



## **Krajowa Izba Gospodarki Odpadami**

Ul. Szkolna 2/4 lok. 401/402  
00-006 Warszawa  
Tel./faks: 22 826-54-13  
e-mail: biuro@kigo.pl

REGON: 015731580  
NIP: 526-28-41-909  
KRS: 0000206616  
www.kigo.pl

I.dz. KIGO-PW-27/03/2022

**Warszawa, dnia 22 marca 2022r.**

**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**

**Termin posiedzenia przed KIO : 28 marca 2022 r., godz. 9:00**

### **Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

ul. Postępu 17A,  
02-676 Warszawa

#### **Zamawiający:**

**Miasto Stołeczne Warszawa**  
Urząd m.st. Warszawy  
Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

#### **Przystępujący po stronie Zamawiającego:**

**Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o.**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 561/22:**

**MS-EKO sp. z o.o.**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 573/22:**

**Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 563/22:**

**Remondis sp. z o.o.**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 574/22:**

**EKO-Konsult Biuro Doradczo-prawne sp. z o.o.**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 575/22:**

**Marianna Marczyk prowadząca działalność  
gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne  
"BŁYSK" Marianna Marczyk**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 577/22:**

**P.P.H.U. LEKARO Jolanta Zagórska**

#### **Odwołujący w sprawie KIO 579/22:**

**PreZero Warszawa sp. z o.o.**

**Odwołujący w sprawie KIO 581/22:**  
Partner sp. z o.o. sp.k.

**Odwołujący w sprawie KIO 587/22:**  
Jarper Sp. z o.o.

**Odwołujący w sprawie KIO 589/22:**  
Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART -  
BIS sp. z o.o.

**Przystępujący po stronie Odwołujących:**

- 1) EKO-KONSULT Biuro Doradczo-prawne Sp. z o.o.
- 2) P.P.H.U. LEKARO Jolanta Zagórska  
*reprezentowany przez:*
- 3) Z.G.K. GRONEKO Sp. z o.o.
- 4) Marianna Marczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" Marianna Marczyk
- 5) Partner Dariusz Alpelski
- 6) Partner sp. z o.o. sp.k.
- 7) Polsk Izba Gospodarki Odpadami
- 8) Polsuper Sp. z o.o.
- 9) Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami w Warszawie Sp. z o.o.
- 10) Remondis sp. z o.o.
- 11) FAGUS Sp. z o.o.
- 12) Błysk – Bis Sp. z o.o
- 13) EKOLIDER Jarosław Wyglądała
- 14) EKO-HETMAN Sp. z o.o.
- 15) Transprzet Sp. z o.o. Sp. k.
- 16) Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami
- 17) JURANT Sp. z o.o. S. j.
- 18) PGO Mazowsze Sp. z o.o.
- 19) Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o.
- 20) Jarper Sp. z o.o.
- 21) Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k.
- 22) MS-EKO sp. z o.o.
- 23) AG COMPLEX Sp. z o.o.
- 24) EKO M.Golik, J. Konsek, A. Serwotka Sp. j.
- 25) EKOWAR Zbigniew Glinka
- 26) Mieczysław Jakubowski Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI”
- 27) PreZero Bałtycka Energia Sp. o.o.
- 28) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A.
- 29) MIKI RECYKLING Sp. z o.o.
- 30) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART - BIS sp. z o.o.

**Numer ogłoszenia i data publikacji:** 2022/BZP 00062472 z 18 lutego 2022 r.

**Numer referencyjny:** ZP/JK/271/IV22/22

**Dotyczy zamówienia:** *Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkanymi i mieszanych w W-wie, od 1.07.2022r. (dzielnice: Białołęka, Targówek; Ochota, Ursus, Włochy; Śródmieście; Bemowo i Wola) i od 1.10.2022r.(Mokotów) (dalej jako: „Postępowanie”)*

**Krajowa Izba Gospodarki Odpadami działając jako organizacja pozarządowa przedstawia Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych istotny dla sprawy pogląd wyrażony w poniższym oświadczeniu:**

**Oświadczenie**

Krajowa Izba Gospodarki Odpadami - organizacja samorządu gospodarczego zrzeszająca 125 krajowych – polskich przedsiębiorstw gospodarki odpadami głównie o kapitale samorządowym – w związku z pojawiającymi się coraz częściej odwołaniami niektórych środowisk przed Krajową Izbą Odwoławczą na postępowania dotyczące powierzenia zadań związanych z odbiorem odpadów komunalnych trybem procedury zamówień in-house, informuje, że nie zgadza się z podniesionymi zarzutami i uważa je za całkowicie bezpodstawne.

Obecnie obowiązujące przepisy prawa pozwalają gminom udzielać zamówień kontrolowanym przez siebie spółkom z pominięciem procedur konkurencyjnych. Decyzja Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawa o powierzeniu odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w W-wie, od 1.07.2022r. (dzielnice: Białołęka, Targówek; Ochota, Ursus, Włochy; Śródmieście; Bemowo i Wola) i od 1.10.2022r.(Mokotów) jest jak najbardziej słuszna i realizuje cele założone przez ustawodawcę w przepisach ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Podmioty odwołujące się do Krajowej Izby Odwoławczej zakwestionowały m. in. spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm. - dalej „Pzp”), zachowania naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz podstawowych zasad ustanowionych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)<sup>2</sup> oraz skutków braku ich zachowania w postaci nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumenta (dalej: uokik);

Zamówienia in house (czyli tzw. zamówienia bezpośrednie) zostały wprowadzone do dyrektywy parlamentu europejskiego i rady 2014/24/ue z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/we z dnia 26 lutego 2014 r. (dz.urz.ue.l nr 94, str. 65) ze względu na jednoznaczne i utrwalone stanowisko TSUE, zgodnie z którym zamówieniem publicznym nie jest umowa zawierana pomiędzy podmiotami, która ze względu na łączącą je więź organizacyjną oraz ekonomiczną i pomimo ich formalnej odrębności, może być uznana za realizację zadania publicznego za pomocą własnych sił i środków.

Kluczowe w tym zakresie jest orzeczenie Trybunału z 18.11.1999 r. Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, na gruncie której powstała "doktryna Teckal".

Zgodnie ze wskazaną doktryną, nie stosuje się procedur udzielania zamówień publicznych przy powierzaniu zadań podmiotowi publicznego utworzonemu przez niego podmiotowi, po spełnieniu dwóch warunków:

1. podmiot publiczny powinien sprawować nad podmiotem, któremu powierza wykonywanie zadań własnych, kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje w stosunku do własnych służb;
2. podmiot kontrolowany wykonuje istotną część jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego.

Nie ma zatem obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki: po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi

służbami, a po drugie podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. wyr. z 19.4.2007 r., C-295/05, Tragsa, Legalis teza 55 oraz powołane tam orzecznictwo). Zob. też przegląd orzecznictwa TSUE, w: M. Lemke, D. Piasta, Analiza orzecznictwa, s. 28–36).

Przedstawiona linia orzecznicza Trybunału znalazła odzwierciedlenie w preambule dyrektywy 2014/24/UE w pkt 31 oraz 32, która stanowi właściwą wskazówkę dla interpretacji przepisów unijnych, jak i krajowych w zakresie tzw. zamówień in house:

„31) istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako tako zastosowania przepisów dotyczących zamówień. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.

Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

32) Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80% swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia”.

Zastosowanie zamówienia z wolnej ręki nie powinno dotyczyć sytuacji, gdy prywatny wykonawca ma bezpośredni udział w kapitale kontrolowanej 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.

Należy wskazać, że ustawodawca polski przewidział wyłączenie stosowania przepisów ustawy PZP w stosunku tylko do zamówień realizowanych przez instytucje gospodarki budżetowej (pod pewnymi warunkami). W zakresie pozostałych osób prawnych, pozostających w relacji zależności z podmiotami prawa publicznego (instytucjami zamawiającymi), ustawodawca polski nie pokusił się na pełne wyłączenie stosowania przepisów ustawy PZP. Przyjęta została konstrukcja zamówienia udzielanego w trybie "z wolnej ręki", a dodatkowo wprowadzono na gruncie art. 214 pkt 11 ustawy PZP bardziej wyśrubowane wymaganie, aby udział działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczył wykonywania zadań powierzonych na poziomie 90%, a nie, jak wynika z dyrektywy, 80%. (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Paweł Granecki, Iga Granecka, 2021).

Odnosnie warunku, tj. wykonywania istotnej części działalności osoby prawnej na rzecz instytucji zamawiającej, należy wskazać, iż orzecznictwo TSUE uważa go za spełniony, gdy działalność osoby prawnej prowadzona jest w głównej mierze na rzecz podmiotu publicznego. Natomiast wszelka

pozostała działalność powinna mieć jedynie marginalne znaczenie. Zatem warunek ten powinien być oceniany przede wszystkim z punktu widzenia ilościowego. W takim przypadku winno brać pod uwagę wysokość obrotów uzyskiwanych przez osobę prawną z całej jej działalności oraz porównać tę liczbę do wysokości obrotów uzyskiwanych z tej działalności, którą osoba prawna wykonuje dla instytucji zamawiającej.

Zgodnie z wyr. KIO z 4.10.2019 r., KIO 1842/19, Legalis: "Do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych należy zaliczyć działalność polegającą na realizowaniu w imieniu gminy jej zadań własnych, przy czym podkreślić trzeba, że nie należy ograniczać pojęcia zadania powierzonego wyłącznie do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, podobnie jak nie jest zasadne ograniczanie powierzenia zadań wyłącznie do sytuacji ich przekazania w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej. Istotne jest, aby działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje i nie miała charakteru komercyjnego. Okoliczność w jakiej formie następuje powierzenie zadań do realizacji (czy to w trybie określonym ustawą o gospodarce komunalnej czy np. poprzez zawarcie umów powierzenia zadań) ma znaczenie drugorzędne – wybór formy zlecenia zadań leży w gestii zamawiającego i może podlegać ewentualnym ograniczeniom wynikającym z właściwych przepisów prawa, które zamawiający zobowiązany jest stosować".

W zakresie wykładni językowej stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Tak więc skoro ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem, że „w 90 % działalność obejmuje wykonywanie zadań powierzonych” lecz sformułowaniem, że „90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych” uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”. Tak więc biorąc pod uwagę wykładnię językową tego przepisu 90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych. (por. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2017 r. KIO/KU 52/17).

Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zleczone w różnej formie przez instytucje zamawiającą podległej osobie prawnej. Powierzenie, o którym stanowi art. 214 ust.1 pkt.11 lit. b nie może być rozumiane tylko i wyłącznie jako powierzenie w trybie zamówienia in-house. Wykonywanie usług na mocy umowy zawartej w drodze zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, również jest zaliczane do zadań powierzonych w myśl ww. przesłanki. Tak więc, przez „powierzenie zadań”, o którym mowa w art. 214 ust.1 pkt.11 lit. b ustawy PZP, rozumieć należy także zlecenie konkretnych działań (zadań) w ramach zamówienia publicznego (odpłatnej umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane) przez konkretnego zamawiającego sprawującego kontrolę nad tą osobą prawną.

Przepis art. 214 ust.1 pkt.11 lit. b ten nie definiuje, co należy rozumieć pod pojęciem „zadania powierzonego” ani w jakiej formie nastąpić ma powierzenie wykonywania zadań. W ocenie KIGO forma zlecenia zadań obejmuje również umowy zawierane na gruncie ustawy PZP.

Zgodnie z Wyrokiem TSUE z dnia 8 grudnia 2016 r., w sprawie C-553/15 Undis Servizi Srl): „Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, właściwy sąd musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter zarówno jakościowy, jak i ilościowy. W tym zakresie obrotem, który ma znaczenie, jest obrót, jaki osiąga ten podmiot na podstawie decyzji o udzieleniu zamówienia przez tę instytucję zamawiającą lub przez te instytucje zamawiające, które sprawują nad nim kontrolę (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio

Alisei, C 340/04, EU:C:2006:308, pkt 63, 65; a także z dnia 17 lipca 2008 r., Komisja/Włochy, C 371/05, niepublikowany, EU:C:2008:410, pkt 31).

Ustawodawca polski wskazał zamknięty katalog przesłanek które powinny zostać spełnione przy udzieleniu zamówienia w trybie art. 214 ust.1 pkt.11 PZP. Przesłanki te są następujące:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zasada legalizmu i pewności prawa nakazuje, aby dokonywać wykładni norm prawnych w pierwszym rzędzie w oparciu o reguły wykładni językowej, na co jednoznacznie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2000 r. - sygn. I KZP 16/00 stwierdzając m.in.: „Pierwszeństwo językowych reguł wykładni jest wręcz podstawowym warunkiem funkcjonowania prawa w państwie prawnym”.

Wskazać należy, że stanowisko przyjmowane w odwołaniach, zgodnie z którym zastosowanie trybu in house jest możliwe tylko w przypadku braku innych podmiotów na rynku, które mogą świadczyć określone usługi, jest wprost sprzeczne z *ratio legis* art. 214 ust 1 pkt. 11 Pzp, ponieważ przyjęcie takiego założenia, powodowałoby *de facto* brak możliwości stosowania regulacji w praktyce.

