

## **Zamówienie *in-house* na odbiór lub zagospodarowanie odpadów komunalnych**

W wyniku implementacji przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE w sprawie zamówień publicznych do polskiego porządku prawnego zostały wprowadzone przepisy regulujące udzielanie zamówień pomiędzy podmiotami sektora publicznego, tzw. zamówienia *in-house*.

### **Przepisy stosowane do końca 2016 roku**

Institucja zamówień *in-house* została wykształcona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącym się do przepisów poprzedniej dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18/WE, w którym wyjaśniono, że procedury udzielania zamówień publicznych nie muszą być stosowane do niektórych umów zawieranych pomiędzy jednostkami publicznymi. W polskim porządku prawnym do końca 2016 mianem zamówień *in-house* nazywano powierzenie spółkom komunalnym zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego na podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z treścią art. 2 powyższej ustawy gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Oznacza to, że jednostki samorządu terytorialnego mogły decydować, czy realizować dane zadanie użyteczności publicznej samodzielnie, czy scedować obowiązek np. powołanej do tego celu spółce komunalnej i decyzja w tym zakresie należała co do zasady do organów stanowiących jednostki samorządu terytorialnego. W takim przypadku podstawą do świadczenia usług przez spółkę była stosowna uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego oraz akt założycielski albo statut spółki, co powodowało, że pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a jej spółką nie była zawierana umowa pozwalająca uzyskać po obu stronach przysporzenie, co jest obligatoryjnym elementem zamówienia publicznego. Jeżeli więc jednostka samorządu terytorialnego zlecała wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej swojej spółce komunalnej, wówczas nie mieliśmy do czynienia z zamówieniem publicznym. Powyższą wykładnię potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w znanym wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. sygn. akt II GSK 105/05.

### **Institucja *in-house* po nowelizacji**

Z chwilą ustanowienia nowelizacji przepisów ustawy pzp pojawiły się wątpliwości co do formy powierzenia zadań użyteczności publicznej spółkom komunalnym przez ich właścicieli. Należy wyjaśnić, że wprowadzenie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy pzp nie zmienia dotychczas obowiązujących przepisów ustawy o gospodarce komunalnej i w dalszym ciągu jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać swoje zadania własne utworzonym przez nie spółkom z pominięciem stosowania ustawy pzp. Institucja zamówienia *in-house* uregulowana w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy pzp dotyczy bowiem szerszego kręgu podmiotów, aniżeli ustawa o gospodarce komunalnej, która znajduje zastosowanie jedynie do jednostek samorządu terytorialnego, a ponadto nie wprowadza ograniczeń w zakresie charakteru udzielanego zamówienia.

## **Zlecenie podległej spółce wykonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki**

Ustawodawca wyróżnił obecnie cztery rodzaje zamówień *in-house*, w zależności od tego pomiędzy jakimi podmiotami zawierana jest umowa. Wydaje się, że w praktyce najczęściej znajdzie zastosowanie model przyjęty w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, który w większości przypadków dotyczy udzielenia zamówienia pomiędzy zamawiającym a podległą mu spółką prawa handlowego.

Aby móc zlecić podległej spółce wykonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki, zamawiający musi wykazać, że sprawuje nad nią kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Ponadto, co najmniej 90% działalności spółki musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę oraz w kontrolowanej spółce nie może być bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 8 ustawy pzp do obliczenia kryterium procentowego działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez spółkę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Niemniej jednak, jeżeli spółka działa mniej niż 3 lata lub przeszła reorganizację działalności, przez co dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

W praktyce spółki mogą mieć problem z wykazaniem, że w ciągu ostatnich trzech lat wykonywały ponad 90 % swojej działalności na rzecz zamawiającego lub podmiotu od niego zależnego. W takim przypadku jednostki samorządu terytorialnego i ich spółki komunalne mogą zrezygnować ze stosowania procedury zamówienia *in-house* w trybie z wolnej ręki i powierzyć wykonanie zadania w oparciu o przepisy gospodarki komunalnej. Nie zawsze jest to jednak dopuszczalne, gdyż niektóre ustawy szczególne wyłączają możliwość bezpośredniego powierzania zadań, nakazując stosowanie zamówień publicznych.

