

ANALIZA PODSTAWY PRAWNEJ UDZIELENIA IN HOUSE NA ODBIÓR ODPADÓW KOMUNALNYCH

- **Uzasadnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. a) Pzp**

Zgodnie z brzmieniem art. 2 i art. 5 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. 2021 poz. 679), jednostki samorządu terytorialnego, związki międzygminne mogą prowadzić gospodarkę komunalną w formie utworzonych przez siebie spółek prawa handlowego. Gospodarka komunalna obejmuje zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Gminy Czarna Białostocka, Dobrzyniewo Duże, Supraśl, Wasilków w dniu 21.12.2001 r. zarejestrowały związek międzygminny pod nazwą Związek Gmin „Czyste Środowisko” z siedzibą w Wasilkowie - zwany dalej Związkiem. Data ogłoszenia statutu Dz. Urz. Woj. Podlaskiego Nr 67 z 28.12.2001r., poz. 2017, zm.: Nr 16 z 12.02.2004r., poz. 337, Nr 261 z 25.10.2010r., poz. 3236, 1.06.2012r., poz. 1653, 16.10.2019r., poz. 4882, z 5.04.2024r., poz. 1967. Związek jest wpisany w prowadzonym przez Ministra właściwego do spraw administracji publicznej Rejestrze związków międzygminnych pod poz. 232. Do zadań Związku należy między innymi budowa, utrzymanie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Studziankach, gospodarka odpadami komunalnymi na terenie gmin – uczestników Związku przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych lub tworzenie warunków do wykonywania tych prac. W skład Zarządu Związku wchodzi po dwóch przedstawicieli każdej z gmin, w tym przewodniczący Zarządu i jego zastępca. Przewodniczący Zarządu reprezentuje Związek na zewnątrz.

Na podstawie art. 23 ustawy o gospodarce komunalnej i uchwały Zgromadzenia Związku numer IX/23/O4 z dnia 5 listopada 2004 r. w sprawie przekształcenia zakładu budżetowego pod nazwą Zakład Gospodarki Odpadami „Czyste Środowisko” – Zakład Budżetowy z siedzibą w Wasilkowie w jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością przekształcono ww. zakład w Przedsiębiorstwo Komunalne Gospodarki odpadami „Czyste Środowisko” Spółka z o.o. z siedzibą w Studziankach, zwaną dalej Spółką.

W celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej zamawiających rady gmin tworzących Związek, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przed zawarciem umowy z wykonawcą podejmą w formie odpowiednich uchwał decyzję o powierzeniu Spółce wykonywania zadań własnych z zakresu gospodarki komunalnej – odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych tj. nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy – art. 6c ust. 2b ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297). Gminy tworzące Związek międzygminny działają za pośrednictwem swojej Spółki. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16.05.2022 r., sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22, wskazała, że "Nie ma zatem znaczenia, czy działalność spółki jest inicjowana decyzją o zleceniu w formule "in-house" administracyjnym, "in-house" udzielanym na podstawie ustawy, czy też zamówieniem uzyskanym w przetargu nieograniczonym, jeżeli zachodzi związek z wykonywaniem

zadań w granicach powierzenia dokonanego Uchwałą oraz Aktem Założycielskim. Zgodnie z umową Spółki przedmiotem jej działalności jest między innymi zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne PKD 38.11.Z i zbieranie odpadów niebezpiecznych PKD 38.12.Z. Działalność ta jest bezpośrednio związana z zadaniami własnymi zamawiających wynikającymi z ustawy o gospodarce komunalnej.

