



Warszawa 16.05.2017 r.



Szanowny Pan
Marek Niechciał
Prezes
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta

**DOREČZONO
OSOBIŚCIE**

Szanowny Panie Prezesie.

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.

Obszar zamówień publicznych jest jednocześnie obszarem wolnego rynku i rynku wspólnotowego, uważamy więc za zasadne wystąpienie do reprezentowanego przez Pana Prezesa Urzędu. Jednocześnie istnieje konieczność podjęcia działań kontrolnych, które pozwolą na prawidłowe funkcjonowanie rynku w Polsce, wykluczenie nadużywania pozycji dominującej przez jednostki samorządu terytorialnego (dalej również jako „JST”) oraz zachowanie konkurencji i swobody działalności gospodarczej.

Należy zauważyć, że każdy przepis prawa funkcjonuje w szerszym kontekście prawno-gospodarczym. Z tego względu zagadnienie stosowania przepisów dotyczących zamówień in-house zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych należy analizować również



z uwzględnieniem norm wynikających z Konstytucji RP, Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (w zakresie pomocy publicznej, monopoli państwowych i prawa konkurencji), prawa antymonopolowego, prawa gospodarczego, prawa dot. funkcjonowania i ustroju samorządu terytorialnego w Polsce oraz prawa finansów publicznych. Z tego względu, że zarówno jednostki samorządu terytorialnego oraz spółki samorządowe podlegają przepisom ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta (art. 4 pkt. 1 lit. a ustawy), pozwalamy sobie wystąpić do Pana Prezesa z poniższymi wnioskami i postulatami.

1. Rozszerzające rozumienie przesłanek In-house. 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 rozszerzające stosowanie przepisów ustawy PZP dopuszczającej udzielenie zamówienia bez zachowania trybów konkurencyjnych. 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”.¹ Dotychczasowa praktyka obrazuje, że obowiązek ten nie zostaje zachowany.

Przykładem braku przygotowania oraz dowolnej interpretacji przesłanek jest 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 czytania 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.

¹ 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



Tym samym nie został osiągnięty ustawowy wymóg ponad 90% działalności. Powyższe postępowanie podkreśla, jak istotną rolę należy przykładać do rzetelnego i dokładnego weryfikowania przesłanek udzielenia zamówienia w trybie in-house.

Konsekwencją „liberalnego” podejścia do przesłanek stosowania zamówień w trybie in-house może być brak rzetelnego przygotowania przez zamawiających procedury udzielania zamówień w tym trybie, co może być przyczyną wyeliminowania przedsiębiorców komercyjnych, świadczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na rynkach lokalnych (gminach), w których będzie miało miejsce udzielenie zamówienia in-house spółce komunalnej w oderwaniu od realiów rynkowych oraz z pominięciem rzetelnej weryfikacji przesłanek ustawowych. Bowiem bez rzetelnego i dokładnego weryfikowania przesłanek z ustawy PZP, jak również poprzedzającej udzielenie zamówienia analizy rynkowej, usługi będą mogły być świadczone przez podmioty, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz nie gwarantują świadczenia usługi w sposób zgodny z wymaganiami rynku i po cenie, która będzie miarodajna do jakości świadczonej usługi. Dalszą konsekwencją wyeliminowania konkurencji na rynkach lokalnych (gminach) będzie wzrost ceny za świadczone usługi, który obciąży mieszkańców.

2. Samorząd terytorialny a działalność rynkowa

Zagadnienie prowadzenia działalności rynkowej przez jednostki samorządu terytorialnego nierozdzielnie powiązane jest z ochroną konkurencji, jak również z ochroną konsumentów. Samorząd terytorialny, będący reprezentacją mieszkańców, w swojej istocie nie jest powołany po to, aby prowadzić działalność gospodarczą, ale po to, by czuwać nad racjonalnym gospodarowaniem środkami publicznymi/ środkami mieszkańców danej wspólnoty lokalnej. Wobec powyższego w interesie mieszkańców nie jest to, aby usługę/ świadczenie na rzecz mieszkańców wykonywała spółka komunalna, nie zważając na cenę i warunki rynkowe. Wręcz przeciwnie, w interesie mieszkańców jest jak najlepsze (tym samym jak najbardziej optymalne finansowo) wykonanie usługi, którą finansują oni ze swoich środków w postaci np. podatków i opłat lokalnych. Na ten aspekt świadczenia usług komunalnych przez gminę zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2017r. (sygn. akt I CSK 252/15).



