

Zamówienia *in house* w gospodarce odpadami



BBP Legal

Planowane zmiany w zamówieniach publicznych i wprowadzenie zamówień *in house* mogą okazać się zbyt rygorystyczne dla wielu spółek komunalnych. Może się bowiem okazać, że na skutek działalności pobocznej zamówienie *in house* nie będzie mogło zostać takiej spółce powierzone. I nie dotyczy to tylko spółek zajmujących się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych.

Trwają prace nad długo oczekiwaną nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 366; dalej: nowelizacja Pzp). Choć nowelizacja ta jest nazywana małą w związku z tym, że rządowi nie starczyło czasu na przygotowanie kompleksowej zmiany (przypomnijmy, że powinna ona wejść w życie 18 kwietnia 2016 r., kiedy to upłynął termin implementacji przez Polskę dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE; dalej: dyrektywa klasyczna), to dotyka wielu kwestii z zakresu zamówień publicznych. Przy okazji tej nowelizacji przewidziano jednak wprowadzenie zmian do wielu innych ustaw, w tym w szczególności do ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (dalej: u.c.p.g.).

Najważniejsza z punktu widzenia jednostek samorządu terytorialnego (JST) jest przewidziana w art. 7 projektu nowelizacji Pzp zmiana w zakresie zlecenia zadań dotyczące gospodarki odpadami. Wydaje się więc, że tym razem sukcesem zakończą się zabiegi samorządów, które chciały wykluczyć z u.c.p.g. obowiązek prowadzenia przetargów w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, choć uzasadnienie projektu w tym zakresie jest bardzo lakoniczne.

Przetarg nieobowiązkowy

Jak już wspomniano, z punktu widzenia samorządów (a właściwie należących do nich spółek zajmujących się gospodarką odpadami) najważniejsze jest uchylene art. 3a u.c.p.g. (dotyczącego budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych; RIPOK) oraz art. 6e u.c.p.g. (do-

tyczącego obowiązku uczestnictwa spółek z udziałem gminy w przetargach organizowanych przez gminy). Oznacza to, że **nie będzie konieczne przeprowadzenie przetargów lub postępowań w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego lub koncesji na roboty budowlane lub usługi**. Gminy lub ich związki będą mogły powierzyć należącym do nich podmiotom każde spośród zamówień przewidzianych dotychczas w u.c.p.g. Spółka gminna (ale również gminny zakład budżetowy) będą mogły pozyskać zlecenie na odbiór lub zagospodarowanie odpadów, jak również na budowę, utrzymanie i eksploatację RIPOK.

NA TEN TEMAT PISZEMY...

O zamówieniach *in house* przeczytasz również na str. 49.

Jednak nowelizacja Pzp przewiduje znaczące różnice w stosunku do dotychczas stosowanego modelu *in house*, funkcjonującego poza systemem gospodarki odpadami komunalnymi.

W nowelizacji Pzp brakuje analogicznych przepisów dotyczących prowadzenia postępowań przetargowych na wybór RIPOK, do których należy przekazywać odpady z terenu danej gminy lub związku komunalnego, tak jak w przypadku wyboru podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Brak tych postanowień powoduje wątpliwości i niejednokrotnie nieprawidłowe zastosowanie już obowiązujących przepisów prawa, w szczególności ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) poprzez ich pominięcie. Skoro bowiem u.c.p.g. przewiduje możliwość ogłoszenia przetargu wyłącznie na odbiór odpadów komunalnych, to powinna również przewidywać

i regulować wybór podmiotu zajmującego się zagospodarowaniem tych odpadów.

Dotychczas bowiem powierzenie zamówienia *in house* odbywało się w wyniku przekazania uchwałą gminy zadań własnych gminy w określonym zakresie (np. letniego i zimowego utrzymania dróg) i w konsekwencji zawarcia tzw. umowy wykonawczej. Spółce komunalnej przysługiwała na podstawie tej umowy rekompensata (a nie wynagrodzenie) ustalana na podstawie postanowień decyzji Komisji z 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2011) 9380) (2012/21/UE), co skutkowało pewnymi komplikacjami. Taka rekompensata przewidywała bowiem rozsądny zysk, co poprzez dość szerokie pojęcie sprawiało kłopoty. To również skutkowało tym, że tego rodzaju zamówienia znajdowały się poza kontrolą organów nadzorujących stosowanie zamówień publicznych.

Tymczasem, w wyniku nowelizacji Pzp, zgodnie z projektowaną nową treścią art. 6d ust. 1 i art. 6g u.c.p.g., gminy obecnie będą zobowiązane do tego, aby „udzielić zamówienia publicznego” na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

In house w reżimie zamówień publicznych

Planowane zmiany oznaczają, że po ich wejściu w życie nie tylko w przypadku powierzenia zamówień z zakresu gospodarki odpadami, ale także przy zleceniu każdego innego zadania spółce gminnej, koniecznością będzie stosowanie Pzp, co pociąga za sobą szereg konsekwencji, w tym m.in. **nadzór nad tymi zamówieniami ze strony Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.**

Włodarze gmin będą mieli do **wyboru**: ogłosić przetarg nieograniczony lub ograniczony albo udzielić zamówienia z wolnej ręki spółce gminnej. Zamówienia *in house*, w myśl nowelizacji Pzp, przyjmują bowiem właśnie ten ostatni tryb udzielania zamówień.

Zamówienia *in house* mają być wprowadzone jako kolejne punkty (12–15) w art. 67 ust. 1 Pzp w różnych wariantach. Zarówno zamówienia mogą być udzielone spółce gminnej (lub spółce córce takiej spółki gminnej), ale także spółce matce lub spółce siostrze, jak również innemu zamawiającemu (co jednak nie dotyczy spółki).

Aby zamówienia mogły zostać udzielone z wolnej ręki, muszą zostać spełnione jednocześnie wszystkie warunki przewidziane w poszczególnych przypadkach. Przede wszystkim, aby spółka z udziałem gminy mogła otrzymać zamówienia z wolnej ręki:

- 1) zamawiający musi sprawować nad tą spółką kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej spółki (warunek ten jest spełniony również, gdy spółka jest kontrolowana w ten sposób przez inną spółkę, będącą kontrolowaną w taki sposób przez zamawiającego),
- 2) ponad 90% działalności kontrolowanej spółki powinno dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez spółkę, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę opisaną powyżej,
- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie może być bezpośrednio udziału kapitału prywatnego.

NA TEN TEMAT PISALIŚMY TAKŻE...

O zmianach w zamówieniach publicznych pisaliśmy również w nr. 7 GSiA z 2016 roku w artykule „Przedsiębiorcy protestują przeciwko zleceniom *in house*”.

Warunki te są zatem bardziej rygorystyczne, niż wynikałoby to z treści dyrektywy klasycznej. Jednak trzeba wskazać, że dyrektywa daje tylko możliwość krajom członkowskim wprowadzenia do swojego porządku prawnego zamówień *in house*, nie statuuje natomiast takiego obowiązku. **Polski ustawodawca może swobodnie poruszać się w wyznaczonych przez dyrektywę klasyczną granicach.**

Warunki proponowane przez autorów projektu nowelizacji Pzp powodują, że **część gmin może być zmuszona do rezygnacji z powierzenia zamówień własnym spółkom.** Przede wszystkim część zakładała dopuszczenie kapitału prywatnego do spółek, co, jak się okazuje, będzie niemożliwe. Jakikolwiek udział kapitału prywatnego wykluczy możliwość powierzenia takiej spółce zamówienia *in house*.

W proponowanym art. 67 ust. 10 nowelizacji Pzp jako wyjątek wskazano spółki z udziałem partnera prywatnego wyłonionego w trybie przepisów o zamówieniach publicznych lub o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ciekawe w tym kontekście jest nieuwzględnienie partnera wyłonionego w wyniku przeprowadzenia proce-

dury w trybie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Z drugiej jednak strony, w takiej spółce podmiot prywatny może nawet posiadać udział większościowy, choć nadal to zamawiający musi sprawować kontrolę nad spółką.

