

MAŁGORZATA BRZÓSKA – Autorka jest partnerem w kancelarii BBP Brzóska Poniewski
Adwokaci i Radcowie Prawni Sp.p.



Likwidacja przetargów nie jest przesądzona

Nowa, lutowa, dyrektywa unijna w sprawie zamówień publicznych nie oznacza automatycznego nakazu wyłączenia spółek komunalnych ze stosowania procedur zamówień publicznych. Określa ona jedynie ramy, w których zamawiający może dopuścić zlecenia realizacji zamówienia w bezprzetargowym trybie zamówień *in-house*.

W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 listopada 2013 r. (sygn. akt K 17/12), który dotyczył wniosku Świdnika oraz wniosków poselskich o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP części przepisów ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u.c.p.g.), sędziowie nie odnieśli się do skargi złożonej przez Inowrocław. W orzeczeniu TK przesądził jedynie, że przepisy o przetargach są zgodne z zasadą prawidłowej legislacji. Natomiast wniosek Inowrocławia koncentrował się na obligatoryjnej konieczności wyłączenia z dyspozycji art. 6d u.c.p.g. stosowania procedur przetargowych w tych przypadkach, w których zamawiającym jest gmina (lub związek międzygminny), a wykonawcą spółka komunalna. W opinii Inowrocławia, redakcja art. 6e u.c.p.g. nie znajduje podstaw prawnych w przepisach unijnych. Zgodnie bowiem z obecnym brzmieniem art. 6e u.c.p.g., spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, w przypadku gdy zostały wybrane w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 u.c.p.g., czyli w przetargu na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

O wyroku TK z 28 listopada 2013 r. pisaliśmy w nr. 1 z 2014 roku GSIA w artykule „Konsekwencje wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie odpadów”.

Dość niespodziewanie 26 lutego 2014 r. Trybunał na niejawnym posiedzeniu, w pełnym składzie, uznał wniosek Inowrocławia za niezasadny i umorzył postępowanie (postanowienie TK z 26 lutego 2014 r., sygn. akt K 52/12). Trybunał podzielił argumenty Sejmu, że wbrew twierdzeniom wnioskodawcy obowiązek wyłączenia sto-

sowania procedur przetargowych w sytuacji, gdy zlecającym jest jednostka samorządu terytorialnego, a wykonawcą spółka komunalna, nie znajduje podstaw w prawie unijnym. Swoje orzeczenie Trybunał oparł m.in. na dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej: dyrektywa 2004/18/WE). Spotkało się to z miażdżącą krytyką wielu samorządów.

Nowe przepisy unijne

Krytyka lutowego postanowienia TK związana jest z niemal równoległym w stosunku do wyroku przyjęciem przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: nowa dyrektywa). Wśród samorządowców pojawiły się nawet głosy, że Trybunał orzekł na mocy starych przepisów, nie zauważając, że zmianie uległo ustawodawstwo unijne. Jest to nieprawdą. Termin implementacji nowej dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej upływa w ciągu 24 miesięcy od ich wejścia w życie.

Co kluczowe, **przepisy nowej dyrektywy kodyfikują zasady powierzania zadań i zawierania umów w ramach współpracy publiczno-publicznej, w tym zamówień udzielanych podmiotom zależnym** (tzw. zamówienia typu *in-house*). Dotychczas zamówienia *in-house* stosowane były na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) na podstawie konkretnych przypadków związanych z udzieleniem przez zamawiających – podmiotów publicznych – zamówień w trybie bezprzetargowym podległym sobie

podmiotom. Zamówienia te charakteryzują się tym, że przy spełnieniu pewnych warunków faktycznych i prawnych zamawiający nie ma obowiązku przestrzegania regulacji dotyczących zamówień publicznych, mimo że powierza wykonywanie zadań publicznych. Jak wyjaśnia **Urząd Zamówień Publicznych** (Zagadnienia Merytoryczne, lipiec 2012 r.), w przypadku takich zamówień ma się w istocie do czynienia z powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej jednostce organizacyjnej, wykonywanych w imieniu i na rachunek tej jednostki. Nie zmienia to jednak charakteru wykonywanych zadań jako zadań o charakterze użyteczności publicznej.

Zagadnienie zamówień *in-house* odgrywa znaczącą rolę w zakresie obecnego brzmienia art. 6e w związku z art. 6d u.c.p.g., ponieważ wejście w życie nowej dyrektywy wymusi ograniczenie dotychczasowej dyspozycji art. 6e u.c.p.g., choćby poprzez konieczność jego uszczegółowienia.

Zamówienia *in-house* według nowej dyrektywy

Nowa dyrektywa idzie nieco dalej niż dotychczasowe orzecznictwo ETS, które zakreślało ramy graniczne dla zamówień *in-house*. W brzmieniu przyjętym nową dyrektywą dopuszczalne będzie zlecenie przez gminę odrębnej osobie prawnej (co do zasady spółce gminnej) zamówienia w trybie bezprzetargowym (*in-house*), jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną **kontrolę** podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami,
- 2) **ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej** jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia,
- 3) w kontrolowanej osobie prawnej **nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego**, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Jak wskazuje się w treści nowej dyrektywy, wyłączenie to nie powinno dotyczyć sytuacji, gdy prywatny wykonawca ma bezpośredni udział w kapitale kontro-

lowanej osoby prawnej, ponieważ w takich okolicznościach udzielenie zamówienia publicznego bez procedury konkurencyjnej zapewniłoby prywatnemu wykonawcy posiadającemu udział kapitałowy w kontrolowanej osobie prawnej nienależną przewagę nad konkurentami.

