



Wszystko jest powierzeniem

Po krótkim oddechu (pewnie związanym z pandemią) znów jak kraj długi i szeroki przetacza się fala postępowań o udzielenie zamówienia z wolnej ręki w ramach tzw. in house. Fala ta płynie głównie korytem, w którym przedmiot zamówienia dotyczy odbioru odpadów komunalnych, jednak tu i ówdzie zaczyna się rozlewać. Słychać już o przykładach, w których to wodociągi miejskie w formule in house budują mieszkania komunalne. Na tym tle pojawia się szczególnie ciekawe zagadnienie dotyczące realizacji zadań powierzonych.

Zagadnienie to jest jednym z kluczowych, jeśli rozpatrywać je w kontekście in house. Ustawodawca przewidział wymóg, zgodnie z którym dla udzielenia zamówienia w tej formule ponad 90% działalności kontrolowanego podmiotu musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego. Do wyliczenia tych 90% uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez kontrolowany podmiot w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W tym kontekście istotna jest więc odpowiedź na pytanie: co stanowi „wykonywanie zadań powierzonych”?

Kto pyta, nie błądzi

Niektórzy odpowiadają, że wszystko. Posiłkują się przy tym argumentem, że jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Prawa zamówień publicznych, ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, ustawy o publicznym transporcie zbiorowym czy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. W skrócie: jeżeli „powierzenie” następuje na drodze jednej z ww. ustaw, to wlicza się je do 90% działalności z zadań powierzonych przez zamawiającego, o której mowa w przesłance udzielenia zamówienia in house. W mojej ocenie taki wniosek jest jednak nieuprawniony, ponieważ taka wykładnia prowadzi do irracjonalnych konsekwencji. Mamy wiele przykładów spółek komunalnych, które ubiegają się o zamówienie publiczne udzielane przez gminę sprawującą nad nimi kontrolę, konkurując o to zamówienie na wolnym rynku z wykonawcami prywatnymi. Podkreślimy: ubiegają się, bo jest to czytelny kontrast dla powierzenia. Nie ma tu przecież arbitralności po stronie zamawiającego, który musi wybrać ofertę obiektywnie najkorzystniejszą, nie kierując się względami właścicielskimi. W kwestionowanym przeze mnie rozumieniu każde udzielenie zamówienia na podstawie przepisów P.z.p. (także w ramach trybów konkurencyjnych) stanowiłoby więc działalność powierzoną. Również w przypadku, jeżeli ta działalność byłaby prowadzona przez wykonawcę prywatnego.

Zakaz wykładni *ad absurdum*

Co prawda, „powierzenie” to nic innego jak „zlecenie komuś wykonania jakiegoś zadania” (www.sjp.pwn.pl), jednak nie można nie zauważyć, że to zlecenie ma mieć charakter arbitralny, nieskrępowany, wręcz dowolny w zakresie doboru podmiotu,

na rzecz którego się odbywa. Udzielenie zamówienia w ramach przetargu nieograniczonego lub ograniczonego nie spełnia tego kryterium. Przyjęcie rozumienia działalności powierzonej, które sprowadza się do tytułowego „wszystko jest powierzeniem”, byłoby więc przyjęciem wykładni językowej, która prowadzi do absurdu czy też irracjonalnych konsekwencji. W uchwale Sądu Najwyższego z 22 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 8/07) Sąd stanął na stanowisku, że: „(...) zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej nie oznacza absolutnego porządku preferencji, a jedynie taki porządek, który w uzasadnionych okolicznościach dopuszcza od niej odstępstwa. Przykładem potrzeby odstępstwa jest wskazywana w piśmiennictwie sytuacja, w której wynik posłużenia się wykładnią językową prowadzi do absurdów albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Wykładnia językowa nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczające rationem legis interpretowanego przepisu”. Z pewnością przyczyną wprowadzenia przesłanki 90% było zapewnienie, aby podmioty kontrolowane przez zamawiających nie brały udziału w konkurencyjnym rynku, aby w ten sposób chronić słuszne idee równej i uczciwej konkurencji. Wydaje się, że taki cel przyświecał również ustawodawcy europejskiemu.

Rzut okiem na Trybunał

W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go zamawiających ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa klasyczna (obecnie dyrektywa 2014/24/UE) znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez zamawiających działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami (por. wyrok TSUE z 8 grudnia 2016 r., *Undis Servizi Srl* C-553/15). Oznacza to, że jeśli dany podmiot kontrolowany przez zamawiającego uzyskuje zamówienia w wyniku postępowań konkurencyjnych, nie jest spełniony warunek, aby wliczać uzyskiwane w ten sposób przychody do 90% działalności powierzonej. Nie wszystko jest więc powierzeniem i weryfikacja spełnienia przesłanek dla udzielenia zamówienia in house powinna ten fakt uwzględniać.

Tomasz Miś

radca prawny, Kancelaria ORSO

członek Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami