady powoływania członków organu zarządzającego osobą prawną.”, Prawo zamówień publicznych. Komentarz [do art. 214 ustawy Pzp], P.G., I.G., wyd.

2 z 2024 r.

Izba wskazuje, że w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp mowa jest o sprawowaniu przez zamawiającego kontroli, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje zarządcze osoby prawnej. Warunek z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a jest spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że nie chodzi o przy tym o identyczną, ale o kontrolę analogiczną – odpowiadającą tej sprawowanej nad własnymi jednostkami.

Wpływ na działalność takiej osoby prawnej nie musi przy tym dotyczyć każdego przejawu jej aktywności gospodarczej, a więc polegać na zarządzaniu osobą prawną, jak twierdzą odwołujący.

Zdaniem Izby, z aktów założycielskich spółek PUK i WPUK wynikają uprawnienia zgromadzenia wspólników oraz rady nadzorczej, które można ocenić jako wywieranie wpływu na istotne decyzje zarządcze organów ww. spółek.

Z Aktu założycielskiego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp. z o.o. (§ 26) wynika, że:

Do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Wspólników należy:

- 1) Uchwalanie planów oraz głównych kierunków oraz strategii działania Spółki,
- 2) Zmiana Aktu Założycielskiego Spółki,
- 3) Wyrażanie zgody na utworzenie spółki, przystąpienie do innej spółki, organizacji gospodarczej, organizacji społecznej oraz o występowaniu z niej,
- 4) Postanowienie co do dalszego istnienia Spółki w przypadku, gdyby straty przekroczyły sumę kapitału zapasowego i kapitałów rezerwowych oraz połowy kapitału zakładowego,
- 5) Połączenie lub rozwiązanie Spółki oraz utworzenie nowej Spółki,
- 6) Podejmowanie uchwał w sprawie tworzenia i likwidacji oddziałów przedsiębiorstwa Spółki,
- 7) Wyrażanie zgody na obejmowanie, nabywanie, zbywanie lub obciążanie udziałów w innych podmiotach gospodarczych,
- 8) Podejmowanie uchwał w sprawie cennika usług świadczonych przez Spółkę,
- 9) Rozpatrywanie i zatwierdzanie rocznych planów gospodarczych i wieloletnich planów działalności inwestycyjnej Spółki,
- 10) Wyrażanie zgody na zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa Spółki lub jego części albo ustanowienie na nich

ograniczonego prawa rzeczowego,

- 11) Wyrażenie zgody na nabywanie, zbywanie lub obciążanie nieruchomości lub prawa użytkowanie wieczystego albo udziału w nieruchomości lub w prawie użytkowania wieczystego,
- 12) Wybór i odwoływanie Rady Nadzorczej,
- 13) Uchwalanie regulaminu Rady Nadzorczej i regulaminu Zgromadzenia Wspólników,
- 14) Określenie zasad wynagradzania członków Rady Nadzorczej,
- 15) Rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania Zarządu Spółki, bilansu oraz rachunków zysku i strat za ubiegły rok obrachunkowy,
- 16) Podjęcie uchwały o podziale zysku lub o sposobie pokrywania strat,
- 17) Udzielenie Członkom Zarządu i Rady Nadzorczej absolutorium z wykonania przez nich obowiązków,
- 18) Wyrażanie zgody na zaciągnięcie zobowiązania o wartości przekraczającej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych), o ile nie zostało ono ujęte w zatwierdzonym przez Zgromadzenie Wspólników planie gospodarczym Spółki,
- 19) Podjęcie uchwały o emisji obligacji,
- 20) Tworzenie funduszy celowych,
- 21) Umorzenie udziałów,
- 22) Zbycie udziałów, oddanie ich w zastaw, dzierżawienie lub ustanowienie na nich prawa użytkowania musi być zgodne z działem IV Ustawy z dnia 30 sierpnia 1988 roku o komercjalizacji i prywatyzacji, z zastrzeżeniem ust. 3 i 4,
- 23) Podwyższenie lub obniżenie kapitału zakładowego,
- 24) Podejmowanie uchwał w innych sprawach dotyczących Spółki, w tym wniesionych przez Radę Nadzorczą lub Zarząd,
- 25) Wszelkie postanowienia dotyczące roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy zawiązywaniu Spółki lub sprawowaniu zarządu albo nadzoru.