W ocenie Sądu Najwyższego, w sytuacji gdy gmina powierza świadczenie usług komunalnych podmiotowi zależnemu od gminy, istotne jest zbadanie wszystkich czynników, które mogą mieć wpływ na to, że konsumenci usług komunalnych uzyskać mogą za tę samą cenę usługę lepszą niż w sytuacji powierzenia świadczenia usług komunalnych innym przedsiębiorcom. Tego rodzaju analiz przy udzielaniu zamówień in-house nie ma.

Aby uzyskać jak najlepszy/ najkorzystniejszy efekt gospodarczy, niezbędna jest konkurencja na rynku lokalnym, w tym konkurencja przy świadczeniu usług użyteczności publicznej. W tym miejscu warto wskazać, iż ustawa PZP jest jednym z instrumentów zachowania konkurencji na rynku, a w ramach niej taką rolę odgrywają tryby konkurencyjne wyboru wykonawcy usługi, jakim jest przetarg.

Z powyższego wynika, iż istotą racjonalnego gospodarowania środkami finansowymi jest konkurencja na rynku i preferowanie trybów konkurencyjnych. Dlatego niezależnie od tego, jaki podmiot będzie wykonawcą usługi na rzecz mieszkańców (przedsiębiorca lokalny lub spółka komunalna), istotne jest, aby podmioty te mogły wspólnie uczestniczyć w przetargu na realizację przedmiotowej usługi. W interesie mieszkańców jest to, aby zamawiający wybrał podmiot, który wykona usługę jak najkorzystniej z punktu widzenia całej wspólnoty lokalnej. W takich okolicznościach nie można przypuszczać, by ideą ustawodawcy było ograniczenie konkurencji, co może przełożyć się na obniżenie jakości świadczonych usług na rzecz mieszkańców wspólnot lokalnych lub wzrost cen świadczonej usługi. Wobec powyższego podkreślić należy, że wybór przez zamawiającego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki powinien być wyjątkiem i dotyczyć tylko tych sytuacji, gdy konkurencja na rynku lokalnym nie występuje. Bowiem gmina powinna powierzyć własnej spółce komunalnej realizację zadania publicznego, gdy nie może ono być udzielone w trybie konkurencyjnym (najkorzystniejszym dla mieszkańców), np. w sytuacji, gdy żaden podmiot komercyjny nie świadczy takiej usługi w gminie i nie jest jej świadczeniem zainteresowany. W takim przypadku gmina wręcz jest zobowiązana do podjęcia działań, gdyż dana usługa na rzecz mieszkańców musi być wykonywana, z uwagi na to, że jest zadaniem własnym gminy. Jednak powierzenie takiej usługi w ramach zamówienia in-house nie może odbyć się z pominięciem reguł konkurencyjnych. W tym miejscu ponownie należy przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2017r. (sygn. akt I CSK 252/15), gdzie stwierdza się



wprost: „Brak jednak podstaw do tego, aby uznać, że skoro pozwany (przyp. aut. - Miasto W.) może powierzyć nawet na całym rynku świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej przedsiębiorcy od siebie zależnemu, to jego zachowanie polegające na powierzeniu części tego rynku innym przedsiębiorcom, nie podlega ocenie z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji. (...) **Uprawnienie pozwanego do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności, czy nie jest to to przypadek tzw. dławienia konkurencji.** Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonania tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji.” Wyrok ten dotyczy co prawda usług transportowych powierzonych do wykonania spółce komunalnej bezprzetargowo, jednak Sąd Najwyższy słusznie zwrócił uwagę na konieczność badania zachowania gminy przy powierzeniu świadczenia usług komunalnych spółkom komunalnym w ujęciu nadużywania pozycji dominującej przez gminę, co nabiera szczególnego znaczenia przy obecnych zamówieniach in-house.

3. Wpływ na konkurencję.

Najbardziej niepokojącym zjawiskiem jest nadużywanie uprzywilejowania spółek gminnych w celu eliminacji konkurencji na rynku. Przykładowo, w gminie Ustrzyki Dolne funkcjonuje od wielu lat spółka komunalna zajmująca się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z tejże gminy. Jednocześnie przedmiotowa spółka prowadzi ten sam rodzaj działalności na terenie gmin sąsiednich, jak również świadczy usługi na rzecz osób prywatnych. Spółka ta posiada wiedzę i doświadczenie w świadczeniu usług na rzecz mieszkańców oraz wyposażona była w określony majątek służący temu celowi. Z powodu świadczenia usług wykraczających poza usługi powierzone przez zamawiającego, udzielenie zamówienia z wolnej ręki na rzecz tej spółki było niemożliwe. Z tego względu gmina powołała nową spółkę o minimalnym kapitale zakładowym, której zamierzała powierzyć w trybie z wolnej ręki zadanie odbioru odpadów z terenu Gminy.

Podobna sytuacja ma miejsce w Gorzowie Wielkopolskim, gdzie dla potrzeb udzielenia zamówienia in-house na utrzymanie czystości i przejezdności dróg w granicach



administracyjnych miasta (czas trwania umowy – 4 lata, szacunkowa wartość zamówienia – ponad 26 milionów złotych) gmina zawiązała w marcu 2017r. spółkę wnuczkę z kapitałem zakładowym 5 tys. zł. Spółce tej, jak wynika z dowodów przedstawionych przed KIO (sygn. akt KIO 625/17), udzielona zostanie pożyczka przez spółkę matkę w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej na kwotę 1 mln zł na okres do 1 miesiąca, zostanie użyzony niezbędny do wykonania usług sprzęt i personel.

Kazusy powyższe obrazują szereg niepokojących okoliczności.

Po pierwsze, za nieprawidłowe należy uznać udzielenie zamówienia wykonawcy nieposiadającemu zdolności technicznej, finansowej, personelu oraz wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia (przy kontraktach zawartych w oparciu o przepisy dot. in-house, co do zasady podwykonawstwo zostało wyłączone - art. 36a ustawy PZP). Spółki wnuczki w ogóle by nie powstały, gdyby istniejące spółki komunalne mogły spełnić warunki ustawowe – Pzp dla uzyskania zamówienia in-house. Utworzenie spółek wnuczek z kapitałem minimalnym, bez jakiegokolwiek potencjału, ma na celu wyłącznie osiągnięcie przez gminy korzyści w postaci udzielenia zamówienia z pominięciem trybów konkurencyjnych, co sztucznie zawęża konkurencję w rozumieniu art. 18 dyrektywy zamówieniowej (*„Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”*).

Po drugie, gmina utrzymuje funkcjonowanie wieloletniej spółki celowej, przy czym kierunek jej działalności skoncentrowany jest na działalność gospodarczą poza sferą użyteczności publicznej. Świadczenie usług na rzecz mieszkańców innych gmin i sektora prywatnego jest działalnością wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej, którą jest świadczenie usług na rzecz mieszkańców gminy tworzących wspólnotę samorządową (vide raport Najwyższej Izby Kontroli Nr KGP-4101-002-00/2014, art. 166 Konstytucji RP, art. 1 ustawy o samorządzie gminnym). W ten sposób zakłócona zostaje konkurencja na rynku poprzez nieuprawnione uprzywilejowanie własnej spółki nie posiadającej odpowiedniego zaplecza do wykonania zamówienia i jednocześnie wejście na rynek konkurencyjny i podjęcie działalności gospodarczej bez spełnienia przesłanek dopuszczalności takiej ingerencji określonych w art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej.