Drugim wyjątkiem jest udział pracowników spółki reprezentujących maksymalnie 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu. Skorzystanie z tej możliwości może stać się jednak pułapką w sytuacji odejścia z pracy pracowników, bowiem wówczas w spółce będzie istniał kapitał prywatny, który nie będzie reprezentował pracowników, a to już wyklucza możliwość powierzenia zamówienia z wolnej ręki.

Kolejną kwestią, jaka może stać na drodze powierzenia zamówienia *in house* spółce gminnej, jest prowadzona przez spółkę działalność komercyjna. Nie jest bowiem rzadkim przypadkiem, że spółki komunalne poza odbiorem odpadów komunalnych w ramach gminnych systemów gospodarki odpadami odbierają odpady z nieruchomości niezamieszkałych na podstawie umów z przedsiębiorcami, zarządzają wspólnotami mieszkaniowymi, prowadzą stacje paliw, wykonują prace remontowe, wynajmują pomieszczenia.

Kiedy zatem można stwierdzić, że ponad 90% działalności takiej spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego? Odpowiedzi udziela proponowany art. 67 ust. 8, który nakazuje uwzględnić średni przychód osiągnięty przez spółkę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Ten przepis może skutecznie uniemożliwić udzielenie zamówienia *in house*.

! Jakikolwiek udział kapitału prywatnego w spółce gminnej może wykluczyć możliwość powierzenia jej zamówienia *in house*.

W przypadku spółki, która swoją działalność dopiero zaczyna, procent działalności powierzonych jej przez zamawiającego należy obliczyć za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. **Zatem łatwiej będzie powierzyć zamówienie *in house* nowej spółce niż tej już istniejącej.** Z drugiej jednak strony, taka spółka będzie musiała zostać wyposażona w odpowiedni majątek, na co niektórych gmin może nie być stać lub zwyczajnie środki te będą mogły zostać lepiej spożytkowane, chociażby

w celu pokrycia wkładu własnego w ramach inwestycji realizowanych przy udziale środków Unii Europejskiej.

Kontrola udzielania zamówień *in house*

Zamówienia *in house*, w wyniku umieszczenia ich w reżimie zamówień publicznych, będą podlegały kontroli, na skutek których może dojść do unieważnienia postępowania lub unieważnienia umowy. W praktyce będzie to mogło mieć miejsce wówczas, gdy nie będą spełnione wskazane już wymogi co do podmiotu realizującego zamówienie w zakresie kontroli, wartości powierzonych zamówień przez zamawiającego lub udziału kapitału prywatnego.

W przypadku opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, postępowanie, w tym podstawy do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, będzie mogła zweryfikować Krajowa Izba Odwoławcza na skutek wniesienia odwołania przez innego wykonawcę. W takiej sytuacji interes prawny takiego odwołującego nie budzi wątpliwości, bowiem w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki spółce gminnej podmiot ten nie może się ubiegać o udzielenie mu zamówienia (por. np. **wyrok KIO z 29 kwietnia 2010 r.**, sygn. akt KIO/UZP 533/10).

Niezależnie od tego, weryfikacji takiego zamówienia w wyniku kontroli może dokonać prezes Urzędu Zamówień Publicznych. W szczególności w przypadku zamówień przekraczających progi unijne. Zgodnie bowiem z art. 67 ust. 2 Pzp, zamawiający ma obowiązek poinformować ten organ o prowadzonym postępowaniu, w tym wskazać uzasadnienie dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Brak przedstawienia uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki lub nazbyt lakoniczne uzasadnienie mogą zwiększać prawdopodobieństwo przeprowadzenia takiej kontroli.

FILIP PONIEWSKI
advokat, partner w Kancelarii BBP Legal



PODSTAWY PRAWNE

- ▶ art. 67 ust. 1 i 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164)
- ▶ art. 3a, 6d ust. 1, art. 6e, art. 6g ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (j.t. Dz.U. z 2016 r. poz. 250)
- ▶ dyrektywa 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Ur. UE L nr 94 z 28 marca 2014 r., str. 65)