

Jakie problemy czekają samorządy stosujące zamówienia in-house

1 stycznia 2017 r. weszły w życie przepisy dotyczące tzw. zamówień in-house. Zagadnienie to od dłuższego czasu budzi emocje i kontrowersje, związane z praktycznym stosowaniem regulacji, która dotyczy zlecania zadań podmiotom wewnętrznym bez konieczności stosowania zasad konkurencyjnego wyboru wykonawców.


CIEŚLAK & KORDASIEWICZ
kancelaria doradztwa gospodarczego



RAFAŁ CIEŚLAK

*dr, radca prawny,
Uniwersytet Warszawski,
rcieslak@uw.edu.pl*

Przez wiele lat koncepcja in-house była rozwijana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), a także w doktrynie prawniczej. Unijny prawodawca postanowił wreszcie skodyfikować tę instytucję, nadając jej ramy prawne w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa klasyczna). Dyrektywa była potrzebna, ponieważ:

- brakowało pewności prawa co do tego, w jakim stopniu współpraca pomiędzy instytucjami publicznymi powinna podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych,
- różna była interpretacja orzecznictwa TSUE przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające,
- istniała konieczność doprecyzowania, w jakich przypadkach umowy zawierane pomiędzy instytucjami zamawiającymi nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych,
- potrzebowano gwarancji, że **współpraca publiczno-publiczna** podlegająca wyłączeniu nie powoduje zakłócenia konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców.

Sam fakt, że obie strony umowy są instytucjami zamawiającymi, nie wyklucza bowiem zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. **Dyrektywa klasyczna przewidziała pięć rodzajów zamówień in-house** i – co istotne – w ogóle wyłączyła je z konieczności stosowania przepisów dyrektywy.

Dokonując transpozycji dyrektywy klasycznej polski ustawodawca nie przewidział jednak możliwości wyłączenia zamówień in-house z systemu zamówień publicznych. Zamówienia takie mogą

być natomiast udzielane w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki”, o ile zostaną spełnione przesłanki zastosowania określonego typu in-house, określone w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). W porównaniu do rozwiązań przewidzianych w dyrektywie klasycznej, polskie przepisy zaostrzyły również warunki zlecania takich zadań i wprowadziły dodatkowe uprawnienia organów nadzoru nad zamówieniami in-house.

Rodzaje zamówień in-house

W ślad za dyrektywą klasyczną również Pzp przewidziało pięć możliwości współpracy publiczno-publicznej:

- 1) **in-house klasyczny** – polegający na udzieleniu zamówienia osobie prawnej kontrolowanej przez zamawiającego. Będzie to najczęstszy przypadek umów in-house, zawieranych zwykle między jednostkami samorządu terytorialnego (JST) i spółkami stworzonymi przez JST. Warunkiem udzielenia takiego zamówienia jest sprawowanie przez zamawiającego nad tą osobą prawną kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, przez co rozumie się dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej (warunek ten może być również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w analogiczny sposób). Co istotne, ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć musi wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę (lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawia-

jący sprawuje kontrolę). Wreszcie, w kontrolowanej osobie prawnej nie może być bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

- 2) **in-house odwrócony** – polegający na udzieleniu zamówienia przez osobę prawną (będącą zamawiającym) zamawiającemu, który sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, pod warunkiem że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego – tego rodzaju umowy będą z pewnością rzadsze niż klasyczny in-house, choć nietrudno wyobrazić sobie zamawianie niektórych usług przez osoby prawne w jednostkach organizacyjnych zamawiającego;
- 3) **in-house pomiędzy osobami prawnymi kontrolowanymi przez tego samego zamawiającego** – pod warunkiem, że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Nie ulega wątpliwości, że spółki komunalne, ewentualnie spółki Skarbu Państwa lub inne państwowe albo samorządowe osoby prawne będą analizowały możliwości prowadzenia tego typu współpracy, zwłaszcza że każda z nich może mieć do zaoferowania usługi konieczne do funkcjonowania innej osoby prawnej (np. zaopatrzenie w ciepło), a nawet usługi poza sferą użyteczności publicznej;
- 4) **in-house wynikający ze wspólnej kontroli** – w przypadku, gdy zamawiający sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną wspólnie z innymi zamawiającymi, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
 - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.Ponadto, podobnie jak w przypadku in-house klasycznego, ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę (lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez

tych zamawiających), zaś w kontrolowanej osobie prawnej nie może być bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Najczęstszym przypadkiem tego rodzaju umów będzie udzielanie zamówień spółkom komunalnym przez zamawiających, będących ich udziałowcami lub akcjonariuszami;

- 5) **in-house horyzontalny** – ustanawiający lub wdrażający współpracę pomiędzy co najmniej dwoma zamawiającymi, w celu zapewnienia wykonania usług publicznych (z myślą o realizacji ich wspólnych celów). Wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, a zamawiający realizujący tę współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy. Jest to niewątpliwie najbardziej skomplikowany i enigmatyczny ze wszystkich rodzajów in-house, którego zastosowanie każdorazowo wymagało będzie pogłębionych analiz prawnych.