Konsekwencją praktyki polegającej na dopuszczeniu do działania na terenie gminy dwóch spółek komunalnych świadczących usługi tego samego rodzaju, skierowane jednak do dwóch typów działalności:

- 1) jedna spółka komunalna świadcząca usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy, która udzieliła zamówienie w trybie in-house oraz
- 2) druga spółka komunalna świadcząca usługi odbioru odpadów komunalnych z gmin sąsiednich (czyli *de facto* prowadzenie działalności komercyjnej na terenach gmin sąsiednich),

będzie wyeliminowanie przedsiębiorców lokalnych prowadzących tego typu działalność na rynkach lokalnych, a tym samym spowoduje to wzrost ceny za usługi tego typu (brak konkurencji na rynku). Spółka komunalna w gminach sąsiednich (które zdecydują się na udzielenie zamówienia publicznego w procedurze rynkowej, tj. w drodze przetargu nieorganicznego), będzie mogła w przetargu zaoferować cenę poniżej ceny rynkowej (różnica w cenie będzie mogła być zniwelowana ekonomicznie wyższą ceną usług w „rodzimej” gminie, w której „bliźniacza” spółka komunalna świadczy usługi w oderwaniu od realiów rynkowych – na podstawie zamówienia in-house). W dłuższej perspektywie czasowej może to doprowadzić do wyeliminowania przedsiębiorców komercyjnych z rynków lokalnych, tj. w gminie prowadzącej działalność za pomocą dwóch spółek komunalnych oraz gminach sąsiednich, które udzielają zamówień w drodze przetargu, a tym samym do wzrostu cen za świadczone usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

4. Zamówienie In-house a pomoc publiczna

Całkowicie pomijany i ignorowany przez zamawiających a także w piśmiennictwie przedmiotu jest fakt, że udzielenie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym na rzecz podmiotu wewnętrznego, w sytuacji występowania konkurencji na rynku powinno być badane pod względem występowania pomocy publicznej w rozumieniu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE *„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub*



produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.”. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, „za pomoc uznaje się interwencje, które **niezależnie od ich formy**, mają uprzywilejowywać przedsiębiorstwa w bezpośredni lub pośredni sposób, lub które mogą być uznane za korzyść, jakiej przedsiębiorstwo będące beneficjentem nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych”².

Wyłączenie stosowania Dyrektywy do pewnego rodzaju zamówień nie wyłącza stosowania do nich norm wynikających z prawa pierwotnego (prawa traktatów)³. Jednocześnie, w art. 106 TFUE wskazane jest, że „1. Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 18 oraz 101–109. 2. Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego **podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.**” W tym kontekście należy uznać, że zapewnienie czystości i porządku w gminach, w tym poprzez zorganizowanie regularnego odbioru i transportu oraz prawidłowego zagospodarowania odpadów komunalnych, w ramach reguł konkurencyjnych, **nie tylko nie stanowi przeszkody prawidłowego wykonywania tych zadań, ale jednocześnie, w warunkach konkurencji umożliwia jego wykonanie na wyższym poziomie oraz tańszym kosztem.** Zdaniem Komisji⁴ „Z art. 106 ust. 2 Traktatu wynika, że przedsiębiorstwa, którym powierzono wykonywanie UOIG [usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym], to przedsiębiorstwa, którym powierzono „szczególne zadanie”. Zasadniczo

² wyrok TSUE z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH

³ vide Wyrok TSUE 15.05.2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06, SECAP SpA i Santorso Soc. Coop. Arl przeciwko Comune di Torino