Związek jest jedynym wspólnikiem Spółki posiadającym 100% udziałów w jej kapitale zakładowym. Zgromadzenie Wspólników jest najwyższym organem decyzyjnym Spółki. Przedstawicielem zamawiających w Spółce w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. a) tiret pierwsze Pzp jest Zarząd Związku, w skład którego wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczący zamawiających, po dwie osoby z każdej z gmin, w tym przewodniczący Zarządu i jego zastępca. Do wyłącznej działalności ww. zgromadzenia należy między innymi: zatwierdzanie kierunku rozwoju spółki i planów jej działalności gospodarczej, rozwiązanie Spółki, zmiana aktu założycielskiego Spółki, zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nim ograniczonego prawa rzeczowego, powoływanie i odwoływanie członków Rady Nadzorczej, wydatki inwestycyjne przekraczające kwotę 100 000 zł, połączenie, podział lub przekształcenie spółki. Rada Nadzorcza Spółki składa się z 4 członków, po jednym przedstawicielu każdego z zamawiających. Do kompetencji Rady należy między innymi zawieranie, rozwiązywanie, zmiana umów z członkami Zarządu Spółki, zawieszanie, powoływanie oraz ich odwoływanie. Do zakresu działań Zarządu należą wszystkie sprawy niezastrzeżone do kompetencji Zgromadzenia Wspólników lub Rady Nadzorczej.

Uprawnienia Zarządu Spółki nie zagrażają, ani nie ograniczają kontroli wykonywanej przez zamawiających. Zgromadzenie Związku jest organem stanowiącym i kontrolnym Związku. W jego skład wchodzi burmistrzowie, przewodniczący rad gmin oraz dodatkowo po dwóch przedstawicieli z każdej gminy wybieranych przez odpowiednią radę gminy. Można być przedstawicielem tylko jednej gminy. Każdy przedstawiciel ma na zgromadzeniu jeden głos. Każdy pojedynczy zamawiający posiada rzeczywisty wpływ na procedury decyzyjne w związku, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Działanie Związku i Spółki nie stoi na przeszkodzie celom żadnego z kontrolujących go zamawiających. Zamawiający za pośrednictwem związku międzygminnego, który bezpośrednio za pomocą Zgromadzenia Wspólników sprawują skuteczną kontrolę nad Zarządem Spółki. Dodatkowo gminy za pośrednictwem Rady Nadzorczej sprawują bezpośredni nadzór nad działalnością Zarządu Spółki. Związek i Spółka nie działają w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nimi bezpośrednią lub pośrednią kontrolę. Żaden z zamawiających nie działa w interesie sprzecznym z interesem pozostałych członków Związku.

Zgodnie z pismem UZP pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych” zamawiający udzielający zamówienia wewnętrznego osobie prawnej – nie musi być instytucją kontrolującą tę osobę prawną w sposób bezpośredni, ale jedynie instytucją kontrolującą ją pośrednio – za pośrednictwem innej osoby prawnej. Powyższa relacja podmiotów: zamawiających, związku międzygminnego i spółki przypomina swoją strukturą schemat "spółek matek i córek" znany z grup kapitałowych. W ramach tego schematu zamawiający kontrolują w sposób opisany powyżej "spółkę-matkę", ta zaś w ten sam sposób kontroluje "spółkę-córkę". Nie istnieje natomiast, dla udzielenia zamówienia wewnętrznego,

konieczność, aby w takiej relacji instytucje zamawiające kontrolowały "spółkę-córkę" bezpośrednio.

Zakres realnego pośredniego lub bezpośredniego oddziaływania przez zamawiających na Spółkę jest bardzo szeroki. Zamawiający sprawują wspólnie kontrolę obejmującą dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Zgodnie z Komentarzem UZP wyd. II pojęcie „sprawowania kontroli nad jednostką” zasadniczo odpowiada pojęciu art. 214 ust. 1 pkt 11) Pzp jednakże z uwzględnieniem istotnej różnicy, jaką jest odniesienie tego pojęcia nie do konkretnego zamawiającego, ale łącznie do zamawiających działających wspólnie. W orzecznictwie TSUE w wyroku z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 stwierdzono, że w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających „podobną kontrolę” lub „kontrolę analogiczną” do kontroli w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp mogą sprawować wspólnie te instytucje, zaś samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. Dodatkowo z treści ww. przepisu wynika, że warunek sprawowania kontroli jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób. W związku z powyższym należy stwierdzić, że kontrola zamawiających za pośrednictwem Związku nad Spółką jest skuteczna i analogiczna do sprawowanej nad własnymi służbami. Zamawiający za pomocą Zgromadzenia Wspólników Spółki, w skład którego wchodzi po 2 przedstawicielei każdej z gmin, w tym Przewodniczący Zarządu Związku i jego zastępca mogą wspólnie wydawać Spółce wiążące polecenia (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej). Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiających, których przedstawicielem jest Związek, na określenie marginesu autonomii spółki wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody.

- **Uzasadnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. b) Pzp**

Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi zamierza udzielić zamówienia in house wspólnie kontrolowanej spółce, której ponad 90% łącznej działalności dotyczy wykonywania zadania powierzonego polegającego na odbieraniu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych z terenu gmin tworzących Związek. Związek jest jedynym wspólnikiem spółki. Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15, do wyliczenia ww. procentu działalności wymagane jest wykonywanie przez wykonawcę zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego wspólnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego. Do obliczenia ww. procentu został uwzględniony średni przychód osiągnięty przez spółkę w odniesieniu do usługi odbieraniu odpadów komunalnych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Zgodnie z Komentarzem UZP wyd. II przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) i c) Pzp mają takie samo znaczenie jak w przypadku analogicznych przesłanek art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Podnieść jednak należy, że procent działalności dotyczy łącznej działalności wykonywanej na rzecz wszystkich zamawiających wspólnych i wszystkich podległych im osób prawnych w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp (także gdy podległe osoby prawne są kontrolowane przez co najmniej jednego z zamawiających na zasadach wspólnej kontroli, np. z innymi zamawiającymi). Ustalenie procentu działalności zostało wykonane przez spółkę na podstawie wiarygodnych, dostępnych, adekwatnych i aktualnych danych. Powyższy sposób obliczenia ww. procentu jest w zupełności wystarczający do obiektywnego ustalenia przesłanki in house.

Potwierdza to stanowisko UZP w opinii pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”, który ze względu na brak ustawowej definicji „wiarygodnych prognoz handlowych”, na potrzeby art. 214 ust. 6 Pzp, dopuścił wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe, zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, jak i przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

- **Uzasadnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. c) Pzp**

W kontrolowanej przez zamawiających spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Związek Gmin „Czyste Środowisko” posiada 100% udziałów w jej kapitale zakładowym.

- **Uzasadnienie przesłanki z art. 214 ust. 9 Pzp**

Spółka, której zamawiający zamierzają udzielić zamówienia publicznego w ramach in house posiada niezbędne uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w tym odpowiednie zaświadczenia o dokonaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gmin: Czarna Białostocka, Dobrzyniewo Duże, Supraśl, Wasilków, aktywny wpis w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, utworzonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587) w Dziale VII – Transportujący odpady.

Spółka aktualnie realizuje usługę odbierania odpadów komunalnych dla trzech z czterech gmin tworzących Związek gmin i posiada zdolność techniczną lub zawodową do samodzielnej prawidłowej realizacji zamówienia udzielonego z wolnej ręki w ramach in house na rzecz wszystkich zamawiających ją kontrolujących. Wykonawca nie będzie powierzał wykonywania części zamówienia podwykonawcom.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zamówienie publiczne na odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych z terenu zamawiających może być udzielone w trybie z wolnej ręki w ramach in house, gdyż zostały spełnione łącznie warunki określone w art. 214 ust. 1 pkt 13) Pzp. Zamawiający wspólnie sprawują nad Spółką kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, gdyż w skład organów decyzyjnych – Zgromadzenia Wspólników kontrolowanej spółki wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, którym jest Związek Gmin „Czyste Środowisko” reprezentowany przez Przewodniczącego Zarządu Związku. Uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolowana Spółka nie działa w interesie sprzecznym z interesami Związku i zamawiających sprawujących nad nią kontrolę. Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę. W kontrolowanej jednoosobowej Spółce prawa handlowego nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.