# PREZYDENT MIASTA INOWROCŁAWIA

SEKRETARIAT
Biura Prac Senackich
Wpłynęło dn. 21.10.14 r.
nr 6157 podpis

Inowrocław, dnia 14 października 2014r.

BP.030.10.2014

Przewodniczący Komisji Środowiska
Podpis

GABINET MARSZAŁKA SENATU
wpłynęło dn. 17.10.14.
nr 4151 podpis

**Pan**

**Bogdan Borusewicz**

**Marszałek Senatu**

**Rzeczypospolitej Polskiej**

***Szanowny Panie Marszałku,***

w związku z odrzuceniem przez Sejm RP na 77 posiedzeniu poprawki dotyczącej rezygnacji z obowiązku przeprowadzania przez wójtów, burmistrzów i prezydentów miast przetargów na odbiór i zagospodarowanie śmieci zgłoszonej do połączonych projektów nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (druk 2764), wnoszę o poparcie przez Senat ww. poprawki w brzmieniu:

**Ustawa**

**z dnia ..... 2014r.**

**o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach**

Art.1. W ustawie z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013r., poz. 1399, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) **art. 6d otrzymuje brzmienie:**

„Art.6d.1. Gmina może udzielić zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art.6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, w sposób bezpośredni spółce:

1) o kapitale zakładowym spółki wyłącznie gminnym;


Urząd Miasta Inowrocławia
ul. Prezydenta Franklina Roosevelta 36, 88-100 Inowrocław, tel. 52 35 55 300, fax 52 35 55 255
prezydent@inowroclaw.pl, www.inowroclaw.pl

2) prowadzącej przeważającą część działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego.

2. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art.6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, o ile na terenie gminy nie funkcjonuje spółka z udziałem gminy powołana do tych celów lub gmina nie udzieliła jej zamówienia w sposób określony w ust.1.

3. W celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wyznaczenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych rada gminy liczącej ponad 10.000 mieszkańców może podjąć uchwałę stanowiącą akt prawa miejscowego, o podziale obszaru gminy na sektory, biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców, gęstość zaludnienia na danym terenie oraz obszar możliwy do obsługi przez jednego przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

4. W przypadku, gdy gmina podzielona jest na sektory, przetargi, o których mowa w ust.2, organizuje się dla każdego z wyznaczonych sektorów.

5. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

1) wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;

2) rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości;

3) standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska;

4) obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem;

5) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

6) szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.";

**2) uchyla się art. 6e;**

**3) art. 6f otrzymuje brzmienie:**

„Art. 6f. 1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta zawiera ze spółką z udziałem gminy, o której mowa w art. 6d ust.1, lub z przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wybranym w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust.2, umowę na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

2. W przypadku rozwiązania umowy na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z przedsiębiorcą wybranym w trybie przetargu wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany niezwłocznie zorganizować przetarg, o którym mowa w art. 6d ust.2. W celu zapewnienia odbierania odpadów komunalnych z terenu gminy, do czasu rozstrzygnięcia przetargu, gmina zapewnia te usługi w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych.".

## Uzasadnienie

Ekspertyza prawna autorstwa prof. dr hab. z zakresu prawa ochrony środowiska – Bartosza Rakoczego (UMK w Toruniu), którą dysponuję, nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dotyczące obowiązku organizowania przetargów przez wójtów, burmistrzów lub prezydentów miast na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i obowiązku przystępowania do tych przetargów przez spółki komunalne – pozostają w sprzeczności z art.12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014r., jak również z jej art.1 ust.4 zdanie 2, w którym to przepisie prawodawca europejski stanowi, iż dyrektywa ta wprowadza zasadę poszanowania swobody dokonywania przez organy publiczne, w tym gminy, wyboru czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne.

Fakt, zresztą, iż art.12 ww. dyrektywy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej i powinien być implementowany do porządku prawnego krajowego potwierdził Pan Dariusz Piasta - Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych na posiedzeniu Podkomisji stałej ds. monitorowania gospodarki odpadami, które odbyło się 8 października 2014r., na którym obecna była również Pani Senator Jadwiga Rotnicka – Przewodnicząca Senackiej Komisji Środowiska.

Należy sobie bowiem zadać pytanie, czy odrzucając ww. poprawkę Sejm RP zapomniał o fundamentalnej zasadzie lojalnej współpracy Unii Europejskiej i Państw Członkowskich wyrażonej w art.4 ust.3 Traktatu o Unii Europejskiej, zgodnie z którą Unia i Państwa te wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów?

Wymaga więc podkreślenia, iż przepis ten nakłada na państwa członkowskie szeroko pojęty obowiązek współpracy w osiąganiu celów Unii poprzez zapewnienie pełnej skuteczności prawu unijnemu. Cytując zaś ww. ekspertyzę prawną – „W piśmiennictwie zaś z zakresu prawa europejskiego zauważono, iż „Normy dyrektywy podlegają zawsze wprowadzeniu do prawa krajowego" (S. Biernat, J. Barcz, Prawo Unii Europejskiej, wyd.3, Warszawa 2006, s. 1-201). Zauważa się także, iż „Osiągnięcie wyznaczonego rezultatu nakłada dwa rodzaje obowiązków – pozytywny i negatywny. Podczas, gdy obowiązek pozytywny nakazuje podjęcie wszystkich kroków w celu realizacji założonego rezultatu, obowiązek negatywny dopełnia go nakazem powstrzymania się od podejmowania środków, które mogłyby temu poważnie zagrozić (C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, pkt 45). Obowiązek negatywny sprowadza się do nieudaremniania celów dyrektywy, a więc do niepodejmowania działań, które byłyby sprzeczne z wyznaczonym do osiągnięcia rezultatem. Można to porównać ze znanym z prawa publicznego międzynarodowego obowiązkiem nieudaremniania przedmiotu i celu traktatu przed jego wejściem w życie (art.18 konwencji o prawie traktatów). Odzwierciedleniem tego obowiązku w prawie unijnym jest zasada lojalnej współpracy – d. art.10 TWE, ob. Art.4 ust.3 TUE (M. Domańska, Artykuł 10 jako podstawa normatywna obowiązków implementacyjnych sądów państw członkowskich (w:) C. Mik, Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej, Toruń 2009, s.87).

Stąd, obecnie przyjmowane jest, iż naruszenie legislacyjne polegające na utrzymywaniu krajowych przepisów niezgodnych z prawem Unii Europejskiej, braku odpowiedniej zmiany przepisów krajowych lub braku implementacji przepisów unijnych, stanowi uchybienie przez państwo członkowskie jednemu ze zobowiązań ciążącemu na nim na mocy Traktatów, które daje podstawę do podjęcia działań przez właściwe instytucje Unii, m. in. Komisję zmierzających do pełnego wywiązania się przez to państwo z obowiązków, które przyjęło ono na siebie przystępując do Unii Europejskiej.

Zatem, w mojej opinii dalsze utrzymywanie w ustawie o utrzymywaniu czystości i porządku w gminach ww. przepisów nakładających na organy wykonawcze gmin obowiązek przeprowadzania przetargów na odbiór i zagospodarowanie śmieci jak i obowiązek przystępowania do tych przetargów przez spółki komunalne, będzie musiało skutkować interwencją instytucji Unii Europejskiej, co może skutkować nałożeniem na nasz kraj niepotrzebnych i dotkliwych kar pieniężnych.

W załączeniu przesyłam opinię Pana Bartosza Rakoczego – prof. dr hab. z zakresu prawa ochrony środowiska, Kierownika Katedry Prawa Ochrony Środowiska UMK w Toruniu, z prośbą o zapoznanie się z tą opinią przez Wysoki Senat.

Z poważaniem

Ryszard Brejza

Prezydent Miasta Inowrocławia

**Bartosz Rakoczy**

**Profesor doktor habilitowany z zakresu prawa ochrony środowiska**

**Profesor UKW**

**Kierownik Katedry Prawa Ochrony Środowiska**
**UMK w Toruniu**

**Radca Prawny**

# OPINIA PRAWNA

Pan Prezydent Miasta Inowrocławia poprosił o sporządzenie opinii prawnej dotyczącej zgodności przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dotyczących obowiązku organizowania przetargów przez gminy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, a także oceny dopuszczalności wykonywania tych czynności przez samorządowe zakłady budżetowe z pominięciem postępowania przetargowego.

## Analiza dyrektywy 2014/24 w kontekście wyłączeń od stosowania trybu zamówień publicznych.

W dniu 26 lutego 2014 r. przyjęto wyżej wskazaną dyrektywę 2014/24. Dyrektywa ta weszła w życie w dniu 18 kwietnia 2014 r., a państwa członkowskie są zobowiązane do jej implementowania do 18 kwietnia 2016 r.

Dyrektywa 2014/24 uchyliła wcześniejszą dyrektywę regulującą kwestie stosowania zamówień publicznych – dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. **w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.**

**Zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zawartego w dniu 25 marca 1957 r. w Rzymie** „W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie.

Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

Decyzja wiąże w całości. Decyzja, która wskazuje adresatów, wiąże tylko tych adresatów.

Zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej".

Z kolei art. 291 tegoż Traktatu stanowi, iż: „1. Państwa Członkowskie przyjmują wszelkie

środki prawa krajowego niezbędne do wprowadzenia w życie prawnie wiążących aktów Unii.

2. Jeżeli konieczne są jednolite warunki wykonywania prawnie wiążących aktów Unii, akty te powierzają uprawnienia wykonawcze Komisji lub, w należycie uzasadnionych przypadkach oraz w przypadkach określonych w artykułach 24 i 26 Traktatu o Unii Europejskiej, Radzie.

3. Do celów ustępu 2 Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają z wyprzedzeniem przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez Państwa Członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisję.

4. W nagłówku aktów wykonawczych dodaje się przymiotnik "wykonawcze" albo "wykonawcza".

Analizowany akt prawa europejskiego jest dyrektywą. Z zacytowanych wyżej przepisów Traktatu wynika, że dyrektywa wiąże państwo członkowskie tylko co do celu, ale już nie sposobu jego osiągnięcia, a po drugie obowiązkiem państwa członkowskiego jest przyjęcie wszelkich środków prawnych, które osiągnięcie tego celu zapewnią.

W tym też kontekście znaczenie podstawowe ma zidentyfikowanie, jakie cele chce prawodawca europejski osiągnąć za pomocą dyrektywy 2014/24. W dalszej kolejności rozważyć należy, jakie środki konieczne są do wprowadzenia w życie tejże dyrektywy. Słusznie też wskazano w piśmiennictwie z zakresu prawa europejskiego, iż dyrektywą jest taki akt prawny, który spełnia trzy kryteria – jest adresowany do państw członkowskich, jest wiążący w zakresie wskazanych w nim celów, pozostawia adresatom (państwom) swobodę co do form i metod w zakresie realizacji tych celów[1].

W konsekwencji dla prawidłowej implementacji prawa europejskiego podstawową kwestią jest odkodowanie z normy prawnej celu dyrektywy. Praktyka stanowienia prawa europejskiego ułatwia owo zadanie, gdyż bardzo często już sama dyrektywa określa wprost, jakie cele mają być przez państwa członkowskie osiągnięte. Dla ustalenia tychże celów znaczenie ma zarówno preambuła do dyrektywy, jak i przepisy bezpośrednio określające cel dyrektywy.

Jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie „znaczenie preambuł polega na pomocy w interpretacji aktu prawnego, ale wydaje się jednak, że ich faktyczny wpływ na prawo wspólnotowe jest znacznie dalej idący"[2]. Preambuła jest uznawana za część aktu prawnego, choć jednocześnie

---

1 □ A. Kalisz, Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego, Warszawa 2007, s. 75.

2 □ M. E. Stefaniuk, Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz w procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989 – 2007, Lublin 2009, s. 118.

zauważa się, że nie może ona prowadzić do uchylania zawartych w niej postanowień[3]. Preambuła odgrywa zatem rolę przy wykładni prawa europejskiego, choć jest to istotny i znaczący jej element.

Przechodząc do dyrektywy 2014/24 należy wskazać na art. 1, który określa przedmiot jej regulacji i zakres zastosowania. Stanowi on, iż: „1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie - w drodze zamówienia publicznego - robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych.

3. Niniejszą dyrektywę stosuje się z zastrzeżeniem art. 346 TFUE.

4. Niniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania - zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej - a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkom usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one - oraz w jaki sposób i w jakim stopniu - samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26.

5. Niniejsza dyrektywa nie ma wpływu na sposób, w jaki państwa członkowskie organizują swoje systemy zabezpieczenia społecznego.

6. Porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy, uznaje się za kwestie, które podlegają wewnętrznemu uregulowaniu w danym państwie członkowskim i na którą w związku z tym niniejsza dyrektywa nie ma żadnego wpływu".

Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż prawodawca europejski nie traktuje zamówienia publicznego, jako wartości bezwzględnej i nie dopuszczającej żadnych wyjątków. Istotne z omawianego punktu widzenia wyjątki określono w pkt 32 preambuły, który wskazuje, iż „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,

---

3 J. Maliszewska – Nienartowicz, Porządek prawny Unii Europejskiej (z uwzględnieniem Traktatu Konstytucyjnego), Toruń 2005, s. 178.

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". Normatywną postać ów element przyjmuje w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/ 24. Wynika z niego, iż: „1. Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz
c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą".

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności i przytoczone przepisy, oraz punkt 32 preambuły można wyprowadzić wnioski, jak niżej.

Podstawowymi zasadami, ochronie których ma służyć dyrektywa, jest zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zamówienia publiczne, choć są instrumentem ze wszech miar niedoskonałym służą jednak urzeczywistnianiu tychże wartości prawa europejskiego. Odstępstwo od tego trybu należy taktować zawsze jako wyjątek.

Wyraz takiemu podejściu do problemu zamówień publicznych prawodawca europejski daje już w art. 1 dyrektywy 2014/24. Istotne znaczenie ma jednak ust. 4. Ustęp ten składa się z dwóch odrębnych zdań. Okoliczność ta ma znaczenie, gdyż każde z tych zdań nie tylko wyraża inną myśl, ale wyraża także inny cel. Co istotne, każde z tych zdań jest kierowane do innego adresata. A. Malinowski zauważa, iż: „Zgodnie z wyznaczoną sekwencją, na początku części normatywnej, zazwyczaj **jako pierwszy, zamieszczany jest artykuł określający przedmiot i zakres**

**zastosowania aktu**. <<Przedmiotem>> jest materia, której dany akt dotyczy. <<Przedmiot>> określa zbiór zachowań adresatów, które są regulowane przez akt prawotwórczy"[4].

W zdaniu pierwszym prawodawca europejski deklaruje, że dyrektywa 2014/ 24 nie uchybia swobodnemu określaniu przez państwo członkowskie, jakie usługi będą świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, w jaki sposób będą organizowane i finansowane - zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej - a także, jakim szczegółowym obowiązkom usługi te powinny podlegać. Państwa członkowskie decydują więc samodzielnie o tym, które z usług będą usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. W systemie prawa polskiego pojęciu temu odpowiada zasadniczo pojęcie zadania z zakresu użyteczności publicznej świadczone w ramach usług powszechnie dostępnych.

Zwrócić jednak należy uwagę, że zdanie drugie wyraża inną, uzupełniającą myśl, a przede wszystkim inaczej określono adresata tej idei. Prawodawca europejski deklaruje w ust. 4 zdanie drugie, iż dyrektywa 2014/ 24 nie uchybia swobodzie wyboru przez adresata normy prawnej tego, czy chce on realizować samodzielnie funkcje publiczne. Swobodnej decyzji adresata tejże normy pozostawiono także kwestie sposobu i zakresu wykonywania zadań publicznych.

Zwrócić jednak należy uwagę, że w przeciwieństwie do zdania pierwszego, adresatem zdania drugiego nie jest jedynie państwo członkowskie, a organy publiczne. Odkodowanie adresata zdania pierwszego jest proste, gdyż chodzi tu o państwo członkowskie. Koresponduje to też z ogólną koncepcją dyrektywy, która jest kierowana właśnie do państw członkowskich.

W pełni uzasadnione i racjonalne jest kierowanie do państwa członkowskiego przez prawodawcę europejskiego deklaracji, iż może ono swobodnie określić zakres usług użyteczności publicznej. Natomiast prawodawca europejski inaczej określa adresata drugiego zdania, gdyż wskazuje nie na państwo członkowskie, tylko na organy publiczne. Rozróżnienie to jest w pełni uzasadnione. Zachowano w ten sposób dwie swobody – swobodę określenia usług użyteczności publicznej i swobodę zdecydowania o tym, czy organ chce wykonywać samodzielnie funkcje publiczne. O wyborze usług użyteczności publicznej decyduje więc państwo, ale o wyborze sposobu wykonywania funkcji publicznej decyduje, już według prawodawcy europejskiego, nie państwo członkowskie, ale organ publiczny. To rozróżnienie podmiotowe pociąga za sobą określone skutki. Inaczej należy podejść do zdania pierwszego, a inaczej do zdania drugiego. Zdanie pierwsze nie pociąga za sobą innych skutków, jak tylko gwarancję swobodnego określenia usług użyteczności publicznej. Jednak zdanie drugie ustępu 4 pociąga za sobą obowiązek stworzenia

---

4 [4] A. Malinowski, Teksty prawne Unii Europejskiej. Opracowanie treściowe i redakcyjne oraz zasady ich publikacji, Warszawa 2010, s. 96

organom publicznym przestrzeni, w której będą one mogły określić czy chcą - oraz w jaki sposób i w jakim stopniu - samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26. Zatem państwo członkowskie powinno w swoim porządku prawnym przyjąć takie rozwiązania, które pozwolą organom publicznym taką swobodę zachować. Tak więc prawodawca polski nie może związać gminy obowiązkiem zorganizowania przetargu.

Dla zastosowania art. 1 ust. 4 zdanie drugie dyrektywy 2014/24 znaczenie ma to, czy dane państwo członkowskie uznało dany rodzaj usługi za usługę użyteczności publicznej w rozumieniu zdania pierwszego. Jeśli państwo członkowskie skorzystało z uprawnienia do ustalenia zakresu takich usług, to w dalszej konsekwencji zobowiązane jest do zastosowania zdania drugiego. Zdanie drugie jest niczym więcej, jak konsekwencją zdania pierwszego, stąd też nawet kolejność tych zdań ma swoje normatywne znaczenie. Skoro państwo członkowskie zdecydowało się na wyodrębnienie usług użyteczności publicznej, to dyrektywa nie uchybia swobodzie organu publicznego wyboru, w jaki sposób i w jakim stopniu będzie wykonywał samodzielnie funkcje publiczne.

Przechodząc na płaszczyznę ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy zauważyć, że prawodawca polski wyraża myśl, iż gminy są zobowiązane do zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 6c ust. 1). Na wójta, burmistrza, prezydenta miasta ustawodawca nakłada obowiązek zorganizowania przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów (art. 6d ust. 1). Wreszcie spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 (art. 6e).