§ 23 Aktu założycielskiego wynika:

Do wyłącznych kompetencji Rady Nadzorczej należy:

- 1) Sprawowanie kontroli nad działalnością Spółki,
- 2) Nadzór nad realizacją uchwał zgromadzenia wspólników,
- 3) Opiniowanie głównych kierunków oraz strategii działania Spółki,
- 4) Opiniowanie utworzenia spółki, przystąpienia do innej spółki, organizacji gospodarczej, organizacji społecznej oraz o występowaniu z niej,
- 5) Opiniowanie projektów uchwał zarządu, w szczególności w sprawach polityki finansowej Spółki, zasad wynagradzania pracowników, zwolnień grupowych pracowników, istotnych zmian organizacyjnych Spółki oraz w sprawach nabycia, zbycia albo obciążenia przedsiębiorstwa, zorganizowanej części przedsiębiorstwa oraz nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w nich,
- 6) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na nabywanie, zbywanie lub obciążanie nieruchomości lub prawa użytkowanie wieczystego albo udziału w nieruchomości lub w prawie użytkowania wieczystego,
- 7) Udzielanie zgody na zastawienie i poręczenie majątkiem Spółki,
- 8) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa Spółki lub jego części albo ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 9) Opiniowanie rocznych planów gospodarczych Spółki na dany rok obrotowy oraz wieloletnich planów działalności inwestycyjnej Spółki,
- 10) Coroczne badanie sprawozdania Zarządu, bilansu oraz rachunku zysków i strat,
- 11) Rozpatrywanie i opiniowanie wniosków Zarządu co do podziału zysków lub pokrycia strat,
- 12) Składanie wobec Zgromadzenia Wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyniku badania rachunków oraz z przeprowadzanych kontroli,
- 13) Stawianie wniosków na Zgromadzeniu Wspólników o udzielenie Zarządowi pokwitowania,
- 14) Wybór biegłego rewidenta prowadzącego badanie sprawozdania finansowego Spółki,
- 15) Zatwierdzanie regulaminu przedsiębiorstwa Spółki oraz regulaminu Zarządu,
- 16) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązania o wartości przekraczającej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych), o ile nie zostało ono ujęte w zatwierdzonym przez Zgromadzenie Wspólników planie gospodarczym Spółki,
- 17) Rozpatrywanie skargi i wnioski dotyczące działalności Zarządu,
- 18) Zawieszenie członków Zarządu Spółki.

Izba oceniła, że uprawnienia przyznane zgromadzeniu wspólników (funkcję powyższą pełni Burmistrz Miasta i Gminy Września) oraz radzie nadzorczej są uprawnieniami polegającymi na sprawowaniu kontroli nad spółką – wywieraniu wpływu na istotne decyzje zarządcze spółki.

Z Aktu założycielskiego Wrzesińskiego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. –

§ 26 wynika:

Do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Wspólników należy:

- 1) Uchwalanie planów oraz głównych kierunków oraz strategii działania Spółki,
- 2) Zmiana Aktu Założycielskiego Spółki,
- 3) Wyrażanie zgody na utworzenie spółki, przystąpienie do innej spółki, organizacji gospodarczej, organizacji społecznej oraz o występowaniu z niej,
- 4) Postanowienie co do dalszego istnienia Spółki w przypadku, gdyby straty przekroczyły sumę kapitału zapasowego i kapitałów rezerwowych oraz połowy kapitału zakładowego,
- 5) Połączenie lub rozwiązanie Spółki oraz utworzenie nowej Spółki,
- 6) Podejmowanie uchwał w sprawie tworzenia i likwidacji oddziałów przedsiębiorstwa Spółki,
- 7) Wyrażanie zgody na obejmowanie, nabywanie, zbywanie lub obciążanie udziałów w innych podmiotach gospodarczych,
- 8) Podejmowanie uchwał w sprawie cennika usług świadczonych przez Spółkę,
- 9) Rozpatrywanie i zatwierdzanie rocznych planów gospodarczych i wieloletnich planów działalności inwestycyjnej Spółki,
- 10) Wyrażanie zgody na zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa Spółki lub jego części albo ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 11) Wyrażenie zgody na nabywanie, zbywanie lub obciążanie nieruchomości lub prawa użytkowanie wieczystego albo udziału w nieruchomości lub w prawie użytkowania wieczystego,
- 12) Wybór i odwoływanie Rady Nadzorczej,
- 13) Uchwalanie regulaminu Rady Nadzorczej i regulaminu Zgromadzenia Wspólników,
- 14) Określenie zasad wynagradzania członków Rady Nadzorczej,
- 15) Rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania Zarządu Spółki, bilansu oraz rachunków zysku i strat za ubiegły rok obrachunkowy,
- 16) Podjęcie uchwały o podziale zysku lub o sposobie pokrywania strat,
- 17) Udzielenie Członkom Zarządu i Rady Nadzorczej absolutorium z wykonania przez nich obowiązków,
- 18) Wyrażanie zgody na zaciągnięcie zobowiązania o wartości przekraczającej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych), o ile nie zostało ono ujęte w zatwierdzonym przez Zgromadzenie Wspólników planie gospodarczym Spółki,
- 19) Podjęcie uchwały o emisji obligacji,
- 20) Tworzenie funduszy celowych,
- 21) Umorzenie udziałów,
- 22) Zbycie udziałów, oddanie ich w zastaw, dzierżawienie lub ustanowienie na nich prawa użytkowania musi być zgodne z działem IV Ustawy z dnia 30 sierpnia 1988 roku o komercjalizacji i prywatyzacji, z zastrzeżeniem ust. 3 i 4,
- 23) Podwyższenie lub obniżenie kapitału zakładowego,
- 24) Podejmowanie uchwał w innych sprawach dotyczących Spółki, w tym wniesionych przez Radę Nadzorczą lub Zarząd,

