



Banaszewska
Gieruń-Banaszewski
Kancelaria Prawna

Wrocław, 12 czerwca 2026 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący:

Alba Dolny Śląsk sp. z o.o.

ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław

NIP:8862370555, REGON: 890691182, KRS: 0000114684

numer telefonu: 71 33 75 125

e-mail: przetargi.ads@alba.com.pl

reprezentowany przez:

adw. dr Annę Banaszewską

adw. Maria Banaszewska

adres do doręczeń:

Kancelaria Prawna BGB s.c.

ul. Piłsudskiego 3/3, 50-048 Wrocław

numer telefonu: 509 857 574

e-mail: ab@banaszewscy.pl

mb@banaszewscy.pl,

zamowienia@banaszewscy.pl

e-doręczenia: AE:PL-31966-25514-TADWH-17

Zamawiający:

Uzdrowskova Gmina Miejska

Szczawno-Zdrój

REGON 890718219

ul. Tadeusza Kościuszki 17

58-310 Szczawno-Zdrój

e-mail: sekretariat@szczawno-zdroj.pl

dotyczy: *Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:*

„Odbiór i transport odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych

adw. Jadwiga Banaszewska tel. 508 24 13 74, e-mail jb@banaszewscy.pl

r.pr. Zbigniew Gieruń-Banaszewski tel. 501 66 36 47, e-mail: zgb@banaszewscy.pl

adw. Maria Banaszewska tel. 509 39 77 05, e-mail mb@banaszewscy.pl

adw. dr Anna Banaszewska tel. 509 85 75 74, e-mail ab@banaszewscy.pl

od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Szczawno-Zdrój” (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w dniu 2 czerwca 2026 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2026/BZP 00273025) („Ogłoszenie”)

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „p.z.p.”) i art. 505 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. w imieniu wykonawcy – ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. (dalej jako: „Odwołujący”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które załączam do niniejszego odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej, wnoszę odwołanie wobec czynności podjętej przez Uzdrowską Gminę Miejską Szczawno-Zdrój (dalej jako: „Zamawiający”), polegającej na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia spółce SANIKOM sp. z o.o. z/s w Lubawce (właściciel: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej: „SANIKOM”) zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.), którego przedmiotem jest „Odbiór i transport odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Szczawno-Zdrój” (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 2 czerwca 2026 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2026/BZP 00273025).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 216 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 272 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z § 2 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) („Rozporządzenie”) w zw. z pkt. 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia oraz w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez brak zamieszczenia pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, podczas gdy informacje te są wymagane na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a uzasadnienie powinno być wyczerpujące i umożliwiać dokonanie weryfikacji spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, które to zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;**

2. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 216 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 272 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z § 2 pkt 2) Rozporządzenia w zw. z pkt 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia oraz w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez brak zamieszczenia pełnego krótkiego opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności brakuje informacji o wielkości i zakresie usługi, czyli o zakresie zamówienia) w tym zaniechanie wskazania przewidywanego wolumenu odpadów podlegającego odbiorowi, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów, które to zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. a) 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.) („Dyrektywa 2014/24/UE”) poprzez zamiar udzielenia spółce SANIKOM zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, mimo że w skład organów decyzyjnych SANIKOM-u nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających (z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego), a uczestniczący zamawiający nie mogą wspólnie wywierać dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje SANIKOM-u, a ponadto spółka SANIKOM działać może w interesie sprzecznym z interesami części wspólników, w tym Zamawiającego (zamawiających rzekomo sprawujących nad nią kontrolę);
4. art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 129 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE oraz w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 z późn. zm., dalej: „k.c.”), art. 5 k.c. art. 8 ust. 1 p.z.p. oraz w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm., dalej: „TFUE”) poprzez zamiar udzielenia spółce SANIKOM zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, podczas gdy wskazana czynność prawna jest czynnością mającą na celu obejście ustawy i polega na umożliwieniu realizacji zamówienia publicznego w formule in-house przez podmiot, który nie spełnia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. (spełnia je tylko pozornie), albowiem większość ze wspólników, w tym Zamawiający nie ma realnego wpływu na działalność spółki SANIKOM, ponieważ posiada znikomą ilość udziałów, których wielkość determinuje wpływ na decyzje podejmowane przez Zgromadzenie Wspólników (tylko trzech wspólników posiada więcej niż 10% udziałów, a czterech największych wspólników posiada ponad 50% udziałów przy łącznej ilości 29 wspólników), co w konsekwencji powoduje, że udzielenie w realiach niniejszej sprawy zamówienia in-house narusza szereg zasad takich

jak zakaz ograniczania swobody przedsiębiorczości, zakaz ograniczania swobody świadczenia usług, zasadę przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji;

5. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez niewykazanie na podstawie średniego przychodu osiągniętego przez SANIKOM z trzech ostatnich lat, że spełniona została przesłanka, wedle której ponad 90% działalności SANIKOM-u dotyczyć powinna wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;
6. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez zamiar udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house spółce SANIKOM, mimo że mniej niż 90% działalności SANIKOM-u dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) p.z.p., 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 w formule in-house, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wnosi również o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania na fakt ich treści, w szczególności braku podstaw prawnych i faktycznych do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.;

2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów tj.:

- a. aktu notarialnego, Repertorium A numer 6398/2024, sporządzonego w dniu 11.12.2024 r. przez notariusza Beatę Kopia – Kawka, prowadzącą Kancelarię Notarialną w Kamiennej Górze zawierającego tekst jednolity umowy spółki SANIKOM

celem wykazania faktu: jej treści w szczególności sposobu powoływania organów spółki, zakresu kompetencji i obowiązków organów w spółce, przedmiotu działalności spółki, struktury właścicielskiej spółki, braku podstaw prawnych i faktycznych do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

- b. odpisu pełnego KRS spółki SANIKOM,
- c. sprawozdania rocznego z działalności za 2024 rok oraz sprawozdania z działalności zarządu,
- d. wizualizacji sprawozdania finansowego spółki SANIKOM za 2024 r.,
- e. sprawozdania rocznego z działalności za 2023 rok oraz sprawozdania z działalności zarządu,
- f. wizualizacji sprawozdania finansowego spółki SANIKOM za 2023 r.

powyższe celem wykazania faktu: ich treści w szczególności informacji w zakresie organów spółki, struktury przychodów i kosztów spółki SANIKOM, przedmiotu działalności, rodzaju prowadzonej działalności, kontrahentów spółki, źródeł przychodów, wysokości przychodów, prowadzenia działalności o charakterze komercyjnym, braku podstaw prawnych i faktycznych do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.,

- g. zarządzenia nr 223/2022 Burmistrza Szczawna-Zdroju z dnia 8 grudnia 2022 r.

celem wykazania faktu: daty przystąpienia Zamawiającego do spółki SANIKOM i wielkości udziałów

- h. Raportu z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące kontrolę nad PGK „Sanikom” sp. z o.o. do ogółu działalności Spółki w latach 2023-2025 z kwietnia 2026 r.

celem wykazania faktu: wadliwego sposobu wyliczenia przez Zamawiającego przychodu uzyskiwanego z zadań powierzonych, braku podstaw prawnych i faktycznych do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

- i. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z 2023 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze;
- j. zawiadomienia o wyborze oferty z 2023 r. w postępowaniu pn. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.
- k. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z 2024 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.
- l. zawiadomienia o wyborze oferty z 2024 r. w postępowaniu pn. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.

powyższe celem wykazania faktu: zlecenia przez SANIKOM usługi obsługi PSZOK i jej zakresu;

- 3. zobowiązanie Zamawiającego oraz SANIKOM, o ile przystąpi do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego na podstawie art. 536 p.z.p., do przedłożenia ksiąg rachunkowych spółki SANIKOM za 3 ostatnie lata (od 01.01.2023 r. do 31.12.2025 r.) oraz sprawozdania finansowego i sprawozdania z działalności zarządu za rok 2025 oraz przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na fakt braku spełnienia w niniejszym postępowaniu przesłanek do udzielenia spółce SANIKOM zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.;**
- 4. zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na podstawie art. 536 p.z.p. wszelkich dokumentów, analiz i wyliczeń stanowiących podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że w okolicznościach niniejszego postępowania spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.**

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Wartość zamówienia wskazana o ogłoszeniu to 3.606.778,99 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 czerwca 2026 r. Termin do wniesienia odwołania przypadający na dzień 12 czerwca 2026 r. został więc dochowany.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Działania Zamawiającego, polegające na niezasadnym zastosowaniu przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu nakazanie unieważnienia Zamawiającemu niniejszego postępowania, w związku z jego wadliwością, wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. Po wykonaniu przez Zamawiającego niezbędnych czynności i wszczęciu postępowania w trybie konkurencyjnym, Odwołujący będzie miał możliwość złożenia ważnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jako podmiot działający w branży odpadowej posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia i jest zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 216 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 272 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z § 2 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) („Rozporządzenie”) w zw. z pkt. 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia oraz w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez brak zamieszczenia pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p., podczas gdy informacje te są wymagane na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów, a uzasadnienie powinno być wyczerpujące i umożliwiać dokonanie weryfikacji spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, które to zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 216 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 272 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z § 2 pkt 2) Rozporządzenia w zw. z pkt 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia oraz w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez brak zamieszczenia pełnego krótkiego opisu przedmiotu zamówienia, a szczególności brakuje informacji o wielkości i zakresie usługi (zakresie zamówienia), tj. przewidywanego wolumenu odpadów podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów, które to zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Szczawno-Zdrój” (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w dniu 2 czerwca 2026 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2026/BZP 00273025).

Zamawiający ma zamiar udzielić zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki spółce SANIKOM sp. z o.o. z/s w Lubawce (właściwe: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). Jako podstawę prawną udzielenia zamówienia wskazano art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i transportu niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Szczawno-Zdrój. Zamawiający nie udostępnił wraz z ogłoszeniem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił główny kod CPV na: 90500000-2 - Usługi związane z odpadami. Zgodnie z ogłoszeniem dodatkowe kody CPV to:

- 90512000-9 - Usługi transportu odpadów
- 90511000-2 - Usługi wywozu odpadów
- 34928480-6 - Pojemniki i kosze na odpady i śmieci
- 90513100-7 - Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych

Zgodnie z art. 216 ust. 1 p.z.p. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Zgodnie z art. 272 p.z.p. zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zostanie określony w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki. Jest to rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z § 2 pkt 2) Rozporządzenia, zakres informacji dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy stanowi załącznik nr 2 do Rozporządzenia.