## **Bezpośrednie powierzenie odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych jest niedopuszczalne**

Do takich aktów prawnych zalicza się ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej. W efekcie zmian wprowadzonych do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy od roku 2013 były zobowiązane zorganizować przetargi na podstawie ustawy pzp na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i nie mogły skorzystać z powierzenia zadania na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. Z chwilą implementowania przepisów nowej dyrektywy zamówieniowej ustawodawca ponownie zmienił treść art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określając, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy albo zamówienia

publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Oznacza to, że obecnie jednostki samorządu terytorialnego mogą wyłonić wykonawcę w każdym z trybów określonych w ustawie pzp, w tym w trybie zamówienia *in-house* zawartym w art. 67 ust. 1 pkt 12-15. W dalszym ciągu nie jest prawnie dopuszczalne bezpośrednio powierzenie przez gminę odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych utworzonej spółce komunalnej z pominięciem stosowania przepisów ustawy pzp.

### **Reorganizacja działalności spółek lub nowa osoba prawna pomogą spełnić nowe wymogi**

Mając na uwadze, że w ostatnich latach gospodarka odpadami komunalnymi zmieniała się kilkakrotnie, spółki komunalne były zmuszone dostosować się do nowych regulacji prawnych, w szczególności startować w przetargach i szukać zleceń również poza obrębem własnej gminy. Z tego względu obecnie wiele spółek komunalnych zajmujących się gospodarką odpadami nie jest w stanie spełnić kryterium 90% działalności na rzecz swojej gminy w ciągu ostatnich trzech lat. Gminy chcąc jednak skorzystać z możliwości bezpośredniego udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych swoim spółkom komunalnym, mogą zgodnie z treścią art. 67 ust. 9 ustawy pzp przeprowadzić reorganizację działalności spółek lub powołać nową osobę prawną. W takim przypadku procent działalności ustala się na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych, które będą odnosić się do kolejnych trzech lat.

Dopuszczalność zastosowania procedury *in-house* w stosunku do spółek zreorganizowanych lub nowoutworzonych potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17 oraz z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt. KIO 625/17. Warto przy tym zwrócić uwagę, że przywołane wyroki zostały wydane w powiększonych składach, co pozwala przypuszczać, że przyjęta w nich wykładnia przepisów powinna być wykładnią wiodącą w kolejnych postępowaniach odwoławczych.

Z przywołanego orzecznictwa KIO wynika, że dopuszczalne jest utworzenie nowej spółki (nawet spółki córki) albo przeprowadzenie reorganizacji w celu udzielenia zamówienia w trybie *in-house*. Działanie takie według arbitrów nie stanowi obejścia przepisów prawa, jest zgodne z prawem unijnym i nie zakłóca konkurencji. Ustawodawca nowelizując przepisy, nie wprowadził bowiem okresu przejściowego na dostosowanie się podmiotów do spełnienia „warunku 90%”, stąd nie można kwestionować daty podjęcia przez te podmioty reorganizacji w celu spełnienia tego warunku.

### **Instrument kontrolny przeciwko fikcyjnym reorganizacjom**

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że reorganizacja, czy późniejsza działalność nowoutworzonej spółki nie może być dowolna i musi ona w trakcie wykonywania zamówienia *in-house* uzyskać wskaźnik 90% działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy pzp. Ustawodawca bowiem przewidział w art. 144b ustawy pzp instrument kontrolny przeciwko fikcyjnym reorganizacjom umożliwiający organowi sprawującemu nadzór nad zamawiającym stosowanie sankcji w przypadku ponowienia

przez spółkę działalności na rynku konkurencyjnym. Z tego też względu nowa lub zreorganizowana spółka powinna prowadzić działalność w oparciu o przyjętą strategię i realizować założoną prognozę handlową.

Autor: Maria Nawrat, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy