



Warszawa-16.05.2017r

**Szanowna Pani
Małgorzata Stręciwilk
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

Szanowna Pani Prezes.

W imieniu Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami oraz Polskiej Izby Gospodarki Odpadami, zrzeszających przedsiębiorców branży opadowej w Polsce, w tym rodzinnych firm i sektora małych, średnich przedsiębiorstw („MŚP”), zwracamy się z prośbą o zajęcie stanowiska wobec praktyki udzielania zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego z zastosowaniem przesłanek zleceń bezpośrednich na rzecz własnych jednostek – tj. art. 67 ust. 1 pkt. 12) ustawy Prawo zamówień publicznych – „in-house”. Wskazany przepis wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2017 r. i mimo jego krótkiego czasu obowiązywania należy wskazać na szereg budzących wątpliwości prawnych praktyk podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. W szczególności można zaobserwować rozszerzające i niedokładne stosowanie przez zamawiających przepisów dotyczących zamówień „in-house” oraz brak jakiegokolwiek analizy poprzedzającej przygotowanie udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Wskazujemy, że przesłanki stosowania przepisów o in-house mają charakter wyjątkowy, co oznacza, że nie jest dopuszczalna ich rozszerzająca wykładnia. Dodatkowo niepokojącym zjawiskiem, na które chcielibyśmy zwrócić szczególną uwagę, jest rozszerzające stosowanie przepisów ustawy PZP, dopuszczające udzielenie zamówienia bez zachowania trybów konkurencyjnych.

1. Zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w trybach konkurencyjnych



Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tym samym ustawa PZP jest jednym z instrumentów zachowania konkurencji na rynku. W tym miejscu należy podkreślić, iż zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO¹ zasadą w zamówieniach publicznych jest ich udzielanie w tzw. trybach konkurencyjnych, a „zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe”².

Z uwagi na rolę PZP, jako jednego z instrumentów zachowania konkurencji na rynku, zamówienia publiczne podlegają nie tylko przepisom ustawy PZP, Dyrektywy 2014/24/UE (w ograniczonym zakresie – zgodnie z treścią art. 12 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE), jak również przepisom Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tym samym zasadnym jest, aby przed udzieleniem zamówienia w trybie wolnej ręki in-house zamawiający zobligowani byli do przeprowadzenia analizy, czy powierzenie zamówienia nie pozostaje w sprzeczności z zasadami i regulacjami TFUE (tj. zasadą przedsiębiorczości, swobodą świadczenia usług, zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego zaufania, zasadą proporcjonalności, jak również zasadą przejrzystości). Obejmuje to również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 TFUE zakazujący nadużywania pozycji dominującej.

Bowiem podkreślić należy, iż zamawiający powinien podejmować takie działania, by przede wszystkim nie naruszać zasad konkurencji na rynku właściwym. Tym samym przed udzieleniem zamówienia powinien zweryfikować, czy na rynku nie ma podmiotów, które są w stanie zrealizować zamówienie na warunkach rynkowych. Możliwość powierzenia zamówienia w trybie in-house jest wyjątkiem od reguły, czyli powierzenia zamówień w

¹ Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2015r. roku w sprawie o sygn. akt: KIO 2489/15; Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2015 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 2421/15.

² Jakub Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house, Komentarz praktyczny z orzecznictwem, Wzory pism*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 149



trybach konkurencyjnych. Zatem zamawiający powinien przy zleceniu zamówienia in-house dołożyć wyjątkowej staranności przy ocenie, czy z uwagi na brak podmiotów komercyjnych na rynku, jest konieczność realizacji usługi publicznej za pomocą spółki publicznej/komunalnej.

Wobec powyższego, celem prawidłowego przeprowadzania zamówienia publicznego, koniecznym działaniem zamawiającego powinno być określenie/dokonanie analizy w szczególności:

- 1) analizy sytuacji rynkowej w zakresie ewentualnego naruszenia konkurencji,
- 2) wskazanie, iż działalność zamawiającego nie jest nadużyciem pozycji dominującej,
- 3) szczegółowe wskazanie i udowodnienie, że wykonawca jest podmiotem, nad którym gmina/zamawiający sprawuje kontrolę (zgodnie z przesłanką określoną w art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. a ustawy PZP)
- 4) wskazanie, że ponad 90% działalności wykonawcy dotyczy zadań powierzonych mu przez jednostkę samorządu terytorialnego/zamawiającego (zgodnie z przesłanką określoną w art. 67 ust. 1 pkt 12) lit. b ustawy PZP),
- 5) wskazanie konkretnych dokumentów świadczących o fakcie braku bezpośredniego kapitału prywatnego w strukturze wykonawcy,
- 6) wskazanie innych dokumentów, które rzetelnie wskazywałyby chociażby minimalny zakres dodatkowych analiz, które motywowałyby rzeczzone zachowanie zamawiającego.

Zasadniczego podkreślenia wymaga dodatkowo okoliczność, iż zastosowanie trybów niekonkurencyjnych (a do takich należy tzw. zamówienie in-house), dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych, które należy interpretować w sposób ścisły. Zgodnie bowiem z uchwałą KIO z 07.07.2016 r. (KIO/KD 22/16, Legalis), zamówienie z wolnej ręki powinno być stosowane ostrożnie i w przypadkach szczególnych, jedynie gdy zastosowanie przetargu lub odmiennego trybu konkurencyjnego nie może być urzeczywistnione. Podobny pogląd



kreuje się na podstawie nie tylko orzecznictwa TSUE, lecz również orzecznictwa krajowego (np. wyrok NSA z 11.09.2000 r., II SA 2074/00, Legalis czy wyrok KIO z 27.11.2015 r., KIO 2489/15, Legalis).

Wskazać również należy, iż na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 4) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów istnieje zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W rezultacie zakazane jest takie zachowanie podmiotu mającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność innych podmiotów na danym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już istniejących na rynku (w szczególności wyrok SN z dnia 19.02.2009 r., sygn. akt: III SK 31/08). Na ten aspekt świadczenia usług komunalnych zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2017r. (sygn. akt I CSK 252/15): *„Uprawnienie pozwanego (przyp. aut. - Miasto W.) do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności, czy nie jest to przypadek tzw. dławienia konkurencji. Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji.”* W ocenie Sądu Najwyższego, należy przeanalizować, czy powierzenie usług komunalnych bezprzetargowo podmiotowi zależnemu od gminy będzie korzystniejsze dla konsumentów. Takich analiz Zamawiający nie dokonują.

2. Rozszerzające rozumienie przesłanek in-house, w szczególności w zakresie kontroli. Brak rzetelnego przygotowania postępowań.

W ciągu niecałych czterech miesięcy obowiązywania przepisów można zaobserwować rozszerzające i niedokładne stosowanie przez zamawiających przepisów dotyczących zamówień „in-house” oraz brak jakiegokolwiek analizy poprzedzającej przygotowanie udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Wskazujemy, że przesłanki stosowania



przepisów o in-house mają charakter wyjątkowy, co oznacza, że nie jest dopuszczalna ich rozszerzająca wykładnia.

Na pierwszy plan wysuwa się, że Zamawiający jako uzasadnienie wyboru trybu cytują literalnie przepisy, brak jest dostępności do dokumentów, które stanowiłyby realną podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Stosowanie przez zamawiających przepisów o in-house oparte jest na dowolności i ogólnych założeniach, bez szczegółowej analizy stanu faktycznego i prawnego funkcjonującego na danym rynku. Wskazujemy, że zgodnie z Wytycznymi Prezesa UZP z 2010 r. w sprawie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, *„Ze względu na fakt, że skorzystanie z ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a każdy podmiot, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić”*.³ Dotychczasowa praktyka obrazuje, że obowiązek ten nie zostaje zachowany.

Szczególnie widać to w odniesieniu do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a Pzp – „Zamawiający sprawuje nad wykonawcą (przyp. aut. spółką córką, spółką wnuczką gminy) kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tego wykonawcy”. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podają jedynie „suchą” informację o strukturze kapitałowej, wychodząc z założenia, podobnie jak KIO w wyroku z dnia 7 lutego 2017r. (sygn. akt KIO 158/17), że z istoty spółki komunalnej uregulowanej ustawą o samorządzie gminnym oraz ustawą o gospodarce komunalnej wynika sprawowanie nad taką spółką kontroli w rozumieniu przywołanego przepisu. Zamawiający istnienie przedmiotowej kontroli upatrują w tym, że władze gminne mają wpływ na obsadzanie stanowisk w spółkach komunalnych, że członkowie zarządu spółek komunalnych **konsultują** z władzami gminnymi decyzje dotyczące spółek.

³ Orzeczenie ETS z 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 Komisja przeciwko Republice Włoskiej (Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1987 r., str. 01039); Orzeczenie ETS z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii (Zbiory orzecznictwa TE 1994 r., str. I-01569); Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949) oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58 (Zbiory orzecznictwa TE 2003 r., str. I-03609); wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01



Tymczasem należy postawić sobie pytanie, czy na gruncie prawa polskiego, w szczególności k.s.h. regulującego działalność spółki komunalnej w ogóle jest możliwe sprawowanie kontroli nad spółkami komunalnymi, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp?

Dokonując ścisłej wykładni powołanego przepisu, **kontrola w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp istnieje, gdy Zamawiający (także poprzez inną osobę prawną) może wydawać wiążące polecenia zarządowi spółki komunalnej dotyczące istotnych decyzji dotyczących zarządzania sprawami tej spółki. Kontrola ta ma się zatem przejawiać w zapewnieniu mechanizmów kontroli analogicznych do tych, które przysługują gminie nad jednostkami niewyodrębnionymi z niej pod względem prawnym. Ustawodawca polski nie posłużył się bowiem w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a PZP terminem „kontrola podobna”, ale zaostriżł tę kwalifikację (do czego oczywiście był uprawniony). Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w odniesieniu do spółek komunalnych, poddanych reżimowi k.s.h. Wynikający z ustawy o gospodarce komunalnej obowiązek posiadania przez spółki komunalne rady nadzorczej pozostaje w tym zakresie prawnie obojętny, rada nadzorcza bowiem nie ma prawa wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki.**

Żaden przepis prawa nie przyznaje szczególnego statusu spółkom zawiązanym przez gminy czy spółkom wnuczkom gmin. Ustawa o gospodarce komunalnej faktycznie wskazuje, że Zamawiający może prowadzić gospodarkę komunalną w formie spółki prawa handlowego. Jednak nadal są to spółki poddane przepisom k.s.h., z wyjątkiem regulacji szczególnych z ustawy o gospodarce komunalnej dot. rad nadzorczych i członków zarządu spółek komunalnych. **Ustawa o gospodarce komunalnej ani żaden inny przepis prawa tzw. samorządowego nie przyznaje gminie szczególnych uprawnień względem spółek komunalnych przekładających się na dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółek, w szczególności spółek wnuczek.** Sprawowanie nadzoru właścicielskiego to nie kontrola w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp. Istnienia wskazanej kontroli nie można także wywieść z samego faktu, że spółka córka i spółka wnuczka wykonują zadania należące do gminy, mające na celu zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej.

Nawet gdyby przyjąć, jak chcą tego Zamawiający, że już sama możliwość określenia zadań spółki (przedmiotu jej działalności) w umowie spółki wypełnia przesłankę „wpływu na cele



strategiczne”, to zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp Zamawiający ma także mieć wpływ na „istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami” spółki. Tego statuty, umowy spółek, żaden inny dokument czy akt prawa Zamawiającemu formalnie nie zapewnia.

W tym miejscu na uwagę zasługuje opinia prawna sporządzona przez prof. Stanisława Sołtysińskiego, złożona jako dowód w sprawie o sygn. akt KIO 625/17 (dot. zamówienia udzielonego spółce wnuczce przez Miasto Gorzów Wielkopolski). Wynika z niej jednoznacznie, że *„w świetle obowiązujących przepisów spółka z o.o. zależna od JST (jednostki samorządu terytorialnego – przyp. autora), w tym w szczególności jednoosobowa spółka JST, co do zasady nie może być kwalifikowana jako podmiot, nad którym można sprawować kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a. Model spółki z o.o. przyjęty w polskim prawie spółek wyklucza tak daleką ingerencję wspólnika (czy to poprzez zgromadzenie wspólników czy poprzez osoby delegowane do rady nadzorczej) w kompetencje zarządu, aby móc stwierdzić, że to wspólnik ma dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółki. Ewentualne nadanie tak dalekich uprawnień wspólnikowi wymagałoby istotnych zmian Kodeksu spółek handlowych.”*

Przykładem braku przygotowania oraz dowolnej interpretacji przesłanek jest także udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych przez Gminę Miasto Tarnów. W postępowaniu Miasto Tarnów zastosowało przepisy pozwalające zamawiającemu na oparcie się dla celów spełnienia przesłanki zakresu działalności wykonywanej przez spółkę gminną na prognozach, a nie na dokumentacji finansowej z okresu ostatnich trzech lat, co stanowi ustawową regułę. „Wiarygodna prognoza”, o której mowa w przepisie, to zdaniem Miasta jednostronicowa tabelka nie zawierająca żadnych konkretnych danych, mogąca stanowić co najwyżej wstępny opis założeń, „wizji” zamawiającego. Wskazujemy, że jeżeli zamawiający zamierza skorzystać z przesłanki stanowiącej wyjątek, wiarygodne prognozy powinny mieć co najmniej strukturę wymaganą dla dokumentów finansowych sporządzanych przez osoby prawne prowadzące działalność



gospodarczą. Aktualnie postępowanie w tej sprawie prowadzone jest przed Sądem Okręgowym w Krakowie (sygnatura akt postępowania odwoławczego: KIO 96/17).