Zgodnie z pkt 3 ppkt 8 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia, Zamawiający ma obowiązek zamieszczenia w Ogłoszeniu krótkiego opisu przedmiotu zamówienia, w którym określi **wielkość, zakres, rodzaj i ilość dostaw, usług lub robót budowlanych lub określi zapotrzebowanie oraz wymagania**. Opis znajdujący się w Ogłoszeniu nie zawiera kluczowych dla wykonawców informacji o rodzajach odpadów, a przede wszystkim przewidywanym wolumenie odpadów, które należy odebrać i zagospodarować. Taki stan rzeczy uniemożliwił Odwołującemu ocenę skali i wielkości zamówienia. Zamawiający nie wskazał także na jaki okres zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od braku informacji dotyczących przewidywanej ilości odpadów, opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów ustawowych również dlatego, że nie określa rzeczywistego zakresu i rodzaju usług objętych zamówieniem. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania, że przedmiotem zamówienia jest „odbiór i transport odpadów komunalnych

niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Szczawno-Zdrój”, nie precyzując jednak, jakie konkretne czynności składają się na realizację zamówienia np. prowadzenie PSZOK, edukacja ekologiczna, podstawienie pojemników, utrzymywanie w należyłym stanie pojemników, etc.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła tożsamy zarzut w sprawie podobnej. Izba wyjaśniła wówczas, że:

„W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający bezspornie w krótkim opisie przedmiotu zamówienia (sekcja III ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) wskazali, że przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport oraz zagospodarowanie konkretnych rodzajów odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Chojna i Widuchowa, zorganizowanie i prowadzenie PSZOK oraz prowadzenie edukacji ekologicznej. Zamawiający nie podali jednak w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy planowanego wolumenu odpadów, które ma odebrać i zagospodarować wykonawca, co też skutkowało brakiem możliwości oceny skali przedmiotowego zamówienia publicznego przez potencjalnych wykonawców zainteresowanych jego wykonaniem. Tym samym pominięcie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych obligatoryjnych elementów dotyczących wielkości czy ilości zamawianych usług stanowiło naruszenie zarzuconych w odwołaniu przepisów.” (Wyrok KIO z 22.06.2021 r., KIO 731/21, LEX nr 3197933).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie spełnił wymagań wskazanych pkt. 3 ppkt 8) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia w związku z przepisami powołanymi w zarzucie. Zamawiający nie ma więc możliwości zawarcia ważnej umowy ze spółką SANIKOM, ponieważ nie dochował wymogów formalnych wiążących się z zabezpieczeniem pewnych gwarancji procesowych dla pozostałych wykonawców, którym nie udostępniono fundamentalnych informacji o przedmiocie zamówienia.

Załącznik nr 2 do Rozporządzenia określa w pkt 4.2 obowiązek Zamawiającego zamieszczenia w ogłoszeniu uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w ogłoszeniu w sekcji IV pkt 4.2 oraz sekcji V zamieścił uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu, a także umieścił na stronie BIP pełną treść uzasadnienia. Powołany wyżej opis sporządzony przez Zamawiającego nie jest uzasadnieniem stanu faktycznego i prawnego, a jedynie powtórzeniem przesłanek ustawowych z art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. oraz deklaracją ich spełnienia. Uzasadnienie jest lakoniczne, ogólne, niekonkretne. Innymi słowy, Zamawiający zaniechał spełnienia spoczywającego na nim obowiązku informacyjnego odnośnie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 214 ust.

1 pkt 13 p.z.p. Udzielenie zamówienia w trybie innym niż przetarg nieograniczony lub ograniczony wymaga wykazania przez Zamawiającego ziszczenia się określonych przesłanek ustawowych. Decyzja o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, a więc w trybie, który ze swej natury wyłącza uczciwą konkurencję między wykonawcami, powinno być poprzedzone szczególnie wnikliwą analizą pod kątem zasadności tego trybu oraz analizą spełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na skorzystanie z tego trybu. Z zasady przejrzystości postępowania wynika obowiązek należytego informowania o przyczynach wyboru trybu z wolnej ręki oraz wyczerpującego uzasadniania przyczyn, dla których Zamawiający uznał, że spełnione są odpowiednie przesłanki ustawowe.

Zamawiający nie opisał w sposób pozwalający na zweryfikowanie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. sytuacji faktycznej i prawnej, zarówno Zamawiającego, jak i SANIKOM-u, ani nie wyjaśnił jakie dokładnie kompetencje skutkują uznaniem, że:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej.

Ponadto Zamawiający zaniechał wypełnienia obowiązku informacyjnego polegającego na wykazaniu w treści ogłoszenia, że spełniona jest przesłanka, zgodnie z którą 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę, gdyż nie wskazał w ogłoszeniu jak wyliczył odpowiedni procent przychodów spółki SANIKOM zezwalający na udzielenie zamówienia w formule in-house. Zamawiający przedstawił tylko podsumowanie swoich wyliczeń, przy czym nie są znane żadne założenia do ich wykonania ani metodyka wyliczenia. W szczególności Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia jakie przychody kwalifikuje jako „publiczne”, „in-house” oraz komercyjne. Zamawiający nie odnosi się także do żadnych dokumentów źródłowych ani nie przedstawia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. „Uzasadnienie” ma w dużej mierze charakter blankietowy oraz deklaracyjny. Nie odpowiada ono wymaganiom określonym w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

Uzasadnienie faktyczne powinno zawierać co najmniej:

- wskazanie struktury właścicielskiej SANIKOM oraz wykazanie braku udziału w spółce SANIKOM kapitału prywatnego,
- opis mechanizmu sprawowania kontroli,

- mechanizmy pozwalające na wywieranie dominującego wpływu na cele strategiczne i istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- sposób wyboru organów decyzyjnych,
- dane potwierdzające spełnienie progu powyżej 90% przychodów z działalności powierzonej przez Zamawiających sprawujących kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
- okoliczności, z których można wywodzić, iż SANIKOM nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
- dowody na wykazanie twierdzeń Zamawiającego.

Zamawiający w realiach niniejszej sprawy nie sprostął ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p., a co za tym idzie, czynność Zamawiającego polegająca na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia spółce SANIKOM stoi w sprzeczności z przepisami p.z.p., w tym z zasadą przejrzystości.

Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie: *wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji, ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis, mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę.* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 950/20, LEX nr 3043794). Orzeczenie zostało wydane w poprzednim reżimie prawnym, lecz zachowuje aktualność również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ocena spełnienia przesłanek następuje na podstawie uzasadnienia sporządzonego i opublikowanego w BIP przez Zamawiającego. Wskazać należy, że w orzecznictwie unijnym również zwraca się uwagę, iż uzasadnienia konstruowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt, pozwalając zainteresowanym poznać motywy podjętej decyzji w celu dochodzenia swoich praw, a sądom wspólnotowym dokonać jej kontroli (Wyrok SPI z

13.09.2011 r., T-8/09, DREDGING INTERNATIONAL NV I ONDERNEMINGEN JAN DE NUL NV v. EUROPEJSKA AGENCJA DS. BEZPIECZEŃSTWA NA MORZU (EMSA), ZOTSiS 2011, nr 9-10A, poz. II-6123, pkt 114, zob. wyrok Sądu z dnia 20 maja 2009 r. w sprawie T-89/07 VIP Car Solutions przeciwko Parlamentowi, Zb.Orz. s. II-1403, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo).

Z uwagi na zaniechania po stronie Zamawiającego, wykonawcy nie są w stanie zweryfikować czy SANIKOM faktycznie spełnia przesłanki do udzielenia mu zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. W konsekwencji, nie sposób ocenić zasadności skorzystania z przysługujących wykonawcom instrumentów prawnych mających na celu unieważnienie postępowania.

Zamawiający ogranicza się bowiem do ogólnikowego stwierdzenia, że kontrola nad Spółką wykonywana jest przez Radę Nadzorczą oraz Zgromadzenie Wspólników, a także poprzez postanowienia umowy spółki, umowy wykonawczej oraz regulaminu rekompensaty. Zamawiający nie przedstawia żadnych konkretnych postanowień dokumentów, które pozwalałyby zweryfikować zakres i charakter uprawnień kontrolnych oraz okoliczność czy kontrola sprawowana jest „wspólnie”.

W szczególności Zamawiający nie wyjaśnia, w jaki sposób powoływani są członkowie organów Spółki oraz jak zapewniona jest reprezentacja wszystkich uczestniczących zamawiających w organach decyzyjnych. W uzasadnieniu wskazano jedynie, że w skład Rady Nadzorczej wchodzi przedstawiciele wybierani przez wszystkich udziałowców, przy czym poszczególni członkowie Rady mogą reprezentować więcej niż jedną gminę. Nie wskazano jednak liczby wspólników, zasad wyboru członków Rady Nadzorczej, liczby głosów przysługujących poszczególnym wspólnikom ani mechanizmu gwarantującego każdemu z zamawiających realny wpływ na obsadę organów Spółki. Brak tych informacji uniemożliwia ocenę, czy wszyscy zamawiający rzeczywiście uczestniczą w procesie podejmowania decyzji, czy też wpływ ten skoncentrowany jest po stronie wybranych wspólników.

Podobnie niewystarczające są twierdzenia dotyczące możliwości wywierania dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Zamawiający wskazuje jedynie, że Zgromadzenie Wspólników zatwierdza kluczowe decyzje Spółki oraz określa jej cele strategiczne, nie precyzując jednak, jakie decyzje uznawane są za istotne, jakie kompetencje posiadają poszczególne organy oraz jakie ograniczenia zostały nałożone na Zarząd. W szczególności nie wskazano katalogu czynności wymagających zgody wspólników lub Rady Nadzorczej, progów wartościowych dla takich czynności ani zasad podejmowania uchwał. Uzasadnienie nie pozwala zatem ustalić, czy wspólnicy posiadają

rzeczywisty wpływ na bieżące i strategiczne funkcjonowanie Spółki, czy też wykonują jedynie typowe uprawnienia właścicielskie wynikające z przepisów Kodeksu spółek handlowych.

Należy zwrócić uwagę, że znaczna część argumentacji Zamawiającego sprowadza się do przywołania standardowych kompetencji Rady Nadzorczej wynikających z przepisów kodeksu spółek handlowych, takich jak sprawowanie stałego nadzoru nad działalnością spółki, powoływanie i odwoływanie członków zarządu, wybór biegłego rewidenta czy opiniowanie określonych czynności oraz dostęp do dokumentacji spółki. Okoliczności te nie dowodzą jednak istnienia kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, ponieważ występują co do zasady w każdej spółce kapitałowej wyposażonej w radę nadzorczą. Zamawiający nie wykazał natomiast istnienia szczególnych mechanizmów pozwalających wszystkim zamawiającym wspólnie i skutecznie kształtować działalność Spółki oraz ingerować w jej kluczowe decyzje.

W konsekwencji przedstawione uzasadnienie nie zawiera informacji pozwalających na ocenę, czy relacja pomiędzy Zamawiającym, pozostałymi wspólnikami, a SANIKOM rzeczywiście odpowiada modelowi kontroli wymaganej przez art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a p.z.p. Uzasadnienie ogranicza się do przytoczenia ogólnych twierdzeń o istnieniu kontroli oraz do wskazania standardowych instrumentów nadzoru korporacyjnego, nie przedstawiając konkretnych okoliczności faktycznych i dokumentów źródłowych, z których wynikałoby spełnienie przesłanek ustawowych. Tym samym wykonawcy zostali pozbawieni możliwości samodzielnej i rzetelnej weryfikacji podstaw zastosowania trybu in-house.

Również w zakresie przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie ma charakter wyłącznie deklaracyjny i nie pozwala na zweryfikowanie prawidłowości dokonanych ustaleń.

Zamawiający ograniczył się bowiem do wskazania końcowego wyniku swoich wyliczeń, zgodnie z którym ponad 90% działalności SANIKOM dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę, przedstawiając jednocześnie zbiorcze zestawienie przychodów za lata 2023–2025. Nie wyjaśnił jednak w jaki sposób dokonał kwalifikacji poszczególnych rodzajów działalności do kategorii „in-house”, „publiczne” oraz „komercyjne”, ani jakie konkretne usługi i przychody zostały przyporządkowane do każdej z tych grup. Brak jest również informacji pozwalających ustalić, czy przyjęta metodologia odpowiada wymogom wynikającym z art. 214 ust. 5 p.z.p. oraz czy wszystkie uwzględnione przychody zostały prawidłowo zakwalifikowane.

Podkreślenia wymaga, że **przedstawienie przez Zamawiającego wyłącznie tabeli zawierającej końcowe wartości liczbowe nie stanowi wykazania spełnienia przesłanki**

ustawowej. Tabela taka obrazuje jedynie rezultat dokonanych przez Zamawiającego obliczeń, nie przedstawia natomiast danych, dokumentów ani metodologii, które pozwalałyby na ocenę ich prawidłowości. W praktyce wykonawcy zostali pozbawieni możliwości samodzielnej weryfikacji spełnienia przesłanki ustawowej, co pozostaje w sprzeczności z celem publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy oraz zasadą przejrzystości postępowania.

W konsekwencji uzasadnienie Zamawiającego nie pozwala na ocenę, czy przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. została rzeczywiście spełniona. Zamawiający przedstawił wyłącznie własny wniosek co do osiągnięcia wymaganego progu 90%, nie przedstawiając informacji umożliwiających jego zweryfikowanie. Tym samym wykonawcy zostali pozbawieni możliwości dokonania samodzielnej oceny legalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Całkowicie niewystarczające jest również uzasadnienie dotyczące przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret trzeci p.z.p., zgodnie z którą kontrolowana osoba prawna nie może działać w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę. W tym zakresie Zamawiający w ogóle nie przeprowadził analizy przesłanki ustawowej, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że „Spółka nie działa w interesie sprzecznym z interesem Gmin, sprawujących kontrolę”. Twierdzenie to ma charakter wyłącznie deklaracyjny i stanowi powtórzenie treści przepisu ustawy, nie zaś przedstawienie okoliczności faktycznych pozwalających na zweryfikowanie jego prawdziwości.

Stanowisko Odwołującego o konieczności sporządzenia odpowiedniego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego jest aprobowane w orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r.: *brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 328/17, LEX nr 2256442).*

W najnowszym orzecznictwie również Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku (por. Wyrok KIO z 23.03.2026 r., KIO 163/26, LEX nr 4086046.), że:

„Okoliczność ta nie może jednak przesłaniać kwestii najistotniejszej, związanej z takim przedstawieniem uzasadnienia dla zastosowania trybu z wolnej ręki, które pozwoli bez zasadniczych wątpliwości uznać, że zamawiający postąpił w sposób zgodny z Pzp. W ocenie składu orzekającego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy takie zasadnicze wątpliwości co do spełnienia przez zamawiającego przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp pojawiły się, co doprowadziło ostatecznie do uwzględnienia odwołania.”

„Zamawiający powinien w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przedstawić informację, które potwierdzą spełnienie wszystkich przesłanek, w tym również przesłanki dotyczącej kontroli. Późniejsze działania zamawiającego nie mogły sanować nieprawidłowości powstałych w kluczowym momencie szczególnie, że stanowiły one w zasadzie replikę na stanowiska obu odwołujących. To wskazywało natomiast, że zamawiający na moment publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie przeanalizował dokładnie wszystkich okoliczności sprawy lub uznał, że nie zasługiwały one na szersze wyjaśnienie. Zamawiający próbował temu zaradzić dopiero na etapie postępowania odwoławczego, odnosząc się do argumentacji strony przeciwnej. Izba uznała, że braki jakie miały miejsce w uzasadnieniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy były na tyle istotne, że można je było zaliczyć do nieprawidłowości skutkujących stwierdzeniem istotnego naruszenia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp, które nie można było zminimalizować lub zredukować na późniejszym etapie.”

Odwołujący nie ma faktycznej możliwości samodzielnej weryfikacji w oparciu o ogólnie dostępne dane i dokumenty, czy ziściły się wszystkie przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house wobec SANIKOM. Zamawiający nawet nie wymienił dokumentów, które by o tym świadczyły.

W odniesieniu do przesłanki sprawowania przez Zamawiających kontroli nad SANIKOM odpowiadającej kontroli sprawowanej nad ich własnymi jednostkami oraz przesłanki dotyczącej obsadzania organów decyzyjnych, Odwołujący dysponuje wyłącznie umową spółki, z której wynika, że Zamawiający wraz z pozostałymi wspólnikami wykonuje wyłącznie uprawnienia właścicielskie wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu spółek handlowych i nie ma wpływu na podejmowane przez Zarząd decyzje istotne z punktu widzenia działalności spółki. Odwołujący nie posiada dostępu do pozostałej dokumentacji, z której mogłaby wynikać struktura powiązań między organami SANIKOM oraz proces decyzyjny w Spółce np. uchwały wewnętrzne, regulaminy, polecenia etc.

Nadto wskazać należy, że Prezesem SANIKOM-u jest od 4 września 2020 r. Edward Kaczor, tymczasem gmina Szczawno-Zdrój przystąpiła do spółki i objęła udziały w spółce

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce z dniem 8 grudnia 2022 r., co oznacza że Zamawiający, jak i inne gminy, które przystąpiły do spółki po dacie powołania Prezesa (np. Gmina Głuszycza), nie miały realnego wpływu na wybór Zarządu.

dowód: zarządzenia nr 223/2022 Burmistrza Szczawna-Zdroju z dnia 8 grudnia 2022 r.

W zakresie spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. Odwołujący nie ma możliwości weryfikacji struktury przychodów, ponieważ nie ma dostępu do danych finansowych SANIKOM-u. Do obliczenia procentu działalności bierze się pod uwagę 3 ostatnie lata, a SANIKOM na dzień składania odwołania nie udostępnił sprawozdania finansowego za rok 2025. Nawet gdyby takie sprawozdanie było dostępne, jest one zbyt ogólne, ponieważ nie zawiera szczegółowych informacji o źródłach przychodów wraz ze wskazaniem, które przychody i w jakiej wysokości pochodzą z zadań powierzonych przez Zamawiającego (poszczególnych Zamawiających – wspólników Spółki). Zamawiający poza sprawozdaniem finansowym powinien także przedłożyć bardziej szczegółowe dokumenty finansowe, a także dokumentację, z której wynika, że faktycznie powierzył SANIKOM-owi realizację zadań, które uwzględnia przy wyliczeniu stosownego procentu działalności.

Treść Ogłoszenia jest lakoniczna, nie zawiera merytorycznej treści i świadczy o pozornym wypełnieniu przez Zamawiającego jego ustawowych obowiązków, które mają na celu umożliwienie wykonawcom realnej, a nie jedynie iluzorycznej, kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia oraz podjęcia świadomej decyzji co do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy pełni m.in. funkcję gwarancyjną i kontrolną. Jego celem nie jest formalne odnotowanie zamiaru udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, lecz zapewnienie transparentności procesu decyzyjnego Zamawiającego. Lakoniczna treść ogłoszenia, ograniczająca się do powielenia brzmienia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p., pozbawia ogłoszenie tej funkcji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uchybił swoim obowiązkom przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, oraz przejrzysty i proporcjonalny. Tym samym Zamawiający naruszył fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

Przepisy regulujące tryb zamówienia z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, ponieważ tryb ten stanowi wyjątek od zasady konkurencyjności. Tym samym Zamawiający jest zobowiązany do szczególnie starannego i wyczerpującego wykazania spełnienia wszystkich przesłanek ustawowych skorzystania z tej formuły udzielenia zamówienia. Obowiązek ten nie został w niniejszym postępowaniu wykonany. Zamawiający nie zamieścił niezbędnych informacji i danych, w oparciu, o które wykonawcy mogliby sformułować zarzuty merytorycznie

podważające stanowisko co do dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w formule in-house.

3. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. a) 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.) („Dyrektywa 2014/24/UE”) poprzez zamiar udzielenia spółce SANIKOM zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, mimo że w skład organów decyzyjnych SANIKOM-u nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających (z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego), a uczestniczący zamawiający nie mogą wspólnie wywierać dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje SANIKOM-u, a ponadto spółka SANIKOM działać może w interesie sprzecznym z interesami części wspólników, w tym Zamawiającego (zamawiających rzekomo sprawujących nad nią kontrolę);
4. art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 129 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE oraz w zw. z art. 58 § 1 i 2 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 z późn. zm., dalej: „k.c.”), art. 5 k.c. art. 8 ust. 1 p.z.p. oraz w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm., dalej: „TFUE”) poprzez zamiar udzielenia spółce SANIKOM zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house podczas gdy wskazana czynność prawna jest czynnością mającą na celu obejście ustawy i polega na umożliwieniu realizacji zamówienia publicznego w trybie in-house przez podmiot, który nie spełnia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. (spełnia je tylko pozornie), albowiem większość ze wspólników, w tym Zamawiający nie ma realnego wpływu na działalność spółki SANIKOM, ponieważ posiada znikomą ilość udziałów, których wielkość determinuje wpływ na decyzje podejmowane przez Zgromadzenie Wspólników (tylko trzech wspólników posiada więcej niż 10% udziałów, a czterech największych wspólników posiada ponad 50% udziałów przy łącznej ilości 29 wspólników), co w konsekwencji powoduje, że udzielenie w realiach niniejszej sprawy zamówienia in-house narusza szereg zasad takich jak zakaz ograniczania swobody przedsiębiorczości, zakaz ograniczania

swobody świadczenia usług, zasadę przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p. tzw. zamówienie in-house może być udzielone osobie prawnej, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający **wspólnie z innymi zamawiającymi**, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

– w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele **wszystkich** uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą **wspólnie** wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Zgodnie tekstem jednolitym umowy spółki (akt notarialny, Repertorium A numer 6398 /2024, sporządzony w dniu 11.12.2024 r. przez notariusza Beatę Kopia – Kawka, prowadzącą Kancelarię Notarialną w Kamiennej Górze) kapitał zakładowy w wysokości 10.862.500,00 (dziesięć milionów osiemset sześćdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych) dzieli się na 21 725 udziałów i dzieli się między wspólników w następujący sposób:

1) Gmina Lubawka posiada 3.519 (trzy tysiące pięćset dziewiętnaście) udziałów o wartości 1.759.500,00 zł (jeden milion siedemset pięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset złotych),

2) Gmina Miejska Kamienna Góra posiada 3.839 (trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć) udziałów o wartości 1.919.500,00 zł (jeden milion dziewięćset dziewiętnaście tysięcy pięćset złotych),

3) Gmina Kamienna Góra posiada 810 (osiemset dziesięć) udziałów o wartości 405.000,00 zł (czteryście pięć tysięcy złotych),

4) Gmina Mieroszów posiada 661 (sześćset sześćdziesiąt jeden) udziałów o wartości 330.500,00 zł (trzysta trzydzieści tysięcy pięćset złotych),

5) Gmina Stare Bogaczowice posiada 397 (trzysta dziewięćdziesiąt siedem) udziałów o wartości 198.500,00 zł (sto dziewięćdziesiąt osiem tysięcy pięćset złotych),

6) Gmina Czarny Bór posiada 455 (czteryście pięćdziesiąt pięć) udziałów o wartości 227.500,00 zł (dwieście dwadzieścia siedem tysięcy pięćset złotych),

- 7) Gmina Marciszów posiada 446 (czterysta czterdzieści sześć) udziałów o wartości 223.00,00 zł (dwieście dwadzieścia trzy tysiące złotych),
- 8) Gmina Bolków posiada 986 (dziewięćset osiemdziesiąt sześć) udziałów o wartości 493.000,00 zł (czterysta dziewięćdziesiąt trzy tysiące złotych),
- 9) Miasto Boguszów – Gorce posiada 2.268 (dwa tysiące dwieście sześćdziesiąt osiem) udziałów o wartości 1.134.000,00 zł (jeden milion sto trzydzieści cztery tysiące złotych)
- 10) Gmina Jawor posiada 2.164 (dwa tysiące sto sześćdziesiąt cztery) udziały o wartości 1.082.000,00 zł (jeden milion osiemdziesiąt dwa tysiące złotych),
- 11) Miasto i Gmina Świerzawa posiada 714 (siedemset czternaście) udziałów o wartości 357.000,00 zł (trzysta pięćdziesiąt siedem tysięcy złotych),
- 12) Gmina Pielgrzymka posiada 446 (czterysta czterdzieści sześć) udziałów o wartości 223.000,00 zł (dwieście dwadzieścia trzy tysiące złotych),
- 13) Gmina Męcinka posiada 448 (czterysta czterdzieści osiem) udziałów o wartości 224.000,00 zł (dwieście dwadzieścia cztery tysiące złotych),
- 14) Gmina Mściwojów posiada 392 (trzysta dziewięćdziesiąt dwa) udziały o wartości 196.000,00 zł (sto dziewięćdziesiąt sześć tysięcy złotych),
- 15) Gmina Wądroże Wielkie posiada 388 (trzysta osiemdziesiąt osiem) udziałów o wartości 194.000,00 zł (sto dziewięćdziesiąt cztery tysiące złotych),
- 16) Gmina Paszowice posiada 372 (trzysta siedemdziesiąt dwa) udziały o wartości 186.000,00 zł (sto osiemdziesiąt sześć tysięcy złotych),
- 17) Gmina Wojcieszów posiada 364 (trzysta sześćdziesiąt cztery) udziały o wartości 182.000,00 zł (sto osiemdziesiąt dwa tysiące złotych),
- 18) Gmina i Miasto Lwówek Śląski posiada 800 (osiemset) udziałów o wartości 400.000,00 zł (czterysta tysięcy złotych),
- 19) Gmina Miejska Złotoryja posiada 1.230 (tysiąc dwieście trzydzieści) udziałów o wartości 615.000,00 zł (sześćset piętnaście tysięcy złotych),
- 20) Gmina Zagrodno posiada 434 (czterysta trzydzieści cztery) udziały o wartości 217.000 zł (dwieście siedemnaście tysięcy złotych),
- 21) Gmina Złotoryja posiada 560 (pięćset sześćdziesiąt) udziałów o wartości 280.000,00 zł (dwieście osiemdziesiąt tysięcy złotych),
- 22) Gmina Wleń posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),
- 23) Gmina Mirsk posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),
- 24) Gmina Stara Kamienica posiada 4 (cztery) udziały wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),
- 25) Gmina Lubomierz posiada 4 (cztery) udziały wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),

26) Gmina Świeradów – Zdrój posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),

27) Gmina Szczawno – Zdrój posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),

28) Gmina Głuszycza posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych),

29) Gmina Jedlina-Zdrój posiada 4 (cztery) udziały o wartości 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych).

To oznacza, że spółka posiada 29 wspólników.

W ocenie Odwołującego w realiach niniejszej sprawy nie została spełniona przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret drugi p.z.p., zgodnie z którą uczestniczący zamawiający muszą **wspólnie** wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej.

Wspólna kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym musi mieć charakter rzeczywisty i efektywny. Nie jest wystarczające formalne posiadanie statusu wspólnika lub uczestnictwo w organach spółki. Konieczne jest istnienie realnych instrumentów pozwalających wszystkim zamawiającym uczestniczącym w sprawowaniu kontroli oddziaływać na działalność podmiotu wewnętrznego w stopniu porównywalnym do wpływu wywieranego na własne jednostki organizacyjne.

Tymczasem struktura właścicielska SANIKOM prowadzi do sytuacji, w której część wspólników nie posiada jakiegokolwiek realnego wpływu na podejmowane przez Spółkę decyzje. Kapitał zakładowy Spółki dzieli się na 21.725 udziałów, przy czym każdy udział daje prawo do jednego głosu na Zgromadzeniu Wspólników. Uchwały Zgromadzenia Wspólników zapadają co do zasady bezwzględnie większością głosów. Oznacza to, że rzeczywisty wpływ poszczególnych wspólników na funkcjonowanie Spółki jest bezpośrednio uzależniony od liczby posiadanych udziałów.

Gmina Szczawno-Zdrój posiada zaledwie 4 udziały spośród 21.725 udziałów istniejących w Spółce, co odpowiada 0,018% kapitału zakładowego. Taką samą liczbę udziałów posiadają również niektórzy inni wspólnicy. **Jednocześnie najwięksi udziałowcy dysponują odpowiednio 3.839, 3.519, 2.268 oraz 2.164 udziałami. Oznacza to, że czterech największych wspólników skupia ponad połowę wszystkich udziałów (głosów) w Spółce.**

W takich okolicznościach nie sposób przyjąć, że wszyscy wspólnicy wspólnie wywierają dominujący wpływ na działalność SANIKOM. W rzeczywistości wpływ taki posiadają przede wszystkim najwięksi udziałowcy, podczas gdy wspólnicy dysponujący kilkoma udziałami pozostają całkowicie pozbawieni możliwości oddziaływania na wynik głosowań. Gmina

Szczawno-Zdrój dysponująca niespełna 0,02% głosów nie jest w stanie samodzielnie wpłynąć na żadną decyzję Spółki, nie jest również w stanie zablokować podjęcia jakiegokolwiek uchwały ani wymusić jej podjęcia.

Nie można utożsamiać formalnego prawa uczestnictwa w Zgromadzeniu Wspólników z możliwością wywierania dominującego wpływu na działalność spółki. W przeciwnym razie każda jednostka samorządu terytorialnego posiadająca nawet symboliczny udział w kapitale zakładowym mogłaby zostać uznana za podmiot współkontrolujący w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

Na gruncie prawa spółek handlowych zasadą jest proporcjonalność wpływu wspólnika do liczby posiadanych udziałów. W SANIKOM zasada ta została wprost utrzymana poprzez przyjęcie reguły „jeden udział – jeden głos” (§ 15 ust. 2 umowy spółki). Oznacza to, że zakres wpływu poszczególnych wspólników na działalność Spółki jest konsekwencją wielkości ich udziałów. Skoro zaś niektórzy wspólnicy posiadają ponad 17% głosów, podczas gdy inni niespełna 0,02%, to nie można twierdzić, że wszyscy wspólnicy uczestniczą we wspólnym wywieraniu dominującego wpływu na działalność Spółki.

Zamawiający nie wykazał, że sprawuje wspólnie z innymi zamawiającymi nad SANIKOM-em kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób posiadając zaledwie 4 udziały w spółce będzie sprawował faktyczną kontrolę przekładającą się na wyznaczanie celów strategicznych oraz istotnych decyzji w kontrolowanej osobie prawnej.

Definicja „sprawowania kontroli nad jednostką” została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C-107/98), orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03), orzeczenia w sprawie C-324/07 Coditel oraz orzeczenia w sprawie C-340/04 Carbotermo. Interpretacja pojęcia „sprawowania kontroli nad jednostką” wymaga uwzględnienia przede wszystkim wykładni pronunijnej. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną i skuteczną kontrolę. Instytucja kontrolująca winna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki w formule in-house.

Dodatkowo wskazać należy, że akt założycielski spółki SANIKOM nie przewiduje żadnych szczególnych mechanizmów ochronnych dla wspólników posiadających marginalne pakiety

udziałów. W szczególności wspólnicy ci nie dysponują indywidualnymi uprawnieniami osobistymi, prawem powoływania członków organów ani innymi instrumentami pozwalającymi im skutecznie oddziaływać na strategiczne decyzje Spółki. Nie istnieją zatem mechanizmy, które mogłyby kompensować skrajnie nierównomierny rozkład praw głosu.

W konsekwencji rzeczywisty model funkcjonowania SANIKOM odpowiada klasycznej spółce kapitałowej, w której wpływ na działalność podmiotu jest pochodną liczby posiadanych udziałów. Model ten nie pozwala przyjąć, że wszyscy zamawiający będący wspólnikami spółki wspólnie wywierają dominujący wpływ na jej cele strategiczne i istotne decyzje. Tym samym nie została spełniona przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret drugi p.z.p.

W następnej kolejności należy podnieść, że z przyczyn opisanych powyżej czynność polegająca na wszczęciu postępowania i zamiarze udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. spółce SANIKOM jest czynnością mającą na celu obejście przepisu art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.. Zgodnie z art. 58 § 1 k.c. 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. „Obejście prawa” polega na osiągnięciu zabronionego celu za pomocą czynności prawnie dozwolonej.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: II CSK 557/12, OSNC 2014, nr 2, poz. 13) „Treść czynności prawnej jest sprzeczna z ustawą wówczas, gdy zawiera postanowienia z nią sprzeczne albo gdy nie zawiera treści przez ustawę nakazanych.

Czynnościami sprzecznymi z prawem są zarówno czynności objęte zakazem prawnym, jak i nim nie objęte, lecz podjęte w celu osiągnięcia zakazanego skutku. Art. 58 k.c. na równi z czynnościami sprzecznymi z ustawą traktuje pod względem skutków 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.”

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że przyjęta konstrukcja właścicielska SANIKOM służy jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. Należy podkreślić, że celem regulacji dotyczącej zamówień wewnętrznych nie jest umożliwienie dowolnego powierzania zamówień podmiotom pozostającym poza

mechanizmami konkurencji rynkowej. Instytucja zamówienia in-house stanowi wyjątek od zasady konkurencyjnego udzielania zamówień publicznych.

Tymczasem w SANIKOM znaczna część wspólników posiada wyłącznie symboliczne pakiety udziałów. Zamawiający – Gmina Szczawno-Zdrój dysponuje jedynie 0,018% ogólnej liczby głosów, podobnie jak siedem innych gmin. Kolejnych pięciu wspólników posiada mniej niż 2% udziałów. Dwanaście gmin posiada udziały w przedziale od 2% do 5%. Tylko cztery podmioty posiadają więcej niż 5% udziałów w spółce. Rzeczywista siła decyzyjna skoncentrowana jest w rękach zaledwie kilku największych wspólników, podczas gdy zdecydowana większość gmin dysponuje jedynie marginalnym wpływem na funkcjonowanie Spółki. Przy takim podziale kapitału nie istnieje jakakolwiek realna możliwość wspólnego wpływania na skład organów Spółki, kierunki jej działalności czy podejmowane decyzje strategiczne.

Udziały w spółce takich podmiotów jak Zamawiający mają charakter wyłącznie formalny. Status wspólnika Zamawiającego nie przekłada się na rzeczywiste wykonywanie uprawnień właścicielskich ani na możliwość współkształtowania działalności Spółki oraz decydowana o składzie najważniejszych organów w spółce. Pomimo tego obecność takich podmiotów jak Zamawiający w gronie wspólników wykorzystywana jest jako argument przemawiający za możliwością powierzania im zamówień w formule in-house.

Prowadzi to do sytuacji, w której instytucja zamówienia wewnętrznego zostaje wykorzystana w sposób sprzeczny z jej funkcją. Zamiast rzeczywistej wspólnej kontroli wykonywanej przez wszystkich uczestniczących zamawiających występuje konstrukcja, w której formalne posiadanie symbolicznego udziału w kapitale zakładowym ma zastąpić faktyczne sprawowanie kontroli wymaganej przez ustawę. Nie można bowiem przyjąć, że ustawodawca, posługując się pojęciem „wspólnego wywierania dominującego wpływu”, miał na myśli sytuację, w której część wspólników posiada jedynie iluzoryczne prawa korporacyjne, niepozwalające na rzeczywiste oddziaływanie na działalność spółki. Taki stan rzeczy nie pozwala także na zapewnienie wszystkim udziałowcom przedstawicielstwa w organach decyzyjnych takich jak zarząd czy rada nadzorcza.

Konkludując, przyjęta konstrukcja służy przede wszystkim formalnemu wykazaniu spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p., podczas gdy w rzeczywistości nie dochodzi ani do wspólnego wywierania dominującego wpływu na działalność Spółki, ani do zapewnienia, aby w skład organów decyzyjnych SANIKOM-u wchodziłi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających.

W okolicznościach niniejszej sprawy czynność udzielenia zamówienia jest także sprzeczna z zasadami współzycia społecznego tj. zasadami uczciwego obrotu, sprawiedliwości oraz rzetelnego postępowania.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 lutego 2004 r. (sygn. akt: II CK 34/03, LEX nr 174159) wyjaśnił, że „Wprawdzie przepis art. 58 k.c. nie mówi o sprzeczności celu czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego, ale te same argumenty, które przemawiają za uwzględnieniem celu czynności prawnej sprzecznej z ustawą, **przemawiają także na rzecz negatywnej oceny czynności prawnej ze względu na jej cel sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Celem tym jest, nieobjęty treścią czynności prawnej jej rezultat, który można określić jako dalszy cel czynności.** Można go jednak brać pod uwagę, wtedy tylko, gdy był znany stronom czynności prawnej.”

Ponadto nie sposób uznać, że Zamawiający w ogóle wywierali dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje SANIKOM-u. W ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym, w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu faktycznym i prawnym udzielenia zamówienia in-house oraz w oparciu o całokształt okoliczności niniejszej sprawy nie jest możliwe uznanie, że Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, sprawuje nad SANIKOM-em kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, albowiem Zgromadzenie Wspólników nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej.

Rozumienie pojęcia kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 pkt a) p.z.p. zostało szczegółowo wyjaśnione w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie krajowym. Rozumienie pojęcia kontroli na gruncie art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. jest takie samo, zatem powołane poniżej orzecznictwo należy uwzględnić również w realiach niniejszej sprawy.

Dorobek orzecznicy zawiera wytyczne dotyczące stosowania wyjątku, jakim jest udzielenie zamówienia in-house.

Fundamentalne znaczenie dla zamówień typu in-house miał wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal Srl v. Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia), w którym Trybunał orzekł, iż obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych nie powstaje, gdy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz jednocześnie osoba ta wykonuje istotną część działalności organu wraz ze sprawującymi nad nią taką kontrolę organem lub organami.

W wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna) Trybunał dookreślił, że „W odniesieniu do przedmiotu kontroli Trybunał w wyroku Teckal, ustanawiającym omawiany wyjątek, nie ograniczył jej do określonych decyzji kontrolowanej jednostki. Sama kontrola decyzji o udzielaniu zamówień ogólnie lub nawet

konkretnej decyzji o udzieleniu zamówienia nie jest zatem wystarczająca. Mając na uwadze brzmienie i cel kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami, należy raczej wymagać możliwości całkowitej kontroli. **Nie powinna się ona jednak ograniczać do strategicznych decyzji rynkowych, ale obejmować również poszczególne decyzje z zakresu zarządzania**".

W orzecznictwie TSUE dominuje pogląd, iż kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą **powinna być skuteczna, strukturalna oraz funkcjonalna** (zob. wyr. TSUE z 29.11.2012 r. ws. C-182/11 i C-183/11 oraz wskazane tam orzecznictwo). „Pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu "analogicznej kontroli" nad tą jednostką" (por. wyr. TSUE z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA v. Comune di Cagno i Comune di Varese (C-182/11) i Comune di Solbiate i Comune di Varese (C-183/11)*, www.curia.europa.eu, pkt 31).

Jednym z istotniejszych dla prawidłowego rozpoznania niniejszego odwołania orzeczeń TSUE, jest wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 (*Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*) w którym Trybunał zwrócił uwagę na konieczność zbadania stopnia autonomii organu zarządczego, bez względu na aspekt właścicielski wynikający z posiadanych udziałów czy akcji. TSUE zauważył, że: „Jeśli chodzi konkretnie o uprawnienia przyznane zarządowi, z orzeczenia odsyłającego wynika, że statut spółki Stadtwerke Brixen AG, w tym w szczególności jego art. 18, przyznaje jej zarządowi bardzo szeroki zakres uprawnień w zakresie zarządzania tą spółką, albowiem dysponuje on uprawnieniem do podejmowania wszelkich czynności użytecznych lub niezbędnych dla realizacji celów spółki. Ponadto przewidziane w art. 18 uprawnienie do udzielania poręczenia na kwoty nieprzekraczające pięciu milionów euro oraz dokonywania innych czynności bez uprzedniej zgody walnego zgromadzenia wspólników wskazuje na to, że **spółka ta posiada dużą autonomię w stosunku do swych akcjonariuszy**".

Z wyżej powołanego orzeczenia wynika także, że podczas dokonywania oceny czy kontrola zamawiającego jest analogiczna jak kontrola nad własnymi jednostkami, należy brać pod uwagę **całokształt przepisów prawnych i istotnych okoliczności. Możliwość wpływania**

Zamawiającego na funkcjonowanie danej osoby prawnej powinna być szersza niż wynikająca z uprawnień właścicielskich.

Następnie warto powołać wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 (Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA), w którym Trybunał stwierdził, że: „Dyrektywa 93/36 koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w sposób bezpośredni na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca. W takich okolicznościach nie jest bowiem spełniona przesłanka niestosowania dyrektywy 93/36, zgodnie z którą instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką, której udzieliła danego zamówienia publicznego, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami”.

Wszystkie powyższe orzeczenia kładą nacisk na konieczność analizy całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych przy ocenie czy dany podmiot, któremu ma być udzielone zamówienie in-house spełnia przesłanki ustawowe.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zwrócić uwagę, że relacje prawne między Zamawiającymi, a SANIKOM-em mają wyłącznie charakter stosunków właścicielskich. Uprawnienia i obowiązki Zgromadzenia Wspólników wynikają z regulacji kodeksu spółek handlowych. Uprawnienia Zgromadzenia Wspólników wskazane w umowie spółki stanowią powtórzenie regulacji kodeksowych. Kompetencje Zgromadzenia Wspólników (czyli Zamawiających) zgodnie z § 16 umowy spółki to:

- rozpatrzenie i zatwierdzenie sprawozdania Zarządu z działalności Spółki oraz sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy,
- podział zysku lub pokrycie strat,
- udzielenie członkom organów Spółki absolutorium z wykonania przez nich obowiązków,
- wybór i odwołanie członków Rady Nadzorczej,
- ustalanie zasad kształtowania wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej i Zarządu,
- podwyższenie lub obniżenie kapitału zakładowego Spółki,
- zmiana umowy Spółki,
- połączenie i przekształcenie Spółki, rozwiązanie i likwidacja Spółki,
- nabycie i zbycie nieruchomości, użytkownika wieczystego lub udziału w nieruchomości,
- emisja obligacji,

- postanowienie dotyczące roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy zawiązaniu Spółki lub sprawowaniu zarządu lub nadzoru,
- utworzenia funduszy celowych,
- zwrot dopłat,
- określanie wymogów jakie musi spełniać kandydat na członka Zarządu,
- określanie wymogów jakie musi spełniać kandydat na członka Rady Nadzorczej,
- uchwalanie Regulaminu wyboru pracowników spółki do Rady Nadzorczej,
- zatwierdzanie rozliczenia rekompensaty za przetwarzanie odpadów komunalnych oraz zatwierdzanie rozliczenia rekompensaty za świadczone przez spółkę pozostałe usługi,
- zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gmin macierzystych,
- wyrażanie zgody na zaciągnięcie zobowiązania lub rozporządzenie majątkiem o wartości przewyższającej 500.000 (pięćset tysięcy) euro, za wyjątkiem należności,
- podatkowych i składek na ubezpieczenie społeczne oraz innych świadczeń związanych z zatrudnianiem pracowników,

Zasadniczo wszystkie powyższe uprawnienia mają swe źródło w przepisach bezwzględnie obowiązujących (por. 228 k.s.h. oraz 231 § 2 k.s.h., 246 k.s.h., 255 k.s.h., 215 k.s.h.).

Podobnie Rada Nadzorcza nie ma żadnych szczególnych kompetencji poza określonymi m.in. w art. 219 k.s.h. Zgodnie z § 18 umowy spółki, do kompetencji Rady Nadzorczej należy:

- ocena sprawozdań, o których mowa w art. 231 § 2 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych, w zakresie ich zgodności z księgami, dokumentami i stanem faktycznym,
- ocena wniosków Zarządu, co do podziału zysku albo pokrycia straty,
- sporządzanie oraz składanie Zgromadzeniu Wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyników ocen, o których mowa w sprawozdań, o których mowa w art. 231 § 2 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych oraz pisemnego sprawozdania z działalności Rady Nadzorczej za ubiegły rok obrotowy (sprawozdanie Rady Nadzorczej),
- wnioskowania o udzielenie członkom Zarządu Spółki absolutorium z wykonania przez nich obowiązków,
- zawieszanie z ważnych powodów w czynnościach poszczególnych lub wszystkich członków Zarządu Spółki,
- delegowanie swoich członków do czasowego wykonywania czynności Zarządu w razie zawieszenia z ważnych powodów poszczególnych lub wszystkich członków Zarządu Spółki lub w innych wypadkach, gdy Zarząd Spółki nie może działać,
- na wniosek Zarządu wyrażanie zgody na udzielenie gwarancji lub poręczenia,
- wybór biegłego rewidenta do zbadania sprawozdania finansowego Spółki,
- powoływanie i odwoływanie członków Zarządu

- ustalenie kwoty wynagrodzenia stałego i kwoty wynagrodzenia zmiennego członków Zarządu,
- określenie szczegółowych celów zarządczych dla członków Zarządu,
- określenie wag dla celów zarządczych oraz wskaźników ich realizacji i rozliczania,
- opiniowanie rozliczenia rekompensaty za przetwarzanie odpadów komunalnych oraz opiniowanie rozliczenia rekompensaty za świadczone przez spółkę pozostałe usługi
- zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gmin macierzystych,
- wyrażanie zgody na zaciągnięcie zobowiązania lub rozporządzenie majątkiem o wartości przewyższającej 300.000 (trzysta tysięcy) euro za wyjątkiem należności podatkowych i składek na ubezpieczenie społeczne oraz innych świadczeń związanych z zatrudnianiem pracowników,
- przekazywanie wspólnikom protokołów z posiedzeń Rady Nadzorczej wraz z podjętymi uchwałami, których przedmiotem było opiniowanie rozliczenia rekompensaty za przetwarzanie odpadów komunalnych oraz opiniowanie rozliczenia rekompensaty za świadczone przez spółkę pozostałe usługi zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gmin macierzystych w terminie 14 dni od zatwierdzenia tych protokołów przez Radę Nadzorczą.

Zamawiający wraz z pozostałymi zamawiającymi nie posiadają zatem żadnych szczególnych uprawnień, które pozwalają na uznanie, że ich wpływ na cele SANIKOM-u oraz istotne decyzje jest odpowiednio szeroki. Aby to było spełnione, dokumenty korporacyjne winny w sposób istotny ograniczać szerokie kompetencje zarządu jako organu prowadzącego sprawę SANIKOM-u i podejmującego wszelkie istotne decyzje dotyczące działalności spółki na rzecz Zgromadzenia Wspólników. Uprawnienia Zgromadzenia Wspólników mają marginalne znaczenie w kontekście realnej kontroli i wpływu na ważne decyzje w SANIKOM-u.

Rada Nadzorcza nie reprezentuje interesów Zgromadzenia Wspólników, a działa wyłącznie w interesie spółki, a ponadto jej w skład wchodzi nie tylko przedstawiciele wspólników, ale także przedstawiciele pracowników. **Ewentualny wpływ Rady Nadzorczej na decyzje spółki nie należy utożsamiać z wpływem Zamawiających, wprost przeciwnie. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający w zasadzie wyzbyli się wpływu na podejmowane w spółce decyzje przekazując Radzie Nadzorczej uprawnienie do wyboru Zarządu i ustalenia celów zarządczych.** Zgodnie z zasadami ogólnymi w ustawie kodeks spółek handlowych (art. 201 § 4 k.s.h.), to Zgromadzenie Wspólników wybiera zarząd, a Rada Nadzorcza nie może wpływać na decyzje zarządcze wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki (art. 219 § 2 k.s.h.).

Nie uchybiając powyższemu należy także podkreślić, że zapisy w umowie spółki zgodnie z którymi Rada Nadzorcza określa cele zarządcze Zarządu są w sposób oczywisty niezgodnie z art. 219 § 2 k.s.h., a co za tym idzie nieważne. W konsekwencji Zarząd posiada nieograniczoną autonomię w podejmowaniu decyzji w spółce. Zgodnie z dorobkiem doktryny (Art. 219 KSH T. IIA red. Opalski 2018, wyd. 1/Adam Opalski) uznać należy, że:

*Wprawdzie ustawodawca jedynie powierza zarządowi prowadzenie spraw spółki i nakazuje domniemywać jego kompetencję (art. 201 § 1), a równocześnie *expressis verbis* neguje samodzielność zarządu wobec wspólników (art. 207), jednak taki stan nie oznacza przyzwolenia na ubezwłasnowolnienie zarządu w wyniku nadmiernego rozbudowania kompetencji stanowiących rady. Kompetencje te nie mogą doprowadzić do uzyskania przez radę pozycji "super zarządu", najwyższej instancji decyzyjnej w spółce, której zarząd byłby w istocie hierarchicznie podporządkowany. Zarząd nie może w żadnym wypadku zostać sprowadzony do roli **wykonawcy wytycznych ustalanych przez radę** (por. A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska, w: *Softysiński i in., Komentarz KSH, t. 2, 2014, s. 566*).*

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością to Zarząd jest organem, który prowadzi sprawy spółki i podejmuje wszelkie istotne decyzje niezastrzeżone dla innych organów. Niektóre decyzje zarząd może podejmować tylko za zgodą Zgromadzenia Wspólników lub Rady Nadzorczej – o ile wynika to z przepisów lub umowy spółki. Ustawa kodeks spółek handlowych nie ogranicza w sposób istotny kompetencji zarządu jako organu zarządczego. Tylko najbardziej doniosłe decyzje zarządu takie jak: likwidacja spółki, sprzedaż nieruchomości czy przystąpienie do innej spółki wymagają aprobaty Zgromadzenia Wspólników.

Zarząd prowadzi sprawy spółki w rozumieniu art. 208 § 2 k.s.h., co obejmuje podejmowanie wszelkich działań faktycznych i prawnych związanych z bieżącą działalnością spółki. Do jego kompetencji należy m.in.:

- podejmowanie decyzji strategicznych i operacyjnych dotyczących funkcjonowania przedsiębiorstwa,
- zawieranie i wypowiedzanie wszelkich umów,
- decydowanie o zatrudnieniu pracowników i kształtowaniu polityki kadrowej,
- zarządzanie majątkiem spółki, podejmowanie decyzji inwestycyjnych i finansowych np. zawarcie umowy kredytu lub podjęcie decyzji o zakupie udziałów lub akcji w innych spółkach,
- opracowywanie planów gospodarczych, budżetów, analiz ekonomicznych.

Na podstawie art. 204 § 1 k.s.h. zarząd reprezentuje spółkę we wszystkich czynnościach sądowych i pozasądowych. Członkowie zarządu mają prawo składania oświadczeń woli w

imieniu spółki, występowania przed sądami i organami administracji, a także dokonywania czynności prawnych z kontrahentami.

Zgodnie z przepisami k.s.h. dopiero rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. W umowie SANIKOM-u znajdują się do dodatkowe zapisy, które zmniejszyły ten próg, lecz nadal jest on bardzo wysoki – jest to 500.000 euro czyli ponad 2.000.000,00 zł. To oznacza, że Zarząd może bez zgody Zgromadzenia Wspólników rozporządzić znaczną częścią majątku spółki.

Zarząd spółki z o.o. pełni kluczową rolę w strukturze organizacyjnej osoby prawnej, będąc jej centralnym organem wykonawczym i reprezentacyjnym. Zakres kompetencji zarządu obejmuje zarówno codzienne prowadzenie spraw spółki, jak i podejmowanie strategicznych decyzji o dużym znaczeniu gospodarczym. Chociaż w pewnych sprawach zarząd musi uzyskać zgodę wspólników (art. 228 k.s.h.) lub Rady Nadzorczej, to co do zasady posiada znaczną samodzielność i swobodę decyzyjną.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w sytuacji gdy w umowie nie zostały przewidziane ograniczenia dla ustawowych kompetencji zarządu na rzecz Zgromadzenia Wspólników, to zarząd (ewentualnie w powiązaniu częściowo z Radą Nadzorczą) jest organem, który podejmuje większość istotnych decyzji dotyczących zarządzania sprawami osoby prawnej i ma istotny wpływ na cele strategiczne spółki. Jeżeli ponadto umowa nie przewiduje dodatkowych kompetencji (poza ustawowymi) dla Zgromadzenia Wspólników, które pozwalałyby na wywieranie realnego wpływu na decyzje zarządu czy też Rady Nadzorczej, to nie sposób uznać, że Zamawiający wraz z pozostałymi wspólnikami mają dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Zgromadzenie Wspólników poza kompetencjami z art. 228 k.s.h. i 231 k.s.h. nie posiada żadnych możliwości wpływania i kontrolowania decyzji zarządu. Rada Nadzorcza posiada wyłącznie kompetencje nadzorcze, lecz nie ma instrumentów którymi mogłaby realnie wpływać na decyzje zarządu, lecz co należy podkreślić wpływ na decyzje i cele strategiczne powinny być w rękach Zgromadzenia Wspólników a nie Rady Nadzorczej. Nadto wskazać należy, że Rada Nadzorcza w spółce SANIKOM nie jest wybierana wyłącznie przez Zgromadzenie Wspólników, ale w jej skład wchodzi także przedstawiciele pracowników.

Z umowy spółki SANIKOM wynika, że jej wspólnicy sprawują nad nią kontrolę o charakterze korporacyjnym, nie zaś kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami. Z postanowień umowy wynika bowiem znaczny stopień samodzielności spółki.

Nadto wskazać należy na pewne zróżnicowanie gmin macierzystych, gdyż § 7 ust. 9 umowy spółki zakłada pierwszeństwo przyjęcia odpadów z terenu gmin macierzystych w stosunku do gmin, które przystąpiły do Spółki przed dniem 20 września 2022 r. Oznacza to, że kontrolowana osoba prawna (SANIKOM) może odmówić przyjęcia odpadów od Zamawiającego, co wprost stanowi postanowienie o możliwości działania w interesie sprzecznym z interesami niektórych zamawiających rzekomo sprawujących nad nią kontrolę, w tym od Zamawiającego i innych gmin, które przystąpiły w późniejszym terminie m.in. gmina Głuszycza, gmina Jedlina-Zdrój.

Nie została również spełniona przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret pierwszy p.z.p., zgodnie z którą w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej muszą wchodzić przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających.

Analiza umowy spółki SANIKOM prowadzi do wniosku, że w skład organów decyzyjnych Spółki nie wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, nawet przy zastrzeżeniu, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego.

Przed wszystkim zgodnie z § 17 ust. 1 umowy spółki Rada Nadzorcza składa się od 3 do 6 członków, przy czym dwa miejsca są zastrzeżone dla kandydatów wskazywanych przez pracowników Spółki. Oznacza to, że nawet przy maksymalnym sześciuosobowym składzie Rady Nadzorczej jedynie cztery miejsca pozostają do dyspozycji wspólników.

Jednocześnie SANIKOM skupia 29 wspólników, podczas gdy Rada Nadzorcza liczy maksymalnie 6 członków, z czego dwa miejsca są przeznaczone dla przedstawicieli pracowników. **Oznacza to, że w praktyce jedynie czterech członków Rady Nadzorczej może reprezentować wszystkich wspólników publicznych.** Sam fakt, że ustawodawca dopuścił możliwość reprezentowania więcej niż jednego zamawiającego przez jednego przedstawiciela, nie oznacza jednak, że reprezentacja taka może mieć charakter całkowicie pozorny. Celem przepisu jest zapewnienie wszystkim uczestniczącym zamawiającym rzeczywistego udziału w sprawowaniu kontroli nad podmiotem wewnętrznym, a nie stworzenie formalnej konstrukcji, w której zdecydowana większość wspólników zostaje pozbawiona jakiegokolwiek wpływu na obsadę i funkcjonowanie organów decyzyjnych. Szczęólnego znaczenia nabiera to w realiach niniejszej sprawy, gdzie występuje skrajna dysproporcja udziałów poszczególnych wspólników. Gmina Szczawno-Zdrój 0,018% ogólnej liczby głosów. Podobnie kształtuje się pozycja kilku innych gmin. W praktyce oznacza to, że wspólnicy posiadający marginalne pakiety udziałów nie mają realnego wpływu ani na wybór członków Rady Nadzorczej, ani na określenie tego, kto miałby ich reprezentować w organach Spółki. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że osoby zasiadające w Radzie Nadzorczej są

rzeczywistymi przedstawicielami wszystkich zamawiających w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret pierwszy p.z.p.

Również konstrukcja Zarządu nie realizuje wymogu zapewnienia wszystkim zamawiającym przedstawicielstwa w tym organie decyzyjnym. Zarząd wybierany jest przez Radę Nadzorczą, a nie przez Zgromadzenie Wspólników. Zamawiający mają więc jedynie pośredni wpływ na obsadę najważniejszego organu zarządzającego Spółką, przy czym wpływ ten wykonywany jest za pośrednictwem Rady Nadzorczej, której skład częściowo jest kształtowany przy wpływie pracowników spółki, a nie wspólników. Należy również podkreślić, że wspólnicy tacy jak Zamawiający posiadający mniej niż 0,02% głosów nie mają zatem żadnego wpływu na wybór członków zarządu, ponieważ ich pakiet udziałowy nie ma żadnego znaczenia w czasie wyborów do Rady Nadzorczej, która następnie wybiera Zarząd.

Zarząd może liczyć od jednej do trzech osób, przy czym w przypadku Zarządu wieloosobowego Prezes Zarządu wybierany jest przez Radę Nadzorczą, a następnie pozostali członkowie Zarządu wybierani są spośród kandydatów przedstawionych właśnie przez Prezesa. Oznacza to, że wpływ wspólników na skład Zarządu jest ograniczony tylko do Prezesa Zarządu. Ponadto przy wyborze Zarządu istotne znaczenie będą miały głosy członków Rady Nadzorczej którzy zostali wybrani spośród kandydatów wskazanych przez pracowników, co również umniejsza wpływowi Zgromadzenia Wspólników na kształtowanie Zarządu.

Warto jeszcze przypomnieć, że Obecny Zarząd SANIKOM-u został wybrany przed przystąpieniem Gminy Szczawno-Zdrój do spółki i objęciem w niej udziałów. Podobnie rzecz się ma w przypadku innych gmin będących wspólnikami SANIKOM-u, które przystąpiły do spółki po 2020 r. W zaistniałym stanie faktycznym nie można uznać, by w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodził przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających.

5. **Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez niewykazanie na podstawie średniego przychodu osiągniętego przez SANIKOM z trzech ostatnich lat, że spełniona została przesłanka, wedle której ponad 90% działalności SANIKOM-u dotyczyć powinna wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;**

6. Naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez zamiar udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w formule in-house spółce SANIKOM, mimo że mniej niż 90% działalności SANIKOM-u dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. (analogicznie, ale co do 80% działalności - art. 12 ust. 3 lit b) Dyrektywy 2014/24/UE) zamówienie in-house może być udzielone, jeżeli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dookreślił w orzecznictwie, jaki był cel ustanowienia tego warunku. W wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (wyrok TS z 8.12.2016 r., C-553/15, UNDIS SERVIZI SRL v. COMUNE DI SULMONA, ZOTSIS 2016, nr 12, poz. I-935) wskazano, **iż „W istocie wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami.** W tym względzie przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Z kolei, jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu.”

Zamawiający powinien zgodnie z art. 214 ust. 5 p.z.p. do obliczania procentu działalności uwzględnić średni przychód osiągnięty przez spółkę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, czyli w okresie od 2023 roku do 2025 roku włącznie.

Zamawiający powinien w uzasadnieniu faktycznym i prawnym zawartym w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolej ręki w formule in-house określić jaka część działalności SANIKOM-u dotyczy wykonywania zadań powierzonych i poprzeć swoje twierdzenia stosownym materiałem dowodowym. W następnej kolejności Zamawiający winien udowodnić, że wskazana działalność obejmuje ponad 90% przychodu spółki obliczonego zgodnie z art. 214 ust. 5 p.z.p. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolujących zamawiających lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających (por. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 214).

Jak już zostało wskazane, Zamawiający niedostatecznie uzasadnił okoliczności spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. i nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na wykazanie, że ponad 90% działalności SANIKOM-u dotyczy wykonywania zadań **powierzonych** spółce przez Zamawiających (ew. osoby prawne kontrolowane przez Zamawiających). Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została przedstawiona w uzasadnieniu zarzutu nr 1 i 2 i stanowi ona integralną część uzasadnienia niniejszego zarzutu.

Z ogólnie dostępnych dokumentów i informacji takich jak sprawozdanie finansowe i sprawozdanie z działalności spółki i zarządu za lata 2023 r. i 2024 r. (sprawozdanie za 2025 r. nie zostało jeszcze opublikowane) wynika, że SANIKOM prowadzi działalność nie tylko powierzoną przez wspólników, ale także prowadzi działalność komercyjną czy to na rzecz gmin ościennych czy też na rzecz klientów indywidualnych i osiąga z tych gałęzi działalności znaczne przychody. **Analiza dokumentów prowadzi do wniosku, że przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) nie została spełniona.** Wiele z realizowanych usług nie dotyczy w ogóle zadań zleczanych przez wspólników spółki, co wynika np. ze sprawozdania rocznego z działalności za 2024 r. oraz sprawozdania z działalności zarządu.

Spółka eksploatuje Zakład Unieszkodliwiania Odpadów w Lubawce przy ul. Zielonej 30 oraz Zakład Recyklingu przy ulicy Komunalnej 3 w Lubawce, do którego trafia część odpadów zebranych w sposób selektywny. Zakład Unieszkodliwiania Odpadów posiada status Instalacji Komunalnej w zakresie instalacji MBP.

Jako przychód komercyjny należy uznać przychód uzyskany przez SANIKOM z tytułu odbioru i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości niezamieszkałych na terenie gmin wspólników spółki. Odpady takie w przypadku realizacji usługi w formule in-house nie wchodzą do systemu gminnego lub były przyjmowane na podstawie umów zawartych bezpośrednio z właścicielami takich nieruchomości. W takiej sytuacji przychód SANIKOM powstaje w relacji gospodarczej

między Spółką a przedsiębiorcami i nie jest to działalność powierzona przez zamawiającego sprawującego kontrolę nad Spółką, lecz działalność wykonywana na rzecz podmiotów trzecich działających na rynku. Działalność ta nie dotyczy wykonywania zadań powierzonych, a w konsekwencji przychód z tego tytułu nie dotyczy przychodu z zadań powierzonych.

SANIKOM w 2024 r. osiągnął przychody ze sprzedaży 11 081,47 Mg surowców wtórnych, a z uwzględnieniem nawozu organicznego „Komposan” 13 486,43 Mg. Bez względu na to czy surowce te pochodzą z wysortowania odpadów pochodzących od gmin będących współnikami spółki SANIKOM czy od klientów komercyjnych, przychody z tego tytułu uzyskiwane są na zasadach rynkowych w ramach stosunków prawnych z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie recyklingu, odrębnymi od współników SANIKOM. Dochód z takiej sprzedaży nie jest zapłatą za wykonanie usługi publicznej, tylko efektem gospodarczego zagospodarowania majątku (surowców). Tym samym nie można go kwalifikować jako przychodów z realizacji zadań powierzonych. Przychód z tego tytułu uzyskiwany jest od przedsiębiorców, którzy kupują od SANIKOM-u surowce. Źródło pozyskania surowców wtórnych pozostaje bez znaczenia dla możliwości przypisania przychodów z ich sprzedaży do kategorii „in-house” lub „publiczne”, jako że przychód ze sprzedaży tych surowców nie jest uzyskiwany od gmin będących współnikami SANIKOM-u, lecz od podmiotów trzecich. Podmioty, którym sprzedawane są surowce, są przedsiębiorcami działającymi na wolnym rynku, nie realizują zadań publicznych, a ich działalność nakierowana jest na osiągnięcie zysków z prowadzonej przez nich działalności. Przychody takie nie mogą zatem być wliczane do wymaganego odsetka przychodów „publicznych” ani „in-house”. Tego rodzaju działalność ma charakter typowo rynkowy i nastawiona jest na osiągnięcie przychodów ze sprzedaży towarów. Nie stanowi ona wykonywania zadania powierzonego przez zamawiających w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p.

Zamawiający twierdzi, że struktura przychodów SANIKOM wg kategorii kształtuje się w sposób jak w poniższej tabeli.

Rok	In-house + Publiczne (zł)	Komercyjne wg raportu (zł)	RAZEM (zł)	% komercyjnych	% powierzonych	Status
2023	53 454 342	4 040 621	57 494 963	7,03%	92,97%	spełnia 90%
2024	63 381 757	4 075 135	67 456 892	6,04%	93,96%	spełnia 90%
2025	71 547 884	5 588 632	77 136 516	7,25%	92,75%	spełnia 90%
Razem 3 lata	188 383 984	13 704 388	202 088 372	6,78%	93,22%	spełnia 90%

Tabela 1. - Źródło: Raport DS Consulting, kwiecień 2026, na podstawie zestawień obrotów i sald kont bilansowych

W raporcie dokonano częściowej korekty — wydzielono z przychodów surowcowych część przypadającą na odpady komercyjne (wyliczona proporcjonalnie do masy). Poniżej zestawienie kwot pozostałych w kategorii Publiczne.

Rok	Surowce ogółem (zł)	Już w komercyjnych (korekta)	Pozostałe w Publicznych
2023	4 492 357	247 414	4 244 943
2024	8 494 349	431 716	8 062 633
2025	7 862 609	629 731	7 232 878
Razem	20 849 315	1 308 861	19 540 454

W ocenie odwołującego przychody ze sprzedaży surowców wtórnych na wolnym rynku (podmiotom prywatnym) powinny być w całości ujmowane jako działalność komercyjna, niezależnie od źródła odpadów wejściowych. W takim ujęciu wskaźnik powierzenia spada poniżej progu 90%. Po należyтым zakwalifikowaniu przychodów uzyskiwanych przez SANIKOM z tytułu sprzedaży surowców wtórnych, uznać należy, że przychody z działalności komercyjnej spółki przekraczały w 3 ostatnich latach kalendarzowych 10 %

Rok	Komercyjne wg raportu	+ Surowce do reklas.	Kom. po reklasyfikacji	RAZEM	% komercyjnych	% powierzonych
2023	4 040 621	+ 4 244 943	8 285 564	57 494 963	14,41%	85,59%
2024	4 075 135	+ 8 062 633	12 137 768	67 456 892	17,99%	82,01%
2025	5 588 632	+ 7 232 878	12 821 510	77 136 516	16,62%	83,38%
Razem	13 704 388	+ 19 540 454	33 244 842	202 088 372	16,45%	83,55%

Odwołujący wylczył powyższe na podstawie danych z „Raportu kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące nad PGK „SANIKOM” sp. z o.o. do ogółu działalności Spółki w latach 2023-2025”, który został udostępniony Odwołującemu w dniu 12 czerwca 2026 r. w trybie dostępu do informacji publicznej. Należy jednak mieć na uwadze, że Zamawiający nie odwołał się do w/w raportu w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ani nie udostępnił go w BIP.

dowód: raport z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych do ogółu działalności Spółki w latach 2023-2025

Wskazać należy, że SANIKOM uzyskiwał w latach 2023-2025 r. także przychody od spółek z grupy kapitałowej ALBA. Kształtowały się one następująco.