Z tych przepisów wyłania się koncepcja, iż zorganizowanie przetargu na odbiór, ewentualnie na odbiór i zagospodarowanie odpadów, ma charakter obligatoryjny. Ustawodawca wskazuje też, że gminy mogą zawrzeć umowę ze spółką, w której są one wspólnikami jedynie jeśli spółki te wygrały przetarg. Podążając dalej tym tokiem rozumowania prawodawcy polskiego należy przyjąć, że spółki takie, jeśli chcą uczestniczyć w odbieraniu odpadów i ich ewentualnym dalszym zagospodarowaniu, winny stanąć do przetargu i jeszcze złożyć najkorzystniejszą ofertę.

Takie rozwiązania wskazują, że ustawodawca polski uznał, iż odbiór odpadów komunalnych od właścicieli i ich dalsze zagospodarowanie są elementem usług użyteczności publicznej. Jednocześnie wskazano, iż podmiotem (organem publicznym w rozumieniu dyrektywy) jest gmina. Obowiązkiem prawodawcy polskiego jest zatem konsekwentnie zastosować art. 1 ust. 4 zdanie drugie dyrektywy. Obowiązek ten polega na tym, iż prawodawca powinien organowi publicznemu,

który wykonuje to zadanie, pozostawić swobodę w jaki sposób i w jakim stopniu chce realizować to zadanie[5].

Swoboda sposobu i stopnia realizacji przez organ publiczny zadania jest jednak wyjątkiem od zasad i wartości określonych w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Stąd też wyjątki, pozwalające na ową swobodę zachowań, winny mieć swoje normatywne podłoże. Taką też funkcję pełni art. 12 analizowanej dyrektywy.

Rozpoczęcie analizy tego przepisu wymaga uprzedniego wskazania na pkt 32 preambuły, który był już wyżej cytowany. Istotnym elementem tego punktu, który jak wyżej już wskazano ma służyć wykładni dyrektywy 2014/24 jest to, że formułuje on powinność państwa członkowskiego, a nie jedynie możliwość. Prawodawca europejski posłużył się bowiem sformułowaniem, iż procedury przewidziane w dyrektywie 2014/24 nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych, które są udzielane kontrolowanym osobom prawnym. Nie użył natomiast sformułowania państwo członkowskie, co może w prawie krajowym wyłączyć stosowanie procedur przetargowych przy udzielaniu zamówienia publicznego kontrolowanej osobie prawnej. W tym też kontekście powstaje kluczowe dla analizowanej kwestii pytanie, a mianowicie, czy państwo członkowskie ma jedynie możliwość implementowania art. 12 dyrektywy 2014/24, czy też ma taki obowiązek?

Sam art. 12 dyrektywy 2014/24 nie zawiera stosownych mechanizmów, z których wynikałaby bądź to możliwość implementacji, bądź obowiązek.

W piśmiennictwie z zakresu prawa europejskiego zauważono, iż „Normy dyrektywy podlegają zawsze wprowadzeniu do prawa krajowego"[6]. Zauważa się także, iż „Osiągnięcie wyznaczonego rezultatu nakłada dwa rodzaje obowiązków - pozytywny i negatywny. Podczas gdy obowiązek pozytywny nakazuje podjęcie wszystkich kroków w celu realizacji założonego rezultatu, obowiązek negatywny dopełnia go nakazem powstrzymania się od podejmowania środków, które mogłyby temu poważnie zagrozić (C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, pkt 45).

Obowiązek negatywny sprowadza się do nieudaremniania celów dyrektywy, a więc do niepodejmowania działań, które byłyby sprzeczne z wyznaczonym do osiągnięcia rezultatem. Można to porównać ze znanym z prawa publicznego międzynarodowego obowiązkiem

---

5 Pewnym elementem wprowadzającym ten mechanizm jest pozostawienie gminie swobody wyboru, czy organizuje przetarg tylko na odbiór odpadów, czy też na odbiór i zagospodarowanie. Jednak zbuy małe pole marginesu, gdyż nie dotyczy ono sposobu, a jedynie stopnia.

6 S. Biernat, [w:] J. Barcz (red.), Prawo Unii Europejskiej, wyd. 3, Warszawa 2006, s. I-201

nieudaremniania przedmiotu i celu traktatu przed jego wejściem w życie (art. 18 konwencji o prawie traktatów). Odzwierciedleniem tego obowiązku w prawie unijnym jest zasada lojalnej współpracy - d. art. 10 TWE, ob. art. 4 ust. 3 TUE (M. Domańska, *Artykuł 10 jako podstawa normatywna obowiązków implementacyjnych sądów państw członkowskich* (w:) C. Mik (red.), *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, Toruń 2009, s. 87).

Obowiązek pozytywny polega przede wszystkim na: „stanowieniu nowego prawa krajowego, dostosowaniu istniejącego oraz uchyleniu wszystkich przepisów krajowych sprzecznych z dyrektywą. Uchylanie prawa krajowego sprzecznego z normami dyrektywy rozpoczyna się od sprawdzenia, czy występuje kolizja norm krajowych i unijnych. Dokonując takiego ustalenia, szczególny nacisk winno się kłaść na skutki prawne zastosowania obu norm. Rzeczywista kolizja norm występuje, jeżeli obie normy mogą być stosowane w tym samym stanie faktycznym, a ich równoczesne zastosowanie spowoduje osiągnięcie różnych rezultatów"[7].

Z art. 1 ust. 4 zdanie drugie wynika, że dyrektywa nie uchybia swobodzie wyboru przez organ publiczny sposobu i stopnia samodzielnego wykonywania funkcji publicznych. Zatem cel dyrektywy 2014/24 nie może być formułowany jako dopuszczający zobowiązanie instytucji zamawiającej do stosowania zamówienia publicznego w trybie przetargowym nawet w stosunku do kontrolowanej przez tą instytucję osoby prawnej. Celem dyrektywy ma być również pozostawienie swobody wyboru sposobu i stopnia samodzielnego wykonywania funkcji publicznych. Skoro prawodawca europejski deklaruje, że dyrektywa nie uchybia owej swobodzie, to jej cel nie może być rozumiany jako obowiązek obligatoryjnego stosowania zamówienia publicznego w trybie procedury przetargowej, nawet wobec kontrolowanej przez siebie osoby prawnej. W konsekwencji instrumenty prawa krajowego, które taką swobodę, a przynajmniej możliwość korzystania z różnych rozwiązań wykluczają, pozostają w opozycji do przepisów dyrektywy 2014/24.