Zgodnie z § 23 Aktu założycielskiego:

Do wyłącznych kompetencji Rady Nadzorczej należy:

- 1) Sprawowanie kontroli nad działalnością Spółki,
- 2) Nadzór nad realizacją uchwał zgromadzenia wspólników,
- 3) Opiniowanie głównych kierunków oraz strategii działania Spółki,
- 4) Opiniowanie utworzenia spółki, przystąpienia do innej spółki, organizacji gospodarczej, organizacji społecznej oraz o występowaniu z niej,
- 5) Opiniowanie projektów uchwał zarządu, w szczególności w sprawach polityki finansowej Spółki, zasad wynagradzania pracowników, zwolnień grupowych pracowników, istotnych zmian organizacyjnych Spółki oraz w sprawach nabycia, zbycia albo obciążenia przedsiębiorstwa, zorganizowanej części przedsiębiorstwa oraz nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w nich,
- 6) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na nabywanie, zbywanie lub obciążanie nieruchomości lub prawa użytkowanie wieczystego albo udziału w nieruchomości lub w prawie użytkowania wieczystego,
- 7) Udzielanie zgody na zastawienie i poręczenie majątkiem Spółki,

- 8) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa Spółki lub jego części albo ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 9) Opiniowanie rocznych planów gospodarczych Spółki na dany rok obrotowy oraz wieloletnich planów działalności inwestycyjnej Spółki,
- 10) Coroczne badanie sprawozdania Zarządu, bilansu oraz rachunku zysków i strat,
- 11) Rozpatrywanie i opiniowanie wniosków Zarządu co do podziału zysków lub pokrycia strat,
- 12) Składanie wobec Zgromadzenia Wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyniku badania rachunków oraz z przeprowadzanych kontroli,
- 13) Stawianie wniosków na Zgromadzeniu Wspólników o udzielenie Zarządowi pokwitowania,
- 14) Wybór biegłego rewidenta prowadzącego badanie sprawozdania finansowego Spółki,
- 15) Zatwierdzanie regulaminu przedsiębiorstwa Spółki oraz regulaminu Zarządu,
- 16) Opiniowanie wniosków Zarządu, skierowanych do Zgromadzenia Wspólników o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązania o wartości przekraczającej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych), o ile nie zostało ono ujęte w zatwierdzonym przez Zgromadzenie Wspólników planie gospodarczym Spółki,
- 17) Rozpatrywanie skargi i wnioski dotyczące działalności Zarządu,
- 18) Zawieszenie członków Zarządu Spółki,
- 19) Delegowanie członków Rady Nadzorczej, na okres nie dłuższy niż 3 (trzy) miesiące, do czasowego wykonywania czynności członków Zarządu, którzy zostali odwołani, zawieszeni, złożyli rezygnację albo z innych przyczyn nie mogą sprawować swoich czynności, celem zapewnienia funkcjonowania Zarządu Spółki w okresie do uzupełnienia jego składu bądź przywrócenia do pełnionych funkcji zawieszonych bądź czasowo niezdolnych do pełnienia funkcji członków Zarządu.

Mając na uwadze uprawnienia organów WPUK: zgromadzenia wspólników i rady nadzorczej dotyczące kontroli sprawowanej przez PUK nad WPUK odpowiadają one uprawnieniom kontrolnym zamawiającego nad PUK.

W ocenie Izby, późniejsza zmiana w składzie wspólników WPUK Sp. z o.o., która nastąpiła w styczniu 2025 r., w związku z którą jedynym wspólnikiem w WPUK Sp. z o.o. został PUK Sp. z o.o. – wspólnik posiadający większość udziałów nie miała wpływu na możliwość sprawowania kontroli nad WPUK oraz możliwość wykazania, że kontrola zamawiającego sprawowana nad WPUK jest kontrolą kaskadową - analogiczną do kontroli sprawowanej nad PUK, ponieważ zamawiający już w uzasadnieniu faktycznym i prawnym udzielenia zamówienia in-house, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, wskazywał, że „konstrukcyjna więź kontrolna pomiędzy Miastem, a Spółką zachodzi za pośrednictwem PUK Sp. z o.o., jako wiodącym i większościowym w Spółce”.

Powyższa okoliczność, zdaniem Izby nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, bez wpływu na możliwość udzielenia przez zamawiającego WPUK zamówienia in-house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, pozostaje także okoliczność wprowadzenia, na podstawie uchwały nr 02/01/2025 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Wrzeńskiego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrześni, rozwiązań polegających na wzmocnieniu kontroli zamawiającego nad WPUK, m. in. zapewnienie bieżącej kontroli stopnia zależności ekonomicznej WPUK od zamawiającego, realizacji obowiązków sprawozdawczo-informacyjnych względem Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników oraz Burmistrza Miasta Września, czy też opracowania procedur sanacyjnych.