Zestawienie faktur wystawionych przez Spółki z grupy ALBA na rzecz PGK SANIKOM w latach 2023-2025

Etykiety wierszy	Suma z Wartość/wał.obiektu
2023	287 800
odpady z tw.sztucznych	6 386
tworzywa sztuczne	281 414
2024	838 342
odpady z tworzyw sztucznych	101 974
tworzywa sztuczne	712 580
tworzywa sztuczne	23 789
2025	1 404 335
prowadzenie PSZOK	27 000
tworzywa sztuczne	1 197 237
ust. zw. ze zbieraniem odpadów	136 674
usługi związane ze zbieraniem odpadów	43 424
2026	287 128
odpady biodegradowalne	9 194
prowadzenie PSZOK	9 000
tworzywa sztuczne	218 422
usługi związane ze zbieraniem odpadów	50 512
Suma końcowa	2 817 606

SANIKOM prowadził także obsługę 6 obiektów PSZOK dla 13 gmin. Nie każdy usługą prowadzenia PSZOK jest jednak automatycznie usługą zleconą przez gminę - współnika SANIKOM. SANIKOM może także prowadzić PSZOK jako podwykonawca firmy, która w danej gminie prowadzi usługę odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, tak jak to miało miejsce w 2025 r. w gminie Szczawno-Zdrój, w której PSZOK jest prowadzony przez SANIKOM, ale na zlecenie Odwołującego. W takich sytuacjach przychód z tytułu prowadzenia PSZOK należy zakwalifikować do przychodów komercyjnych. Ponadto SANIKOM od 2023 r. zlecał podmiotom trzecim prowadzenie PSZOK w ramach zamówienia pn. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”. Wykonawcą tej usługi była spółka „INWESTYCJE” sp. z o.o. z/s w Jaworze, która w ramach realizacji tej usługi przyjmowała od mieszkańców gmin: Jawor, Mściwojów, Paszowice, Wądroże Wielkie, Męcinka odpady określone w Ustawie, dokonywała ich ważenia, ewidencjonowania, czasowego magazynowania oraz oddania do dalszego przetwarzania, unieszkodliwiania, odzysku lub recyklingu. W przypadku podzlecenia

zamówienia wewnętrznego podmiotowi komercyjnemu staje się ono zamówieniem o charakterze rynkowym i nie może być kwalifikowane jako działalność powierzona.

dowód: umowa Podwykonawcza ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. z SANIKOM – **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA** – zostanie przesłana w osobnej wiadomości

dowód: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z 2023 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.

zawiadomienie o wyborze oferty z 2023 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.

szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z 2024 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.

zawiadomienie o wyborze oferty z 2024 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.

Na komercyjny charakter działalności SANIKOM wskazują również pozostałe obszary aktywności Spółki, obejmujące między innymi prowadzenie stacji kontroli pojazdów, świadczenie usług utrzymania porządku i czystości na terenach administrowanych przez firmy, wspólnoty i spółdzielnie mieszkaniowe, a także osoby indywidualne, utrzymanie terenów zielonych na rzecz prywatnych kontrahentów, świadczenie usług wodociągowo-kanalizacyjnych oraz wykonywanie innych usług na rzecz podmiotów niebędących współnikami Spółki. Działalność ta jest wykonywana na podstawie stosunków cywilnoprawnych zawieranych z różnymi podmiotami rynku i nie pozostaje w związku z wykonywaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę nad SANIKOM. Zgodnie ze sprawozdaniem zarządu za 2024 r. SANIKOM prowadzi działalność polegającą na prowadzeniu stacji kontroli pojazdów (por. strona 19 sprawozdania, rozdział 3.10), a także wykonuje usługi wodno-kanalizacyjne i inne na rzecz Urzędu Miasta w Lubawce, Zakładu Budżetowego Gospodarki Mieszkaniowej w Lubawce, oraz Spółdzielni Mieszkaniowej „Szarotka” w Lubawce.

Już zatem pobieżna analiza dokumentów finansowych spółki pozwala na twierdzenie, że zakres działalności komercyjnej SANIKOMU-u który jest na tyle szeroki, że z pewnością przekracza 10% wszystkich przychodów osiągniętych przez spółkę.

Przedmiotem działalności Spółki zgodnie z Umową jest:

1. pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody (PKD 36.00.Z),
2. odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (PKD 37.00. Z),
3. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
4. zbieranie odpadów niebezpiecznych (PKD 38.12.Z),
5. obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.21.Z),
6. demontaż wyrobów zużytych (PKD 38.31.Z),
7. odzysk surowców z materiałów segregowanych (PKD 38.32.Z),
8. działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (PKD 39.00.Z),
9. działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKD 81.30.Z),
10. pozostała działalność wspomagająca prowadzenie działalności gospodarczej, gdzie
11. indziej nie sklasyfikowana (PKD 82.99.Z),
12. roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21.Z),
13. pozostałe specjalistyczne roboty budowlane , gdzie indziej nie sklasyfikowane (PKD 43.99.Z),
14. roboty związane z budową dróg i autostrad (PKD 42.11.Z),
15. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych (PKD 43.22.Z),
16. wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych (PKD 43.29.Z),
17. konserwacja i naprawa pojazdów samochodowych z wyłączeniem motocykli (PKD 45.20.Z),
18. sprzedaż hurtowa odpadów i złomu (PKD 46.77.Z),
19. naprawa i konserwacja metalowych wyrobów gotowych (PKD 33.11.Z),
20. transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z),
21. transport rurociągowy i pozostałych towarów (PKD 49.50.B),
22. pogrzeby i działalność pokrewna (PKD 96.03.Z),
23. zarządzanie nieruchomościami wykonywane na zlecenie (PKD 68.32.Z),
24. przeładunek towarów w pozostałych punktach przeładunkowych (PKD 52.24.C),
25. wynajem i dzierżawa pozostałych pojazdów samochodowych, z wyłączeniem motocykli (PKD 77.12.Z),
26. wynajem i dzierżawa maszyn i urządzeń budowlanych (PKD 77.32.Z),
27. działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne (PKD 71.12.Z),
28. pozostałe badania i analizy techniczne (PKD 71.20.B),
29. pozostała działalność profesjonalna, naukowa i techniczna, gdzie indziej nie sklasyfikowana (PKD 74.90.Z),

30. pozostałe sprzątanie (PKD 81.29.Z),
31. działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zielonych (PKD 81.30.Z),
32. sprzedaż hurtowa wyrobów chemicznych (PKD 46 75 Z),
33. przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (PKD 38.22.Z),
34. wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (PKD 68.20.),
35. wytwarzanie energii elektrycznej (PKD 35.11.Z),
36. handel energią elektryczną (PKD 25.12.Z).

Z dostępnych dokumentów wynika zatem, że SANIKOM prowadzi również istotną działalność wykraczającą poza realizację zadań powierzonych przez wspólników lub osoby prawne, które są przez tych wspólników kontrolowane.

Stan faktyczny dotyczący spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. jest szczególnie złożony. SANIKOM prowadzi wielorodzajową działalność obejmującą odbiór odpadów, zagospodarowanie odpadów, prowadzenie instalacji, sprzedaż surowców wtórnych, obsługę PSZOK, usługi wodno-kanalizacyjne, prowadzenie stacji kontroli pojazdów oraz inne usługi świadczone na rzecz różnych kategorii odbiorców. Już z tego względu prawidłowe ustalenie, jaka część działalności Spółki dotyczy zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę (lub osób prawnych kontrolowanych przez gminy, które są wspólnikami SANIKOM-u), wymagało przeprowadzenia szczegółowej i transparentnej analizy.

Zamawiający takiej analizy nie przedstawił. W uzasadnieniu zastosowania trybu in-house ograniczył się do podania zbiorczego wskaźnika procentowego oraz ogólnego podziału przychodów, bez wyjaśnienia, jakie konkretne umowy, zadania, usługi i strumienie przychodów zostały zaliczone do działalności publicznej, in-house, a jakie do działalności komercyjnej. Przy tak złożonej strukturze działalności Spółki nie jest to wystarczające do wykazania przesłanki ustawowej. Ponadto Zamawiający powinien wyjaśnić dlaczego dana usługa publiczna dotyczy wykonywania zadań powierzonych.

Potrzeba przeprowadzenia szczegółowej analizy jest tym bardziej oczywista, że ze sprawozdań finansowych SANIKOM wynika, iż największą pozycję kosztową Spółki są „usługi obce”. W 2023 r. koszty te wyniosły 19.784.844,87 zł i stanowiły 34,72% kosztów rodzajowych, natomiast w 2024 r. wzrosły do 23.938.961,88 zł, osiągając poziom 37,1% kosztów rodzajowych. Oznacza to wzrost o ponad 21% rok do roku. Pozycja ta ma charakter na tyle istotny zarówno pod względem wartościowym, jak i udziału w strukturze kosztów Spółki, że wymaga szczegółowego wyjaśnienia przy ocenie dopuszczalności zastosowania formuły in-house. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych informacji pozwalających ustalić, jakie konkretnie świadczenia kryją się pod pozycją „usługi obce”, jakie podmioty je realizują, jaki jest

ich związek z wykonywaniem zadań powierzonych oraz jaki wpływ mają one na strukturę działalności SANIKOM.

Okoliczność ta nie może zostać pominięta również z uwagi na treść art. 214 ust. 9 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca, któremu udzielono zamówienia in-house, co do zasady nie może powierzyć wykonania głównej części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący nie przesądza na obecnym etapie, że SANIKOM narusza wskazany przepis. Niemniej jednak skala kosztów usług obcych oraz brak jakiegokolwiek wyjaśnienia ich charakteru powodują powstanie uzasadnionych wątpliwości co do rzeczywistego modelu wykonywania działalności przez Spółkę i czynią uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki niepełne. Wątpliwości te powinny zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i poparty konkretnymi danymi.

Im bardziej skomplikowany jest stan faktyczny, tym bardziej szczegółowe powinno być uzasadnienie Zamawiającego. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z podmiotem wykonującym jednorodną usługę wyłącznie na rzecz jednego zamawiającego, lecz ze spółką prowadzącą szeroką działalność operacyjną na rzecz wielu gmin, podmiotów trzecich i uczestników rynku. W takich okolicznościach samo powołanie się na końcowy wynik obliczeń nie pozwala na ocenę, czy przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. została rzeczywiście spełniona.

Powyższe okoliczności mają istotne znaczenie także z tego względu, że zamówienie in-house stanowi odstępstwo od podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych w warunkach konkurencji. Z tego względu przesłanki zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p. powinny podlegać wykładni ścisłej, a ich spełnienie musi zostać wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości.

Konkludując, Zamawiający nie wykazał w oparciu o konkretne dane finansowe z wymaganych trzech lat – że ponad 90% całkowitego przychodu spółki pochodzi z realizacji zadań powierzonych, a dostępne dane wskazują, że ponad 10% przychodu spółki pochodzi z działalności komercyjnej nie dotyczącej zadań powierzonych.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

W imieniu Odwołującego
dr Anna Banaszewska

adwokat

Załączniki:

1. odpis KRS Odwołującego,
2. pełnomocnictwo
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej,
4. dowód uiszczenia wpisu,
5. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
6. akt notarialny Repertorium A numer 6398 /2024,
7. odpis pełny KRS spółki SANIKOM,
8. sprawozdanie roczne z działalności za 2024 rok oraz sprawozdanie z działalności zarządu,
9. wizualizacja sprawozdania finansowego spółki SANIKOM za 2024 r.,
10. sprawozdanie roczne z działalności za 2023 rok oraz sprawozdanie z działalności zarządu,
11. wizualizacja sprawozdania finansowego spółki SANIKOM za 2023 r.
12. zarządzenie nr 223/2022 Burmistrza Szczawna-Zdroju z dnia 8 grudnia 2022 r.
13. Raport z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące kontrolę nad PGK „Sanikom” sp. z o.o. do ogółu działalności Spółki w latach 2023-2025 z kwietnia 2026
14. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z 2023 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.
15. zawiadomienie o wyborze oferty z 2023 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.
16. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z 2024 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.
17. zawiadomienie o wyborze oferty z 2024 r. „Obsługa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz usługa przeładunku odpadów komunalnych w Jaworze”.