W tym też kontekście przywoływane wyżej przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie tylko nie mogą być ocenione jako zgodne z dyrektywą 2014/24, ale nie mogą być również ocenione jako niesprzeczne z nią. Przepisy te powinny być ocenione jako całkowicie sprzeczne z celem dyrektywy 2014/24, który sprowadza się do tego, iż dyrektywa ta nie może uchybiać swobodzie wyboru sposobu i stopnia samodzielnego wykonywania funkcji publicznych. Prawodawca polski nie pozostawia bowiem gminie żadnego wyboru skazując ją na obowiązek każdoczesnego zorganizowania przetargu. Stwierdzenie to dotyczy jednak tylko art. 6d i 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdyż te przepisy bezpośrednio wprowadzają

---

7 B. Kucz, [w:] A. Wróbel, Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Warszawa 2012, s. 667 - 668

obowiązek zorganizowania przetargu i ograniczają swobodę powierzenia wykonywania zadania własnej spółce gminy.

Art. 12 dyrektywy 2014/24 wprowadza wyjątki od zasady udzielania zamówienia publicznego w trybie przetargowym, wskazując w jakich okolicznościach instytucja zamawiająca może odstąpić od trybu przetargowego, udzielając zamówienia publicznego in house.

Pojęcie zamówienie publiczne in house nie ma charakteru normatywnego, ale jest dorobkiem orzecznictwa i doktryny. Oznacza wyjątkową sytuację, w której instytucja zamawiająca, choć jest zobowiązana do stosowania trybu przetargowego, może od tego trybu odstąpić, udzielając zamówienia podmiotowi przez siebie kontrolowanemu.

Konstrukcja zamówienia in house została wypracowana przede wszystkim w orzecznictwie. Efektem orzeczniczej działalności Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, było wypracowanie warunków, pozwalających na udzielenie zamówienia publicznego in house.

Kluczowym orzeczeniem w praktyce obecnie TSUE było orzeczenie wydane w sprawie C-107/98 „Teckal". Wprawdzie problem badany przez Trybunał dotyczył nieco innego zakresu aktywności niemieckiej jednostki samorządu terytorialnego, gdyż dotyczył świadczenia usług grzewczych, niemniej problem prawny jest analogiczny do tego, który jest przedmiotem tej opinii. W orzeczeniu tym sformułowano dwie istotne okoliczności, których łączne zaistnienie zwalniało niemiecką jednostkę samorządu terytorialnego z obowiązku udzielania zamówienia w trybie przetargowym. Tym samym w orzecznictwie dopuszczono udzielenie zamówienia publicznego in house. Trybunał uzależnił tą możliwość od tego, czy organ publiczny udzielający zamówienia sprawuje nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własną jednostką organizacyjną (własnymi służbami), a także czy podmiot ten wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek[8].

W orzeczeniu, które zapadło w sprawie C-295/05 „Tragsa" w zasadzie powtórzono bardzo istotne z analizowanego punktu widzenia okoliczności, a mianowicie dopuszczalne jest odstąpienie od trybu przetargowego, jeśli instytucja zamawiająca kontroluje podmiot, któremu udzielono zamówienia w stopniu podobnym do tego, w jaki kontroluje swoje własne jednostki organizacyjne, a także podmiot taki musi wykonywać jako zasadniczą część swojej działalności zadania instytucji zamawiającej.

W nieco wcześniej przywoływanym już orzeczeniu, wydanym w sprawie C-107/98 „Teckal", zauważono również, iż pomiędzy instytucją zamawiającą, a podmiotem, któremu udzielono

---

8 Opinia rzecznika generalnego V.Trstenjak z 4 kwietnia 2008 r. w sprawie Coditel Brabant SA p. Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale, C-324/07, pkt 51

zamówienia w zasadzie nie powinna istnieć umowa, lecz udzielenie zamówienia powinno nastąpić czynnością wewnętrzną.

Wskazane wyżej okoliczności mają istotne znaczenie z punktu widzenia analizowanego zagadnienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę po raz kolejny na preambułę do dyrektywy 2014/24, z której wynika, że jednym z kluczowych motywów przyjęcia dyrektywy 2014/24 jest uwzględnienie niektórych utrwalonych kierunków linii orzeczniczej TSUE (pkt 2 preambuły). Oznacza to, że legislator europejski dostrzegł i docenił dorobek orzeczniczy Trybunału. Uznał jednak, że zaistniały poważne okoliczności, które wymagają przyjęcia nowej dyrektywy. Zatem w ocenie legislatora europejskiego dotychczasowa dyrektywa, wsparta orzecznictwem Trybunału nie są już wystarczające i konieczna jest zmiana porządku prawnego. Ta okoliczność nie może uchodzić uwagdze także i polskiego legislatora. Znaczenie ma nie tylko samo przyjęcie nowego aktu prawa europejskiego, ale także okoliczności i motywy przyjęcia tego aktu.

Kwestia ta jest istotna z tego powodu, że poprzednio obowiązująca dyrektywa nie przewidywała takich mechanizmów, jakie są uregulowane w art. 12 dyrektywy 2014/24. Nastąpiło więc pewnego rodzaju przewartościowanie i aksjologiczna zmiana filozofii i koncepcji zamówień publicznych. Doceniono i dowartościowano znaczenie zamówień in house. Nadano im odpowiednie, tym razem normatywne, ramy. Zatem *de lege lata* nie trzeba już powoływać się na dorobek orzeczniczy Trybunału, gdyż zamówienia in house mają umocowanie normatywne.

Słusznie też zauważył P. Brzeziński, iż „Pomimo braku w dyrektywie 93/36/EWG wyraźnego przepisu przewidującego przesłanki udzielania zamówień podmiotom wewnętrznym, TS UE dokonał w sprawie *Teckal* wykładni art. 1 lit. a tej dyrektywy. Stwierdził, że zakresem dyrektywy w sprawie udzielenia zamówień publicznych nie są objęte umowy zawarte przez instytucję zamawiającą, gdy z jednej strony instytucja zamawiająca sprawuje nad swym kontrahentem, będącym odrębną osobą prawną, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, a z drugiej – gdy ta osoba prawna wykonuje działalność w przeważającym zakresie na rzecz tej instytucji zamawiającej”[9].

Dowartościowanie wyłączeń nie może ujść uwadze prawodawcy krajowego i winno znaleźć swój normatywny wyraz w prawie krajowym.

Wyłączenia te są wprawdzie rezultatem orzecznictwa trybunału, niemniej jednak po wejściu dyrektywy w życie nabrały innego charakteru.

---

9

[9] P. Brzeziński, Problematyka udzielania przez gminy zamówień publicznych podmiotom wewnętrznym na odbiór odpadów komunalnych, PiP z 2014, z. 4, s. 42.