Wobec powyższego, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

2. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5, 6 oraz

7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu wolnej ręki do udzielenia zamówienia, a w szczególności nie wykazał za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę – zarzut nr 2 odwołania, wniesionego przez odwołującego(I), zarzut nr 3 odwołania wniesionego przez odwołującego(II), zarzut nr

3 odwołania, wniesionego przez odwołującego(III), zarzut 2.2 odwołania, wniesionego przez odwołującego(IV), zarzut nr 4 odwołania, wniesionego przez odwołującego(V), zarzut 2.3. odwołania, wniesionego przez odwołującego(VI).

Warunek udzielenia przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, zamówienia wskazany w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp, brzmi:

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a.

Zgodnie z art. 214 ust. 5 ustawy 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.

Stosowanie do art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Zgodnie z art. 214 ust. 7 ustawy Pzp, wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym udzielenia zamówienia in-house w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w odniesieniu do spełnienia wymogu określonego w ust. 1 pkt 11 lit. b, zamawiający wskazał:

„W przypadku Spółki, należy wskazać, że została ona utworzona dnia 11 grudnia 2024 r. Dotychczas Spółka nie prowadziła żadnej działalności gospodarczej, a w konsekwencji nie uzyskiwała przychodów z realizacji świadczeń.

Dedykowanie Spółki realizacji usług odbioru

i transportu odpadów komunalnych na rzecz Miasta Września od 2025 r., poprzez udzielenie jej zamówienia in-house na obsługę nieruchomości zamieszkałych, stosownie do regulacji art. 214 ust. 6 P.z.p. z uwzględnieniem okoliczności wskazanych powyżej, nakazuje ocenę przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) w oparciu o analizę prognostyczną. Stosownie bowiem do wskazanego przepisu: „W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną (...) dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne (...), procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.”. Powyższe jest naturalną konsekwencją nieistnienia danych historycznych pozwalających na analizę okoliczności wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) P.z.p. w oparciu o dane historyczne.

Zważając na powyższe przeprowadzono prognozę przychodów przyszłych Spółki, uwzględniając, że założony zakres działalności Spółki ogranicza się do działalności na rzecz Miasta Września i aktualnie dotyczyć będzie on realizacji usługi objętej postępowaniem, na potrzeby którego sporządzono niniejsze ogłoszenie. Dodatkowo uwzględniono, że rozliczenia pomiędzy Miastem Września, a Spółką będą przeprowadzane w sposób zgodny z Decyzją Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu

o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty

z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Rozliczenie tytułem realizacji usług przez Spółkę na rzecz Miasta Września w zakresie dotyczących usług odbioru odpadów komunalnych, przybierze postać pokrycia kosztów świadczenia tych usług i zostanie powiększone o stopę rozsądnego zysku. W konsekwencji uzasadnione pozostaje prognozowanie przychodów w tym zakresie przy uwzględnieniu planowanych kosztów świadczenia usług i wspomnianego zysku.

Spółka w 2025 r. będzie uzyskiwać w tym zakresie przychody związane z wskazaną sferą działalności gospodarczej w wysokości pokrywającej poniżej wskazane koszty (co zostanie powiększone o ustalony przez Miasto Września stopień rozsądnego zysku). Łączne koszty roczne świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych na terenie Miasta Września prognozuje się na kwotę 7439326,31 netto (8034472,41 brutto). Przyjmując, 6% stopę rozsądnego zysku, przychody Spółki w 2025 r. tytułem odbioru odpadów komunalnych

z Miasta Września wyniosą 7885685,89 zł netto (8516540,75 zł brutto).

W 2026 r. Spółka będzie ponosić koszty zbliżone do kosztów ponoszonych w 2025 r., przy czym zasadne pozostaje przyjęcie, iż ulegną one wzrostowi w szczególności w zakresie wysokości wynagrodzeń pracowników, jak i kosztów zewnętrznych. W związku z wskazaną okolicznością uzasadnione pozostaje przyjęcie, iż koszty ogółem wzrosną na poziomie 5-10%, a więc wyniosą ok 7811292,63 zł - 8592421,88 zł netto (8436196,03 - 9279815,63 zł brutto). Istotne w tym zakresie pozostaje, że w związku z rozliczenia w formule tzw. rekompensaty (pokrycia kosztów powiększonych o rozsądny zysk), koszty te będą prognozowane szczegółowo w planie rocznym (na 2026 r.), celem ich konkretyzacji i ustalenia wysokości rekompensaty bieżącej i rocznej. Wskazany czynnik uchyli szacunkowy charakter ww. kosztów wynikający z braku skonkretyzowanych prognoz makroekonomicznych na 2026 r., czy też pewnych danych wyjściowych (np. informacji o minimalnym wynagrodzeniu pracowniczym na 2026 r.). Przyjmując, 6% stopę rozsądnego zysku, przychody Spółki w 2026 r. tytułem odbioru odpadów komunalnych z Miasta Września wyniosą 8279970,19 - 9107967,19 zł netto (8942367,79 - 9836604,57 zł brutto).

W oparciu o powyżej przedstawione dane stopień zależności ekonomicznej Spółki od Miasta Września w:

1) 2025 r. będzie kształtować się na poziomie 100 % w ujęciu przychodowym,

2) 2026 r. będzie kształtować się na poziomie 100% w ujęciu przychodowym.”

Wbrew twierdzeniu odwołującego(I), że zamawiający nie przedstawił wiarygodnych prognoz handlowych, przywołał jedynie liczby, które wskazał jako planowany koszt świadczenia usługi i przychód oraz nie wskazał, w jaki sposób ustalono te przychody, Izba, na podstawie informacji zawartych w Uzasadnieniu zamiaru udzielenia zamówienia in-house, stwierdziła, że

w uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Rozliczenie tytułem realizacji usług przez Spółkę na rzecz Miasta Września w zakresie dotyczących usług odbioru odpadów komunalnych, przybierze postać pokrycia kosztów świadczenia tych usług i zostanie powiększone o stopę rozsądnego zysku. W konsekwencji uzasadnione pozostaje prognozowanie przychodów w tym zakresie przy uwzględnieniu planowanych kosztów świadczenia usług i wspomnianego zysku.

Spółka w 2025 r. będzie uzyskiwać w tym zakresie przychody związane z wskazaną sferą działalności gospodarczej w wysokości pokrywającej poniżej wskazane koszty (co zostanie powiększone o ustalony przez Miasto Września stopień rozsądnego zysku). Łączne koszty roczne świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych na terenie Miasta Września prognozuje się na kwotę 7439326,31 netto (8034472,41 brutto). Przyjmując, 6% stopę rozsądnego zysku, przychody Spółki w 2025 r. tytułem odbioru odpadów komunalnych

z Miasta Września wyniosą 7885685,89 zł netto (8516540,75 zł brutto).”; a zatem wskazał prognozę handlową – planowany koszt świadczenia przez WPUK usługi i przychód, ustalony w oparciu o 6% stopę zysku.

Izba stwierdziła, że wbrew:

- 1.stanowisku odwołującego(II) w stanie faktycznym sprawy należało wziąć pod uwagę dane finansowe za ostatnie 3 lata PUK oraz PWiK, a powyższe dane pozwalały na ustalenie struktury przychodów z wykonywania zadań powierzonych im przez zamawiającego, a samo powołanie WPUK stanowi obejście przepisów prawa,
- 2.stanowisku odwołującego(III) oraz odwołującego(VI), zgodnie z którym niezasadne było oparcie się przez zamawiającego na prognozach handlowych w sytuacji, gdy zamawiający miał dostęp do danych finansowych zarówno PUK, jak i PWiK, a dane te pozwalały na ustalenie przychodu z wykonywanych zadań powierzonych im przez zamawiającego,
- 3.stanowisku odwołującego(IV) i odwołującego(V), że należy wziąć pod uwagę nie tylko przychody WPUK, ale również przychodów PUK, ponieważ w kontekście sprawozdawczości finansowej PUK oraz WPUK należało traktować jak jeden podmiot (został przywołany art. 3 pkt 37 ustawy o rachunkowości odnoszący się do definicji jednostki dominującej),

w przypadku WPUK zastosowanie znajdzie reguła dotycząca obliczenia procentu działalności, które zostały określone zostały w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp.

Stosownie do ww. przepisu, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne procent działalności o której mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. c ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

WPUK jest spółką utworzoną w grudniu 2024 r., nie są zatem dostępne dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Wobec powyższego, podstawę obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 11 lit. b stanowią wiarygodne prognozy handlowe, które jak wskazał zamawiający, mają postać rozliczeń tytułem realizacji usług przez WPUK na rzecz zamawiającego usług odbioru odpadów komunalnych, (będzie to pokrycie kosztów świadczenia tych usług i zostanie powiększone o stopę rozsądnego zysku).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w prognozie zostały uwzględnione dane historyczne dotyczące działalności PUK adekwatne do zakresu działalności WPUK.

Odwołujący nie przedstawili żadnych istotnych okoliczności, w oparciu o które możliwe byłoby podważenie wiarygodności kwot przedstawionych w prognozie, podnieśli jedynie wątpliwość, w jaki sposób kwoty wskazane w prognozie zostały ustalone.

W ocenie Izby powyższy zarzut okazał się nieuzasadniony.

3. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 7 i 9 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 ustawy K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez powołanie spółki-córki (WPUK) przez spółki komunalne Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych oraz Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą we Wrześni i przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podczas gdy w istocie doszło do reorganizacji spółek komunalnych zamawiającego dla pozorów, a zamówienie to zostanie udzielone WPUK wyłącznie w celu obejścia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp

i przewidywanych tam przesłanek, których spółki komunalne (spółki-matki) nie spełniają – zarzut nr 3 odwołania, podniesiony przez odwołującego(I), zarzut nr 1 odwołania, podniesiony przez odwołującego(II), zarzut nr 1, podniesiony przez odwołującego(III), zarzut nr

2 odwołującego(V), zarzucie nr 2.1., podniesiony przez odwołującego(VI).

Zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, 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.

Stosownie do art. 5 Kodeksu cywilnego, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym doktrynie: „Czynności służące obejściu ustawy są to czynności, których treść nie zawiera elementów zabronionych przez prawo, lecz która służy realizacji celu zabronionego przez ustawę. Celem, z powodu którego czynność prawna może być uznana za nieważną, jest taki skutek, który nie mieści się w jej treści i nie jest jej typowym celem, ale który czynność ta pozwala osiągnąć. Taki cel powinien być nie tylko wiadomy stronom czynności, ale także objęty ich zamiarem (albo przynajmniej jednej z nich, gdy chodzi o cel skierowany w stosunku do drugiej strony umowy), a czynność jest podejmowana tylko dla jego osiągnięcia (wyr. SN z 18.4.2013 r., II CSK 557/12, Biul. SN 2013, Nr 7, s. 15). Czynności mające na celu obejście ustawy (in fraudem legis) zawierają jedynie pozór zgodności z prawem (J. Grykiel, w: M. Gutowski, Komentarz KC, t. 1, 2016, s. 365). Nie są wprost z nim sprzeczne, ale przewidziane wolą stron skutki mają na celu naruszenie prawa. Ich treść nie zawiera elementów wprost sprzecznych z ustawą. Chodzi o skutki (objęte zamiarem stron), które wywołują. Muszą być sprzeczne z prawem przez dokonanie samej czynności, a nie przez osiągnięcie celu leżącego poza treścią czynności (zob. wyr. SN

z 11.1.2006 r., II UK 51/05, OSNP 2006, Nr 23–24, poz. 366). Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy polega na takim ukształtowaniu jej treści, które z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane (S. Rudnicki, w: S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz KC. Część ogólna, 2011, art. 58, Nb 4).”,

Kodeks cywilny. Komentarz [do art. 58 § 1] pod redakcją prof. dr hab. Mariana Załuckiego, wyd. 4 z 2024 r.

O czynności prawnej sprzecznej z ustawą lub mającej na celu obejście ustawy można mówić tylko wtedy, gdy czynność taka pozwala na uniknięcie zakazów, nakazów lub obciążeń wynikających z przepisu ustawy i tylko z takim zamiarem została dokonana. Nie ma na celu obejścia prawa dokonanie czynności prawnej dla osiągnięcia skutków, jakie ustawa wiąże z tą czynnością, tak: wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2008 r., sygn. akt II UK 334/07.

W ocenie odwołujących, konstrukcja, w której zamawiający pomimo tego, iż jest właścicielem PUK – spółki powołanej do odbioru odpadów komunalnych, nie udziela zamówienia tej spółce, ponieważ nie spełnia ona przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, lecz powołuje zupełnie nowy podmiot, któremu udzielane jest zamówienie, stanowi obejście art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że z przepisu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, wynika, że udzielenie zamówienia in-house dotyczyć może osoby prawnej, która została nowo utworzona.

Powyższe oznacza, że utworzenie przez zamawiającego nowej spółki za pośrednictwem kontrolowanych przez niego osób prawnych, po to aby udzielić jej zamówienia in-house jest celem dopuszczalnym i nie stanowi obejścia prawa.

Zdaniem Izby, bez wpływu na możliwość udzielenia przez zamawiającego nowoutworzonej osobie prawnej zamówienia in-house, przy spełnieniu warunków określonych w art. 214 ust.

1 pkt 11 ustawy Pzp, pozostaje okoliczność, iż funkcjonuje już spółka komunalna, której zadaniem jest realizacja zadań własnych.

Izba uznała zarzut powyższy za niezasadniony i oddaliła odwołania w powyższym zakresie.

4. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez zamiar udzielenia spółce WPUK zamówienia in-house, a skorzystanie przez zamawiającego z trybu z wolnej ręki jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do udzielenia zamówienia w tym trybie oraz stanowi naruszenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości – zarzut nr 1, podniesiony w odwołaniu przez odwołującego(II), zarzut nr

1, podniesiony w odwołaniu przez odwołującego(III), zarzut nr 2.3, podniesiony przez zamawiającego(IV), zarzutu nr 2, podniesiony przez odwołującego(V), zarzut 2.4, podniesiony przez odwołującego(VI) oraz naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów dalej: „uokik” w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek

o których mowa w art. 214 ust. 1 Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE jest wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas działania zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym – zarzut nr 4, podniesiony w odwołaniu przez odwołującego(II), zarzut nr 4, podniesiony w odwołaniu przez odwołującego(III), zarzut 2.4, podniesiony przez odwołującego(IV), zarzut nr 2, podniesiony przez zamawiającego(V), zarzut nr 2.5, podniesiony przez odwołującego(VI).