Warto dodać, że zgodnie z metodyką obliczania procentu działalności osoby prawnej związanej z wykonywaniem zadań powierzonych przez

Wyjątki od zakazu udziału kapitału prywatnego

Wyrażony przez ustawodawcę zakaz udziału kapitału prywatnego w osobach prawnych, którym mogą być zlecane zamówienia in-house, nie obejmuje osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym ani też udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

zamawiających należy uwzględniać średni przychód osiągnięty przez taką osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku gdy – ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności – dane dotyczące średniego przychodu za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności musi być ustalany za pomocą „wiarygodnych prognoz handlowych”, co oznacza konieczność sporządzenia realistycznych prognoz finansowych.

Można więc stwierdzić, że nasz ustawodawca w dużej części skopiował przepisy dyrektywy klasycznej, w niewielkim tylko zakresie przystosowując treść Pzp do polskiej rzeczywistości prawnej. Zabieg ten, choć pozornie wygodny,



z pewnością będzie źródłem licznych nieporozumień i niewłaściwych interpretacji przepisów. Uwagę zwraca także zwiększenie, w stosunku do wymaganego dyrektywą klasyczną, poziomu działalności kontrolowanej osoby prawnej, która dotyczyć musi wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego.

Nadzór nad in-house

Jako zamówienie w trybie z wolnej ręki, **in-house** podlegał będzie wszystkim rygorom związanym z zastosowaniem tego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Ponadto, stosownie do regulacji Pzp, przed udzieleniem zamówienia in-house zamawiający obowiązkowo zamieszcza na stronie podmiotowej **Biuletynu Informacji Publicznej** (a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej), informację o zamiarze zawarcia umowy, zawierającą m.in.:

- 1) określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia,
- 2) jego szacunkową wartość,
- 3) nazwę i adres wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia,
- 4) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki,
- 5) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy.

Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia in-house nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia tych informacji. Następnie, w terminie nie dłuższym niż 14 dni od zawarcia umowy, zamawiający zamieszcza w ten sam sposób analogiczne informacje, uwzględniające udzielone zamówienie in-house (lub informację o jego nieudzieleniu).

Co do zasady, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie trzech dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia in-house. Poza kontrolą zamówień in-house sprawowaną przez Prezesa UZP (oraz potencjalnych wykonawców zamówień publicznych i inne uprawnione podmioty, w tym w szczególności instytucje zarządzające programami operacyjnymi

w odniesieniu do zamówień finansowanych ze środków europejskich), **wprowadzono również dodatkowe, bardzo silne uprawnienia organów sprawujących nadzór nad zamawiającymi.** Zgodnie z art. 144b Pzp, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania in-house, organ nadzoru ma obowiązek „zakazania zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy” (nie dłużej jednak niż na 21 dni). W przypadku stwierdzenia, że nie zostały spełnione przesłanki umożliwiające udzielenie takiego zamówienia, organ nadzorczy zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta (co rodzi pytanie o możliwość stwierdzenia przez organ braku przesłanek do in-house również w terminie późniejszym), zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie. Jeżeli i to okaże się nieskuteczne, organ nadzoru występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części. **W przypadku jednostek samorządu terytorialnego wymienione uprawnienia nadzorcze przysługują wojewodom.**

Najważniejsza będzie praktyka

Nie ulega wątpliwości, że najważniejsze dla powodzenia nowej formuły zlecenia zadań będą miały konkretne przykłady stosowania poszczególnych rodzajów zamówień in-house w zakresie zadań, w ramach których te zamówienia mogą być realizowane (rzecz jasna, na czele z gospodarką odpadami). Praktyka zweryfikuje także kwestię koncesji in-house i wskaże problemy, z którymi zapewne spotkają się zamawiający rozważający tego typu współpracę. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że **pomimo pierwszego zachwytu podmiotów publicznych nad tak szerokim otwarciem możliwości zlecenia zadań w trybie zamówienia z wolnej ręki, w praktyce nie będzie to takie proste, jak się wydaje.** Odrębną kwestią pozostaje też pytanie o efektywność tego rodzaju współpracy. Pamiętajmy także, że in-house stanowi wyjątek od ogólnej reguły stosowania otwartych i konkurencyjnych zasad dostępu do zamówień publicznych, zaś współpraca publiczno-publiczna nie powinna zakłócać konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców.

Podstawa prawna

► art. 67 ust. 1 pkt 12–15, art. 144b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164; ost. zm. Dz.U. z 2016 r. poz. 1920)