Dorobek orzeczniczy Trybunału zaowocował skonstruowaniem przesłanek określonych w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Zwrócić należy uwagę, że w pkt 1 preambuły wprawdzie prawodawca europejski deklarował, że jednym z powodów przyjęcia nowej dyrektywy jest konieczność uwzględnienia orzecznictwa Trybunału, niemniej jednak nie oznacza to uwzględnienia w samej dyrektywie wszystkich przesłanek wypracowanych w orzecznictwie. W istocie legislator europejski skodyfikował przesłanki występujące w orzecznictwie, ale skodyfikował je w taki sposób, że wybrał tylko te, które wprost umieścił w art. 12 ust. 1. W konsekwencji dopuszczalność wyłączenia trybu przetargowego w ramach zamówień publicznych istnieje wtedy, gdy osiągnięte zostaną przesłanki wymienione w tym przepisie. Nie jest więc dopuszczalne kreowanie innych i dodatkowych przesłanek niż tylko te, które z art. 12 ust. 1 wynikają.

Pierwszą przesłanką jest sprawowanie kontroli przez instytucję zamawiającą nad określonym podmiotem .

W art. 12 ust. 1 legislator europejski wskazał na okoliczności, kiedy kontrola wykonywana przez instytucję zamawiającą będzie odpowiadała rozwiązaniu przyjętemu w dyrektywie. Warunek sprawowania kontroli wchodzi w grę wtedy, gdy wywiera decydujący wpływ na jednostkę kontrolowaną oraz jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej.

Dyrektywa wymaga zatem łącznego spełnienia dwóch warunków, z których pierwszy warunek dotyczy wpływu na istotne decyzje, drugi warunek dotyczy tego, czy instytucja zamawiająca może wpłynąć na strategiczne cele, a jeśli tak, to w jaki sposób.

Przechodząc do bliższej analizy tych okoliczności należy przede wszystkim zwrócić uwagę na tryb tworzenia w systemie prawa polskiego spółek kapitałowych. Spółki kapitałowe tworzone są także poprzez złożenie jednostronnego oświadczenia woli odpowiednio przez wspólnika lub akcjonariusza. Ponadto, zarówno spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i spółka akcyjna mogą być tworzone w każdym celu prawnie dopuszczalnym. Spółki mogą być spółkami jednoosobowymi. Wynika to z art. 151 § 1 i 2 ksh i z art. 301 § 1 ksh. Przepisy te odpowiednio stanowią, iż:

**Art. 151.** § 1. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być utworzona przez jedną albo więcej osób w każdym celu prawnie dopuszczalnym, chyba że ustawa stanowi inaczej.

§ 2. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie może być zawiązana wyłącznie przez inną jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

**Art. 301.** § 1. Zawiązać spółkę akcyjną może jedna albo więcej osób. Spółka akcyjna nie może być zawiązana wyłącznie przez jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością."

Zatem w przypadku, gdy gmina tworzy taką spółkę w drodze jednostronnego oświadczenia woli, nie jest związana okolicznością, iż spółka ta musi wykonywać działalność gospodarczą. Taka konstrukcja spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością umożliwia gminie tworzenie tychże spółek również dla innych celów niż prowadzenie działalności gospodarczej. Cała zresztą ustawa z dnia 20 grudnia 1996r. ( Dz.U. z 2011r. nr 45 poz. 236) o gospodarce komunalnej wyraźnie wskazuje, że gmina dla wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej może tworzyć spółki kapitałowe. Składanie jednostronnego oświadczenia woli kreującego spółkę kapitałową, która nie musi być powoływana dla prowadzenia działalności gospodarczej, powoduje, iż wzmacnia się realny wpływ gminy na strategiczne cele tej spółki. Oczywiście rodzi się pytanie, co oznacza pojęcie strategiczne cele spółki, gdyż prawodawca europejski nie wyjaśnia tego pojęcia. Również i prawodawca polski nie posługuje się pojęciem strategiczne cele spółki, co oznacza, że należy poszukiwać, w jaki sposób owe cele strategiczne w systemie prawa polskiego są *de lege lata* określane. Zauważyć należy, że dla określenia celu i przedmiotu działania spółki kluczowe, żeby nie powiedzieć rozstrzygające i jedyne znaczenie, ma określenie w jednostronnej czynności kreującej spółkę. W istocie podmiot powołujący spółkę handlową określa, czym ta spółka ma się zajmować.

Strategicznymi celami spółki utworzonej przez gminę są i być muszą te kwestie, które zostały określone w treści czynności prawnej kreującej powstanie spółki. Zauważyć należy, że wpływ na strategiczne cele podmiotu kontrolowanego nie oznacza permanentnie wpływania, a jedynie istnienie możliwości konstytutywnego kreowania tych celów. Jak sama nazwa wskazuje, strategiczne cele określa się inicjując powstanie danego podmiotu i z samej istoty cele takie nie mogą być przedmiotem częstych zmian, gdyż utracą swój strategiczny charakter. Chodzi więc o pewne stabilne kierunki działania podmiotu kontrolowanego. Takowe osiąga się określając przedmiot działalności spółki.

Nie bez znaczenia jest definicja gospodarki komunalnej oraz zadań o charakterze użyteczności publicznej zawarte odpowiednio w ustawie o gospodarce komunalnej oraz w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. ( Dz. U. Z 2013 r. nr 594 ) o samorządzie gminnym. Gospodarka komunalna zakłada bowiem, że z samej swojej definicji wykonywanie pewnych czynności o charakterze użyteczności publicznej. Rekonstrukcji obszaru stosunków społecznych, objętych pojęciem użyteczności publicznej można dokonać na podstawie art. 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. ( Dz. U. Z 2013 r. nr 885) o finansach publicznych, który to przepis określa, w jakich sytuacjach zadania jednostki samorządu terytorialnego może wykonywać samorządowy zakład budżetowy. Skoro gospodarkę komunalną można prowadzić odpowiednio w formie spółki lub w formie samorządowego zakładu budżetowego, to uznać należy, że te obszary stosunków społecznych, w

których może funkcjonować samorządowy zakład budżetowy, są jednocześnie obszarami gospodarki komunalnej.

Wśród tych obszarów stosunków społecznych wymieniona jest gospodarka odpadami. Niezależnie od tego i tak odbiór odpadów komunalnych jest zadaniem własnym gminy na podstawie art. 6 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zatem gmina tworząca w drodze jednostronnej czynności prawnej spółkę kapitałową ma istotny wpływ na jej cele strategiczne, gdyż może te cele określać właśnie przy tworzeniu spółki. Oczywiście strategiczne cele mogą być zmieniane, ale zmiana następuje również poprzez czynność gminy. Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że gmina w sposób bardzo istotny, żeby nie rzec monopolityczny, może wpływać na cele strategiczne spółki, co oznacza również spełnienie pierwszego z warunków uznania, że kontrola nad podmiotem kontrolowanym odpowiada wzorcowi art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

Drugą okolicznością, która ma znaczenie dla oceny charakteru prawnego kontroli jest wpływ na istotne decyzje podmiotu kontrolowanego. Już na wstępie dalszej analizy należy zaznaczyć, że nie chodzi tutaj jedynie o wpływ za pomocą instrumentów prawa prywatnego, choć i tej możliwości wykluczyć nie można, ale chodzi także o wpływ za pomocą innych instrumentów prawnych.

W systemie prawa polskiego przyjęto rozwiązanie polegające na tym, że prawodawca minimalistycznie określa zakres kompetencji zastrzeżony wspólnikowi lub akcjonariuszowi. Z art. 151 § 3 ksh wynika, co jest zastrzeżone wyłącznie dla zgromadzenia wspólników. Artykuł ten stanowi, iż: „ § 3. Wspólnicy są zobowiązani jedynie do świadczeń określonych w umowie spółki".

Natomiast art. 301 § 4 ksh określa, co jest zastrzeżone wyłącznie dla akcjonariuszy w spółce akcyjnej. Stanowi on, iż: „ Akcjonariusze są zobowiązani jedynie do świadczeń określonych w statucie".

Rozwiązanie to wymaga, aby określone w normach bezwzględnie obowiązujących w ksh czynności poprzedzone były podjęciem stosownej uchwały przez wspólników lub akcjonariuszy. W ten też sposób wspólnik lub akcjonariusz ma wpływ na istotne decyzje spółki, kontrolując obszary zastrzeżone do jego kompetencji przez ustawodawcę. Nie oznacza to jednak, że prawodawca nie pozwala katalogu zastrzeżonego kompetencji wspólnika lub akcjonariusza rozszerzyć. W ten sposób także i inne sprawy mogą być zastrzeżone do kompetencji wspólnika lub akcjonariusza w sytuacji, gdy nie są zastrzeżone do ich kompetencji bezpośrednio w ustawie.

Rozszerzając zakres swoich kompetencji jako wspólnika lub akcjonariusza gmina jednocześnie wpływa na istotne decyzje podmiotu zależnego. Nie bez znaczenia są również inne

instrumenty wpływu gminy na działalność podmiotu kontrolowanego. Akurat w przypadku gospodarowania odpadami komunalnymi w grę wchodzi regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach, jak również uchwała podejmowana na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, określająca sposób i zakres świadczenia usług[10]. Gmina może również wpływać na istotne decyzje spółki poprzez kształtowanie jego sytuacji prawnej. Sytuację prawną podmiotu kontrolowanego kształtuje się z kolei poprzez stanowienie aktów prawa miejscowego. W ten sposób gmina wpływa na istotne decyzje związane z działalnością podmiotu kontrolowanego.

Dalsze dwie przesłanki mają charakter bardziej matematyczny, gdyż sprowadzają się do analizy istnienia 80% progu wykonywania zadań własnych podmiotu zamawiającego, a także do matematycznej oceny udziału tzw. kapitału prywatnego w spółce. Jeżeli chodzi o pierwszą z tych okoliczności to przede wszystkim należy mieć na względzie okoliczność, iż to prawodawca krajowy określa w trybie art. 1 ust. 4 zdanie 1, które rodzaje usług są świadczone w interesie publicznym, a więc inaczej rzecz ujmując, które z usług spełniają kryterium zadań w zakresie gospodarki komunalnej. Wyżej już wskazywano, że rekonstrukcja takiego katalogu może nastąpić z uwzględnieniem art. 14 ustawy o finansach publicznych oraz art. 1 i 2 ustawy o gospodarce komunalnej, a także art. 7 i art. 15 ustawy o samorządzie gminnym.

Poza sporem pozostaje okoliczność, iż gospodarka odpadami komunalnymi jest zadaniem własnym gminy. Jednak dla zastosowania art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 znaczenie ma znacznie szerszy katalog niż tylko gospodarka odpadami. Przedmiot działalności spółki musi co najmniej w 80 % pokrywać się z zakresem zadań gminy, które zostały przez prawodawcę zakwalifikowane jako zadania z zakresu gospodarki komunalnej. Istotną jednak okolicznością jest to, że 20 % działalności spółki nie musi być wykonywaniem zadań z zakresu gospodarki komunalnej, ani nawet nie musi być powiązane z tymi zadaniami.

Trzecim, i ostatnim kryterium, jest kryterium udziału tzw. kapitału prywatnego. Ustawodawca europejski nie wyklucza, co do zasady, takiego udziału kapitału prywatnego, co zresztą koresponduje z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej, która wcale nie zakłada, że gmina ma być jedynym wspólnikiem w takiej spółce, a wręcz dopuszcza udział w takiej spółce innych podmiotów prawa. W systemie prawa polskiego istnieje zatem mechanizm umożliwiający połączenie kapitału publicznego z kapitałem prywatnym, nie tylko zresztą w ramach konstrukcji jurydycznej spółki kapitałowej. Możliwość taka istnieje także z wykorzystaniem spółek osobowych.

Podsumowując, ocenić należy, iż rozwiązania istniejące w prawie polskim, które zostały wyżej wskazane, pozwalają na przyjęcie, że istnieją podmioty opisane w dyspozycji art. 12

---

10 Por. B. Rakoczy Regulaminy zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków oraz utrzymania czystości i porządku w gminach, Warszawa 2008.

dyrektywy 2014/24. Gminy sprawują nad takimi spółkami kontrolę, gdyż mają realny i istotny wpływ na decyzje strategiczne, jak również na istotne decyzje. Efekt ten osiągany jest nie tylko za pomocą instrumentów prawa cywilnego i handlowego, ale również z wykorzystaniem instrumentów prawa administracyjnego, chociażby w postaci aktów prawa miejscowego. Kwestia udziału kapitału prywatnego i osiągnięcia 80% progu wykonywania zadań gminy podlega indywidualnym ocenom, niemniej jednak praktyka pokazuje, że większość spółek z udziałem gminy te kryteria spełnia.

Powyższa konkluzja pozwala również na sformułowanie dalszych wniosków, mianowicie w systemie prawa polskiego funkcjonują spółki odpowiadające modelowi przyjętemu w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, co powoduje, że pojawia się możliwość udzielania tym spółkom zamówień in house. Zamówienia takie, wobec art. 1 ust. 4 mogą być udzielane jeżeli zamówienie to obejmuje obszar zadań o charakterze użyteczności publicznej.