Stosowanie do art. 16 ust. 1 i 2 ustawy, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

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.

Przepis art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi: Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;

b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego,

z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

Stosowanie do art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, 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.

Przepis art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów, dalej: „uokik” stanowi: Nadużywanie pozycji dominującej polega

w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

Natomiast przepis art. 9 ust. 3 uokik: Czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

W ocenie odwołujących, przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie może być stosowany

w oderwaniu lub z pominięciem ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych. Nie jest wystarczające wykazanie dopuszczalności zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia, ale konieczne jest wykazanie, że decyzja zamawiającego pozostaje

w zgodzie lub jest wynikiem zastosowania ogólnych zasad udzielenia zamówień publicznych.

Izba wskazuje, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują, aby dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki, stosowanie do art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, konieczne było spełnienie dodatkowych przesłanek, ponad wskazane w ww. przepisie.

Zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Powyższe oznacza, iż w wypadku łącznego spełnienia warunków określonych w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c

ustawy Pzp nie zostaje naruszona zasada zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ istotą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest brak konkurencji dla jednego wykonawcy, natomiast zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego pozostaje w tym przypadku bezprzedmiotowa.

Ponieważ odwołujący nr 2 i nr 4 przywołał orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Irgita (C-285/18) w kontekście wpływu zamówień in-house na konkurencję, Izba wskazuje, że powyższe zagadnienie było już przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3069/20 oraz aspekt powyższy poruszony został również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1851/24, w którym Izba wskazała, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16 grudnia 2020 r. przyjęła stanowisko wobec też orzeczenia TSUE, wydanego

w sprawie C-285/18, wskazując, że nie została przyznana dodatkowa ochrona przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę. Prawo europejskie o tyle zajmuje się bowiem ochroną rynku zamówień publicznych w kontekście transakcji typu in-house, o ile zakazuje, aby współpraca na tej zasadzie nie stawiła prywatnego usługodawcy w sytuacji przewagi nad jego konkurentami. Zamówienia in-house stanowią wyjątek od generalnych reguł udzielania zamówień publicznych. Warunki, od których państwa członkowskie uzależniają możliwość skorzystania z trybu in-house powinny zostać precyzyjnie i jasno wyznaczone w krajowych przepisach o zamówieniach publicznych, powszechnie dostępnych i przewidywalnych, aby uniknąć jakiegokolwiek ryzyka uznania ich za arbitralne.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik, odwołujący wskazali, że samo przyjęcie, iż spełnione zostają przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, jest niewystarczające do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, podczas gdy działanie zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Izba wskazuje, że odnośnie zarzutu nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, swoje stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 7 lutego 2017 r., sygn. akt 96/17 oraz z 16 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3069/20 (które zapadły w poprzednim stanie prawnym, ale w ocenie Izby rozważania tam zawarte pozostają aktualne), wskazując, że Izba uznała - odnośnie zarzutu nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z uwagi na sprzeczne z zasadami konkurencji zastosowanie instytucji in-house – że podzielenie takiej argumentacji w konsekwencji prowadziłyby do wniosku, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji in-house z założenia zmierza do takiego nadużycia. Tymczasem zarówno dyrektywa, jak i ustawa Prawo zamówień publicznych, regulując tę instytucję uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego, pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia na podstawie (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp) z zastosowaniem ust. 8 i ust. 9 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 i 20 ustawy Pzp) spełnione zostały określone tymi przepisami przesłanki.

Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 5/22 niewątpliwie in-house uregulowany w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy jest ograniczeniem konkurencji, bowiem pozwala na udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym wybranemu wykonawcy. Przepis ten nie uzależnia jego stosowania od braku konkurencji na danym rynku. Gdyby tak było, to ustawodawca wskazałby dodatkową przesłankę zastosowania tego trybu zakazującą udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy, jeśli o przedmiotowe zamówienie może ubiegać się więcej niż jeden wykonawca. Takiego zastrzeżenia nie przewiduje, ani ustawodawca krajowy, ani nie znalazło się ono w art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej.

Izba podziela powyższe stanowiska, przyjmując jako własne.

Zdaniem Izby, sama możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia w trybie z wolnej ręki może być postrzegana jako ograniczająca konkurencję, lecz takie ograniczenie mieści się w granicach prawa.

Wobec powyższego zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

5. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w szczególności art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, a udzielenie zamówienia 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, co powinno wynikać z przeprowadzonej przez zamawiającego analizy potrzeb i wymagań – zarzut nr 2.3 odwołania, podniesiony przez odwołującego(IV), zarzut nr 5, podniesiony przez odwołującego(V), zarzut 2.4, podniesiony przez odwołującego(VI).

Odwołujący wskazali, że zamawiający udzielając zamówienia (niezależnie od trybu) powinien wykazać, że wybrana

przez niego formuła prowadzi do możliwie najlepszej jakości pozyskiwanych usług w kontekście charakteru zamówienia oraz środków, którymi dysponuje oraz że dzięki temu uzyska możliwie najlepsze efekty.

Instrumentem pomocniczym do osiągnięcia ww. celów jest m.in. analiza potrzeb i wymagań, która powstaje na etapie przygotowania postępowania i która pozwoli na wybór najlepszego sposobu realizacji zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego.

W przypadku, gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, istnieje obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań.

Izba na podstawie przedstawionych w postępowaniu dokumentów stwierdziła, że zamawiający sporządził Analizę potrzeb i wymagań (dokument z 30 grudnia 2024 r.)

Z przepisu art. 83 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

Jednakże z żadnego z przepisów ustawy Pzp, nie wynika, aby obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań rodzaj określone obowiązki zamawiającego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, związane ze sporządzeniem tego dokumentu.

Ponadto przepisy ustawy nie przewidują żadnych sankcji za brak sporządzenia analizy potrzeb

i wymagań a także skutku, jaki rodzi w postępowania o udzielenie zamówienia sporządzona nieprawidłowo analiza.

Z powyższych względów zarzuty należało oddalić.

6. Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp poprzez zamiar udzielania spółce Wrzesińskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp.

z o.o. podczas, gdy nie posiada ona zasobów umożliwiających samodzielne realizowanie zamówienia, w szczególności nie posiada ona potencjału technicznego i osobowego, a także wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości – zarzut nr 4, podniesiony przez odwołującego(I), zarzut nr 3, podniesiony w odwołaniu przez odwołującego(IV)

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazali, że wykonawca, któremu udziela się zamówienia w trybie z wolnej ręki musi być zdolny do wykonania samodzielnie danego zamówienia i takie zamówienie wykona.

WPUK nie posiada możliwości realizacji zamówienia, w szczególności zdolności technicznych, finansowych oraz doświadczenia pozwalającego na jego samodzielne wykonanie. Ponadto na dzień ogłoszenia, WPUK nie posiada wpisu do BDR.

Odwołujący wskazali, że WPUK nie wykona samodzielnie zamówienia, lecz korzystać będzie z zasobów technicznych PUK, który wykona zamówienie w części jako podwykonawca.

W ocenie odwołującego(IV) za podwykonawcę należy uznać każdy podmiot, który realizować będzie świadczenie w miejsce WPUK, bez względu na stosunek łączący WPUK z tym podmiotem oraz przyjętą formę rozliczeń lub bez ich braku.

Faktyczna realizacja usług za pomocą pracowników spółki matki i przy wykorzystaniu jej zasobów, know-how oraz doświadczenia również stanowić będzie niedozwolone podwykonawstwo.

Zgodnie z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że z przepisu art. 214 ust. 9 ustawy Pzp wynika wprost, iż jest on kierowany do wykonawcy, któremu udzielono już zamówienia i nie ma zastosowania na etapie ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie in-house.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w stanowisku Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrażonym w wyroku z 21 października 2022, sygn. akt XXIII Zs 98/22: „art. 214 ust. 9 P.z.p. nie stanowi samodzielnej przesłanki udzielenia zamówienia in house, gdyż odnosi się do wykonawcy któremu udzielono zamówienia”.

Izba podkreśla, że odwołujący zamiast wykazania okoliczności uzasadniających zarzut, wyrazili raczej swoje przypuszczenie (w ocenie odwołującego za podwykonawcę należy uznać każdy podmiot, który realizować będzie świadczenie w miejsce WPUK, bez względu na stosunek prawny łączący WPUK z tym podmiotem oraz przyjętą formę rozliczeń lub ich braku), że zamówienie udzielone WPUK wykona jakiś podmiot lub spółka-matka, czyli PUK.

Izba miała na uwadze fakt, iż brak możliwości korzystania z podwykonawcy w celu wykonania zamówienia został przewidziany w projektowanych postanowieniach umowy: § 5 ust. 3,

§ 6 ust. 1 pkt 2, § 8.

Ponadto z Prognozy handlowej dla WPUK z 5 stycznia 2025 r. (pkt. VI.) wynika, że WPUK najpóźniej na dzień rozpoczęcia świadczenia usług na rzecz zamawiającego dysponować będzie już zasobami i uprawnieniami do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby warunków udzielenia zamówienia w trybie in-house, w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

nie można oceniać w kontekście warunków udzielania zamówienia – zarzut nr 5, podniesiony przez odwołującego(V).

Wobec powyższych okoliczności zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowań odwoławczych w sprawach: KIO 277/25, KIO 278/25, KIO 280/25, KIO 284/25, KIO 311/25 oraz KIO 313/25 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Wobec oddalenia odwołań we wszystkich sprawach w całości, koszty ponosili odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....