Zakaz stosowania wyłączenia nie powinien mieć zastosowania w przypadkach, gdy udział konkretnych wykonawców prywatnych w kapitale kontrolowanej osoby prawnej jest obowiązkowy na mocy krajowego przepisu ustawowego zgodnie z traktatami, pod warunkiem że taki udział ma charakter niekontrolujący i nieblokujący oraz nie daje decydującego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Należy ponadto doprecyzować, że **decydującym elementem jest wyłącznie bezpośredni prywatny udział w kontrolowanej osobie prawnej**. W związku z tym, w przypadku gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej lub w kontrolujących instytucjach zamawiających istnieje udział kapitału prywatnego, nie wyklucza to udzielenia zamówień publicznych kontrolowanej osobie prawnej, bez stosowania procedur przewidzianych w nowej dyrektywie, gdyż takie udziały nie mają negatywnego wpływu na konkurencję między prywatnymi wykonawcami.

Aktualny pozostaje także dorobek ETS powstały na bazie orzeczenia *Teckal*. W szczególności warto pamiętać o orzeczeniu wydanym w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, które dotyczyło komunalnej spółki akcyjnej. W uzasadnieniu ETS uznał, że kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, gdy:

- działalność rzeczzonej spółki jest **ograniczona do terytorium** tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz oraz
- mają one decydujący wpływ zarówno **na strategiczne cele**, jak i **na istotne decyzje** tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.

Zamówienia *in-house* w polskim prawie

Na gruncie polskiego prawa zamówienia *in-house* są uregulowane w art. 4 ust. 1 pkt 13 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). Zgodnie z tym przepisem, Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu

założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- 1) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,

Trzeba rozbić monopol pojedynczych RIPOK

Dodatkowo, rozważając postanowienia, które należałoby wziąć pod uwagę przy okazji nowelizacji u.c.p.g., warto pochylić się nad terytorialnym zasięgiem regionów gospodarki odpadami, w szczególności przez uwzględnienie obecnej sytuacji rynkowej, w tym wielu przypadków monopolu na rynkach właściwych. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 35 ust. 5 ustawy 14 grudnia 2012 r. o odpadach, region gospodarki odpadami komunalnymi stanowi obszar sąsiadujących ze sobą gmin liczących łącznie co najmniej 150 tys. mieszkańców i obsługiwany przez regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK). Regionem gospodarki odpadami komunalnymi może być również obszar gminy liczącej powyżej 500 tys. mieszkańców. Postulowane przez część środowisk zrównanie granic terytorialnych regionów z granicami administracyjnymi województwa wymagałoby przede wszystkim dokonania kolejnej zmiany wojewódzkich planów gospodarki odpadami oraz aktualizacji uchwał w sprawie ich wykonania. Z drugiej strony, analizując sytuację wielu regionów, w których występuje tylko jedna RIPOK, ryzyko systematycznego windowania cen za zagospodarowanie odpadów jest bardzo wysokie. Jest oczywiste, że partykularyzacja rynku właściwego zawsze prowadzi do obniżenia cen, ponieważ wymusza konkurencyjność między uczestnikami tego rynku. Finalnie zyskaliby na tym nie tylko przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne, lecz przede wszystkim właściciele nieruchomości finansujący cały system. Kwestia ta znajduje odzwierciedlenie m.in. w podejmowaniu przez niektóre gminy prób zmiany przynależności do danego regionu gospodarki odpadami po to, by zapewnić sobie możliwość uchwalenia niższych stawek opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Zaliczenie gminy do regionu, który będzie obsługiwany przez niewystarczającą liczbę RIPOK, będzie bezpośrednio wpływać na wzrost kosztów gospodarowania odpadami. Dlatego, może zamiast ustalać sztuczne granice przebiegu regionów, lepiej przededefiniować rozwiązania na poziomie ustawowym i samorządowym, tak by oderwać rynek zagospodarowania odpadów od skostniałych monopolii?

- 2) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- 3) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Zarówno nowa dyrektywa, jak i wypracowane orzecznictwo europejskie oraz dotychczasowe przepisy krajowe nie zawierają automatycznego nakazu wyłączenia spółek komunalnych ze stosowania procedur zamówień publicznych, a jedynie określają ramy, w których zamawiający może dopuścić zlecenie realizacji zamówienia w bezprzetargowym trybie zamówień *in-house*.

Konsekwencje dla przepisów odpadowych

Biorąc pod uwagę nową dyrektywę, konieczne będzie reformułowanie art. 6e u.c.p.g., ale nie oznacza to automatycznie jego wykreślenia z ustawy, co sugeruje wielu przedstawicieli samorządów. Nie można również pomijać faktu, że **nowa dyrektywa nie zezwala na udzielanie zamówień *in-house* wszystkim spółkom komunalnym, nawet ze 100% udziałem gminy.** Należy bowiem pamiętać o niezależnych uprawnieniach organów spółek komunalnych wynikających z przepisów o spółkach handlowych oraz konieczności generowania 80% działalności takiej spółki na rzecz właściciela, tj. jednostki samorządu terytorialnego. Spółki komunalne, które poza działalnością z zakresu gospodarki komunalnej prowadzonej na rzecz danej gminy będą prowadziły działalność komercyjną, są pozbawione możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia typu *in-house*.

Jednak, w świetle ostatnich wypowiedzi przedstawicieli resortu środowiska, wydaje się, że **przygotowywana systemowa nowelizacja u.c.p.g. obejmie swoim zasięgiem także instrumenty wprowadzone nową dyrektywą.** ■

PODSTAWY PRAWNE

- ▶ art. 35 ust. 5 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 1238)
- ▶ art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 885; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 1646)
- ▶ art. 4 ust. 1 pkt 13 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 907; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 1473)
- ▶ art. 6d, art. 6e ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 1399; ost. zm. Dz.U. z 2013 r. poz. 1593)