Natomiast przykładem postępowania, w którym zastosowano dowolność wykorzystania danych wynikających ze sprawozdań finansowych, jest postępowanie w gminie Prostki (vide Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 158/17). W przedmiotowym postępowaniu w ocenie KIO nie została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy PZP, z tego względu, iż wątpliwości wzbudził sposób ustalenia przez zamawiającego procentowego udziału wykonywania przez spółkę komunalną zadań powierzonych jej przez zamawiającego. Po szczegółowym przeanalizowaniu przez KIO dokumentacji finansowej oraz metodologii sporządzania sprawozdań finansowych przyjętej w spółce komunalnej, KIO ustaliło, iż około 20% przychodów spółki nie dotyczyło działalności zleconej przez gminę. Tym samym nie został osiągnięty ustawowy wymóg ponad 90% działalności. Powyższe postępowanie podkreśla, jak istotną rolę należy przykładąć do rzetelnego i dokładnego weryfikowania przesłanek udzielenia zamówienia w trybie in-house.

3. Wnioski i postulaty.

Podsumowując powyższe, wnosimy o rozważenie sporządzenia dokumentu zawierającego wskazówki dla zamawiających w odniesieniu do sposobu stosowania przepisów o zamówieniu in-house. Dokument mógłby zawierać materiał dotyczący prawidłowego przygotowania postępowania oraz sposobu badania przesłanek w zakresie in-house, w szczególności:

1. Sposobu badania kontroli, z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE⁴, zgodnie z którymi, brak jest możliwości automatycznego przyjęcia, że 100% udział kapitałowy w spółce dedykowanej zapewnia spełnienie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a) ustawy PZP.
2. Spełniania wymogu, aby 90% działalności spółki poświęcone było zadaniom powierzonym przez zamawiającego. W szczególności wskazanie, że regułą jest ocena dotychczasowych przychodów z ostatnich lat, a możliwość oparcia się na prognozach ma charakter wyjątkowy i tylko po spełnieniu wymaganych warunków. Reorganizacja

⁴ Vide np. Wyrok w sprawie C 340/04, pkt. 36-38



podmiotu, na rzecz którego ma zostać udzielone zamówienie, nie może być pozorna i wymaga dokonania i udokumentowania przez zamawiającego. Dodatkowo, za zadania powierzone przez zamawiającego nie może być uznana działalność komercyjna na rzecz podmiotów prywatnych.

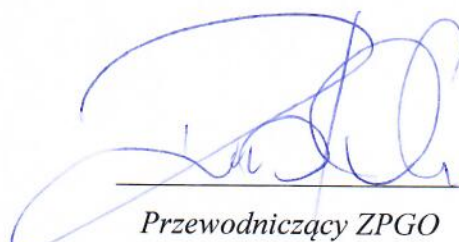
3. Wyartykułowania zasady, którą zdają się pomijać zamawiający, że **ciężar dowodowy spełnienia przesłanek in-house leży po stronie zamawiającego.**
4. Konieczności badania udzielenia zamówienia publicznego w systemie in-house pod kątem zgodności z przepisami o pomocy publicznej. W szczególności konieczność wykazania podstaw uprzywilejowania własnego przedsiębiorstwa względem innych przedsiębiorstw działających na rynku oraz spełniania kryteriów określonych w art. 106 i nast. Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej i innych aktów prawa wspólnotowego, w tym zachowania tzw. kryteriów Altmark.

Kierując powyższe uwagi, pozostajemy w stałej gotowości współpracy z kierowanym przez Panią Prezes Urzędem celem wypracowania rozwiązań mających na celu prawidłowe stosowanie przepisów o in-house na rynku gospodarki odpadami w Polsce.

Z wyrazami szacunku,



Prezes Zarządu
Dariusz Matlak



Przewodniczący ZPGO
Sławomir Rudowicz