⁴ Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, 2012/C 8/02



powierzenie „określonego zadania z zakresu usług publicznych” oznacza świadczenie usług, których dane przedsiębiorstwo, ze względu na swój własny interes gospodarczy, nie podjęłoby się lub nie podjęłoby się w tym samym zakresie lub na tych samych warunkach. Stosując kryterium interesu ogólnego, państwa członkowskie lub Unia mogą powiązać konkretne zobowiązania z takimi usługami. Komisja uważa zatem, że nie byłoby właściwe wiązanie zobowiązań do świadczenia określonych usług publicznych z działalnością, która jest już wykonywana lub może być wykonywana skutecznie i na warunkach takich jak cena, obiektywne cechy jakościowe, ciągłość i dostęp do danej usługi, zgodnych z interesem publicznym zdefiniowanym przez państwo, przez przedsiębiorstwa działające na zwykłych warunkach rynkowych.” Jak wskazuje Komisja, „ważnym przykładem tej zasady jest sektor łączności szerokopasmowej, w odniesieniu do którego Komisja wystosowała już jasne wytyczne określające, które rodzaje działalności można uznać za UOIG. Co najważniejsze, Komisja uważa, że na obszarach, na których inwestorzy prywatni poczynili już inwestycje w infrastrukturę sieci szerokopasmowych (lub w danym momencie rozbudowują swoją infrastrukturę sieciową) i świadczą już konkurencyjne usługi sieci szerokopasmowych, zapewniając odpowiedni zasięg tych sieci, **stworzenie równoległej infrastruktury szerokopasmowej nie powinno być uznawane za UOIG**. Zdaniem występujących, powyższy przykład z zakresu teleinformatyki doskonale obrazuje aktualną sytuację w zakresie działalności w sektorze gospodarki odpadami komunalnymi w Polsce. Z powodu prywatyzacji rynku i upadających przedsiębiorstw państwowych w latach 90 ubiegłego stulecia, w kolejnych dekadach rozwijał się system odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych oparty na sektorze prywatnym. Sektor ten poczynił szereg inwestycji w zakresie organizacji infrastruktury i zaplecza technicznego dla świadczenia usług. W tej sytuacji tworzenie równoległych struktur i przejmowanie rynku przez spółki gminne wymagające ich dokapitalizowania należy uznać za niezgodne z art. 106 i 107 Traktatu.

5. Monopole gminne a Konstytucja RP.

Wskazujemy, że zgodnie z art. 216 Konstytucji RP „Ustanowienie monopolu następuje w drodze ustawy”. Z cytowanego przepisu wynika, że normy ustawowe ustanawiające monopol



(który co do zasady jest wyjątkiem), powinny mieć odpowiednie sprecyzowanie.⁵ W takiej sytuacji nieprawidłowym byłoby dopuszczenie, aby przepisy rangi ustawowej, niewskazujące wyraźnie na uprawnienia konkretnych podmiotów, były stosowane w ten sposób, że powodują (*de facto* a nie *de iure*), monopol pewnych grup podmiotów względem innych uczestników rynku. Utworzenie monopolu gminnych w dziedzinie usług użyteczności publicznej narusza nie tylko art. 216 Konstytucji RP, ale również art. 22 Konstytucji, który mówi o swobodzie działalności gospodarczej (zasada wolności gospodarczej).

6. Wnioski i postulaty.

Podsumowując powyższe, wnosimy o

- 1) 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 **wyraźne stwierdzenie, że decyzja co do możliwości udzielenia zamówienia w systemie in-house powinna zostać poprzedzona analizą rynku oraz stwierdzeniem, że rynek nie zapewnia potrzeb na odpowiednim poziomie i po cenie wymaganej przez zamawiającego. Takie wnioski wynikają zarówno z polskiego systemu prawnego jak i z prawodawstwa unijnego. Zdaniem PIGO i ZPGO, Dyrektywa 2014/24/UE nie daje podstaw do przyjęcia, że w warunkach konkurencji na rynku dopuszczalne jest uprzywilejowane traktowanie przedsiębiorcy samorządowego (publicznego).**
- 2) podjęcia działań kontrolnych w jednostkach samorządu terytorialnego, które pozwolą na prawidłowe funkcjonowanie rynku w Polsce, wykluczenie nadużywania pozycji dominującej przez jednostki samorządu terytorialnego oraz zachowanie konkurencji i swobody działalności gospodarczej.

⁵ Vide np. art. 5 ust. 1 ustawy z 19.11.2008 o grach hazardowych z 19.11.2008 r., art. 13 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie.




Kierując powyższe wnioski do Pana Prezesa, pozostajemy w stałej gotowości współpracy 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