Jednocześnie wskazać należy – że ustawodawca nie ograniczył w żaden sposób kategorii zamówień, które mogą zostać udzielone w trybie z wolnej ręki, w tym nie ograniczył możliwości zastosowania regulacji art. 214 ust.1 pkt. 11 ustawy PZP do zawężonej kategorii usług – przykładowo tylko do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, czy usług, które nie są oferowane na rynku. Regulacja znajduje więc zastosowanie do wszelkiego rodzaju zamówień – a to dostaw, usług i robót budowlanych – przy założeniu spełnienia wymogów w regulacji wskazanych.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21.04.2017 r. o sygn. akt. KIO 625/17: „Z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie - Prawo zamówień publicznych wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Innymi słowy z przepisów art. 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie, nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2.

W sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie zostaje naruszony art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiegokolwiek konkurencji dla jedynego wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa.” Orzeczenie niniejsze pozostaje aktualne na gruncie obecnie obowiązującej ustawy prawo zamówień publicznych, w szczególności w związku z brzmieniem art. 129 ustawy PZP.

O braku naruszenia przy udzielaniu zamówienia w trybie z wolnej ręki zasad konkurencji przesądza także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wskazać w tym miejscu można przykładowo na treść wyroku TS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal.

Decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia. Przepisy PZP, w tym art. 214 ust. 1 pkt 11–13, takiego obowiązku nie przewidują. (tak: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021).

„Decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ Prawo zamówień publicznych, w tym art. 67 ust. 1 i n. takiego obowiązku nie przewiduje.” tak Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 11 czerwca 2021r. XXIII Zs 27/21.

Należy podkreślić, że zastosowanie art. 214 ust.1 pkt.11 ustawy PZP nie jest uzależnione od analizy występowania lub braku konkurencji na rynku. Ustawa PZP dopuszcza ograniczenie konkurencji przy spełnieniu przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt. 11 ustawy PZP i wszelka inna interpretacja w tej materii jest argumentacją *contra legem*. Nie prawdą jest, że art. 214 ust.1 pkt.11 ustawy PZP znajduje zastosowanie tylko w przypadku, gdy nie ma gwarancji, że określone usługi – bez zaangażowania administracji – w ogóle nie zostaną wykonane na określonym poziomie. Taka interpretacja nie wynika ani z doktryny ani z orzecznictwa krajowego czy orzecznictwa unii europejskiej. Podmiot publiczny ma prawo decyzji w jakim trybie udzieli zamówienia publicznego.

„Przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE.C 2012 Nr 326, str. 47) oraz przepisy Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązany także wykazać, przedstawiając analizy, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli poprzez wykazanie przesłanek wymaganych art. 67 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych dla zastosowania tej podstawy prawnej. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r. KIO 96/17). Powyższy wyrok nie stracił swojej aktualności na gruncie obowiązującej obecnie ustawy PZP.

Należy wskazać, że już samo ustalenie przez Zamawiającego, czy spełnia przesłanki z art. 214 ust.1 pkt. 11 ustawy PZP jest niczym innym jak analizą dokonaną w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji *in-house*.

To obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w ustawie PZP. Zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z art. 214 ust.1 pkt.11 ustawy PZP i w przypadku stwierdzenia, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia *in-house* podmiot taki ma możliwość wniesienia odwołania.

Ustawodawca świadomie wyłączył tryb konkurencyjny w przypadku instytucji *in-house*, co nie może być traktowane, jako naruszenie zasady konkurencji czy też nadużycie pozycji dominującej. Przy takiej interpretacji ilekroć stosowany byłby ten tryb Zamawiający działający na podstawie ustawy PZP narażałby się na tak postawione zarzuty, także przy zastosowaniu pozostałych przesłanek opisanych w art. 214 ustawy PZP.

Argumentacja dotycząca nadużycia pozycji dominującej prowadzi do wniosku, że już samo skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji *in-house* prowadzi do takiego nadużycia.

Tymczasem, zarówno Dyrektywa jak i ustawa PZP regulując instytucje in-house uznają uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego pod warunkiem, że spełni on określone przesłanki.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 lutego 2017 r. KIO 96/17 „Odnosnie zarzutu nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z uwagi na sprzecznym z zasadami konkurencji zastosowanie instytucji in-house, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że akceptacja argumentacji wnoszącego odwołanie wykonawcy, co do nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej, w konsekwencji prowadziłyby do wniosku, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji in-house prowadzi z założenia do takiego nadużycia. Tymczasem, zarówno Dyrektywa jak i ZamPublU, regulując instytucje in-house uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 z zastosowaniem ust. 8 i ust. 9 ZamPublU, spełnione zostają określone przepisami przesłanki dla tej szczególnej instytucji. Zdaniem Izby, gdyby zgodzić się z Odwołującym, należałoby uznać, że tymi regulacjami ustawodawca zezwolił na zachowanie sprzeczne z celami OchrKonkurU i jej art. 9, który nie pozwala na praktyki antykonkurencyjne, w tym przypadku mające się wyrażać w nadużyciu pozycji dominującej podmiotu zamawiającego wynikające z zastosowania instytucji in-house. W przekonaniu Izby, przyznana zamawiającemu niewątpliwie przewaga w wyborze procedury i możliwość zastosowania spornej instytucji in-house mogą być postrzegane, jako ograniczenie konkurencji, ale tylko w granicach wyznaczonych prawem, bez możliwości jej wykorzystywania w sposób naganny w rozumieniu OchrKonkurU.” Tym samym należy wskazać, że każdy Zamawiający stosując art. 214 ust.1 pkt.11 ustawy PZP nie nadużywa swojej pozycji dominującej.

Dodatkowo należy wskazać, że to Samorząd Gminny ponosi odpowiedzialność za realizację zadań związanych z gospodarką odpadami dlatego powinien mieć możliwość kreowania systemu według potrzeb lokalnej społeczności. Takie stanowisko reprezentuje strona samorządowa i Krajowa Izba Gospodarki Odpadami.

System in-house stosowany w krajach Unii wręcz zachęca do tego, by w realizację zadań gminnych angażować firmy komunalne, gdyż są one zainteresowane lokalnym rozwojem, a nie kumulowaniem zysku. Dochód zapewnia im stabilny rozwój, umożliwia dążenie do optymalizacji kosztów, pozwala inwestować i realizować długoterminowe strategie.

Dotychczasowe regulacje prawne w Polsce ograniczały samorządom lokalnym możliwości wyboru sposobu wywiązania się ze swoich obowiązków, nałożonych na nie ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w dużo większym stopniu, niż ma to miejsce w innych krajach Unii Europejskiej. Jest to szczególnie niezrozumiałe ze względu na fakt, że dla gmin najistotniejsza jest prawidłowa realizacja zadań publicznych więc samorzady gminne nie powinny być ograniczane w możliwości doboru najadekwatniejszych środków do realizacji swoich zadań. Stworzenie systemu odbioru odpadów komunalnych na podstawie zamówienia in-house ma niebagatelny wpływ dla pozyskania jak najlepszego efektu środowiskowego, a także dla zachowania potencjału spółek i zakładów budżetowych gmin, które dzięki staraniom samorządów latami były budowane z myślą o zaspokojeniu potrzeb wspólnot lokalnych, a istotnym elementem ich działalności jest tworzenie miejsc pracy i zrównoważony rozwój.

Krajowa Izba Gospodarki Odpadami nie zgadza się z opiniami, że umożliwienie samorządom gminnym stosowania zamówienia in-house (powierzenie) w odniesieniu do udzielania zamówień w zakresie odbierania odpadów komunalnych własnym podmiotom komunalnym spowoduje podwyżkę cen wywozu śmieci. Uważamy, że realizacja przez gminę zadań własnych w gospodarce odpadami poprzez powierzenie ich własnej spółce komunalnej wprowadzi mechanizm istotnego wpływu gminy na cenę usługi i da stabilność finansowania gospodarki odpadami. Związek pomiędzy gminą, a jej spółką określony jest względami i wymaganiami wykonywania zadań leżących



w interesie publicznym w przeciwieństwie do wykonywania takich samych zadań przez przedsiębiorstwo kapitału prywatnego, które podlega względem interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia maksymalizacji zysku

Krajowa Izba Gospodarki Odpadami opowiada się z całą stanowczością o umożliwienie samorządom gminnym stosowania metody in-house (powierzenie) w odniesieniu do udzielania zamówień w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych własnym podmiotom komunalnym w oparciu o stabilne podstawy prawne.

**Z poważaniem,**

**Tomasz Uciński**

**Prezes Zarządu**

---

**Zarząd Krajowej Izby Gospodarki Odpadami**

Tomasz Uciński – Prezes Zarządu      Henryk Kultys – I Z-ca Prezes      Monika Jaźwiec - II Z-ca Prezesa  
Paweł Wojna – Skarbnik      Krzysztof Bałanda– Członek      Włodzimierz Stasiak – Członek      Jerzy Zając – Członek

[www.kigo.pl](http://www.kigo.pl)