Bez wątpienia zadanie określone w art. 6c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest zadaniem z zakresu gospodarki komunalnej. Sam zresztą prawodawca, korzystając z możliwości, jakie daje art. 1 ust. 4 zdanie 1 dyrektywy 2014/24 wskazuje na to, że jest to zadanie własne gminy. Skoro jednak jest to zadanie własne gminy, które należy zaliczyć do zadań z zakresu gospodarki komunalnej, to prawodawca polski zobowiązany jest zagwarantować organowi publicznemu swobodę, o której mowa w art. 1 ust. 4 zdanie 2 tejże dyrektywy. Art. 6 d i 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach takiej swobody nie gwarantują, gdyż obligują organ publiczny do stosowania trybu przetargowego w każdej sytuacji, niezależnie od jakichkolwiek okoliczności.

W ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ogóle nie przewidziano jakichkolwiek wyłączeń dla spółek kapitałowych z udziałem gminy. Wykluczono więc tym samym możliwość stosowania zamówień in house.

W przyjętych w systemie prawa polskiego rozwiązaniach, wobec konfrontacji ich z dyrektywą 2014/24, widać wyraźnie niekonsekwencję ustawodawcy. Z jednej strony przyjmuje on konstrukcję zadania własnego, i to o charakterze użyteczności publicznej, z drugiej zaś strony przyjmuje on rozwiązanie polegające na tym, iż wykonaniu zadania własnego gmina obligatoryjnie musi udzielić zamówienia w trybie przetargowym.

Tymczasem zaprezentowana powyżej wykładnia dyrektywy wskazuje, że jeśli państwo członkowskie kwalifikuje dane zadanie jako zadanie wykonywane w interesie gospodarczym, to zobowiązane jest zapewnić organowi publicznemu swobodę wyboru sposobu i zakresu również w ten sposób, że umożliwi mu wybór zamówienia in house. Chcąc ograniczyć lub wyeliminować nadużywanie konstrukcji zamówienia in house prawodawca europejski wprowadził bezpiecznik polegający na określeniu, jakim podmiotom zamówienie in house może być udzielone. Oczywiście zastosowanie zamówienia in house należy postrzegać w kategorii wyjątku od zasady

konkurencyjności.

Kwestią wymagającą odrębnej analizy jest możliwość powierzania wykonywania zadania określonego w art. 6 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach samorządowym zakładom budżetowym. Art. 6c kreuje po stronie gminy obowiązek zorganizowania odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów. Powstaje jednak zasadnicze pytanie, czy gmina może ten obowiązek wykonać poprzez działania samorządowego zakładu budżetowego. Problem ten był już analizowany w piśmiennictwie i w pełni należy podzielić pogląd doktryny prawa ochrony środowiska, iż art. 6c kreujący obowiązek organizowania odbioru odpadów komunalnych (można mieć wątpliwości, czy to jest obowiązek, i na czym on polega.) obejmuje także samorządowy zakład budżetowy.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej pozwala gminie na wybór formy organizacyjno-prawnej prowadzenia gospodarki komunalnej. Gmina może decydować więc o tym, że gospodarkę komunalną będzie prowadził samorządowy zakład budżetowy. Nie ulega wątpliwości, że samorządowy zakład budżetowy ani nie może uczestniczyć w przetargu, ani nie jest zdolny do samodzielnego zawarcia umowy prawa cywilnego, a to ze względu na to, że nie jest on wyposażony ani w zdolność prawną, ani w zdolność do czynności prawnych.

W art. 12 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24 wyraźnie wskazano na problem jednostek organizacyjnych gminy. W tym przepisie legislator europejski wskazał, że kontrola sprawowana przez gminę nad osobą prawną musi być podobna do tej kontroli jaką ewentualnie gmina sprawowałaby nad własną jednostką organizacyjną. W ten sposób prawodawca europejski daje wyraźnie wyraz temu, że odróżnia jednostki organizacyjne od osób prawnych, i że dostrzega istnienie jednostek organizacyjnych.

Nie można zatem pomijać w systemie prawa krajowego znaczenia i roli jednostek organizacyjnych, twierdząc, że samorządowe zakłady budżetowe nie mogą wykonywać zadań własnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami i ich odbierania od właścicieli nieruchomości. Dla prawodawcy europejskiego kluczowe znaczenie ma zależność między instytucją zamawiającą, a podmiotem wykonującym dane usługi. *A maiori ad minus* skoro dopuszcza się w dyrektywie 2014/24 możliwość zastosowania zamówienia in house, to tym bardziej takie zamówienie może być zastosowane wobec własnych jednostek organizacyjnych. Wszak w tym wypadku stopień zależności i kontroli jest 100%.

Zatem art. 6 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie może być rozumiany w ten sposób, że wyłącza się całkowicie możliwość powierzania odbioru odpadów komunalnych samorządowemu zakładowi budżetowemu. Taka wykładnia pozostawałaby w sprzeczności z art. 12 ust. 1 powyższej dyrektywy.

# WNIOSKI KOŃCOWE

Art. 6 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie jest sprzeczny z dyrektywą 2014 /24, gdyż dyrektywa tej kwestii w ogóle nie dotyczy. Przepis ten należy odczytywać jednak w kontekście art. 1 ust. 4 pkt 1 dyrektywy 20014 /24 jako wykonanie przez państwo członkowskie swojego uprawnienia do określenia, który obszar usług jest wykonywany w interesie publicznym. Determinuje to prawodawcę polskiego i jednocześnie obliguje do wprowadzenia wyjątków od obligatoryjności trybu przetargowego i wprowadzenia zamówień in house. Art 6 d i 6 e pozostają w sprzeczności z art. 12 dyrektywy 2014/24, jak również z art. 1 ust. 4 zdanie 2.

Ten ostatni przepis dyrektywy wskazuje, że dyrektywa nie uchybia przepisom określającym swobodę organów publicznych określania sposobów i zakresu wykonywania zadań publicznych. Swobodę taką w zasadzie gwarantuje ustawa o gospodarce komunalnej. Jeżeli jednak prawodawca dany obszar usług zaliczył do sfery użyteczności publicznej, zobowiązany będzie do implementowania art 12.

Obecnie przyjąć należy, że w systemie prawa polskiego spełnione są kryteria z art. 12 ust. 1 dyrektywy, co uprawnia gminy do stosowania zamówień in house, a wskazane wyżej przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stawia w opozycji do norm dyrektywy.