

dr Rafał Cieślak

Radca prawny, adiunkt w Centrum Studiów Samorządu Terytorialnego i Rozwoju Lokalnego Uniwersytetu Warszawskiego, doradca zamawiającym i wykonawcom zamówień publicznych, specjalizuje się w szczególności w przedsięwzięciach partnerstwa publiczno-prywatnego i projektach współfinansowanych ze środków europejskich

DR RAFAŁ CIEŚLAK
KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

W PIERWSZYCH TYGODNIACH FUNKCJONOWANIA

Przepisy dotyczące *in-house* weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 r. Nie trzeba przypominać, że zawieraniem umów z wolnej ręki zainteresowane są głównie (choć niewyłącznie) gminy, które upatrują w nich możliwości bezprzetargowego zlecenia zamówień swoim spółkom.

W pierwszych tygodniach funkcjonowania nowych regulacji – na podstawie danych z Biuletynu Zamówień Publicznych – można stwierdzić, że *in-house* nie cieszy się dużą popularnością. Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy *in-house* publikowane były raptem kilkadziesiąt razy. Dotyczą przede wszystkim: odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych; prowadzenia punktów składowania odpadów komunalnych; bieżącego utrzymania porządku i czystości; utrzymania dróg gminnych; utrzymania

zieleni; zarządzania nieruchomościami; zarządzania zasobem mieszkaniowym; utrzymania cmentarzy, miejsc pamięci i pomników; zarządzania strefą płatnego parkowania. W niemal wszystkich przypadkach mamy do czynienia z tzw. klasycznym *in-house* obejmującym zlecenie przez gminę zadań spółce komunalnej, w której gmina posiada 100% udziałów. W jednym przypadku zamówienie z wolnej ręki udzielone zostało przez gminę kontrolującą spółkę wspólnie z innymi zamawiającymi (przypadek ten dotyczył zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości).

DR RAFAŁ CIEŚLAK

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz

ul. Piłicka 19
02-629 Warszawa
tel. 690 003 432, 517-373-461
tel. 22 499-51-80
fax. 22 349-97-53
e-mail: kdg@kdg.waw.pl

Usługi świadczone przez Kancelarię Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz obejmują cztery podstawowe obszary wsparcia naszych Klientów:

- doradztwo europejskie, związane z pozyskiwaniem środków z funduszy strukturalnych UE i Funduszu Spójności, a także innych źródeł dofinansowania projektów
- doradztwo w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego, obejmujące kompleksowe usługi prawno-finansowe związane z przygotowaniem projektów i prowadzeniem postępowań PPP
- doradztwo prawne w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i realizacji projektów inwestycyjnych
- szkolenia dedykowane podmiotom publicznym, przedsiębiorcom i organizacjom pozarządowym

Ponadto, w ramach szeroko rozumianego doradztwa gospodarczego, oferujemy usługi z zakresu pomocy publicznej, zamówień publicznych, finansowania inwestycji oraz doradztwa biznesowego.

In-house nie zaskakuje zatem ani skalą zjawiska, ani przedmiotem umów o zamówienia publiczne, które bez wyjątku mieszczą się w sferze usług użyteczności publicznej. Lako- niczne uzasadnienia zastosowanego trybu udzielenia zamówienia nie pozostawiają wątpliwości, że klasyczny *in-house* będzie dominującym (pod względem liczby zamówień) i dosyć bezpiecznym (pod względem prawnym) sposobem na zlecenie usług komunalnych tzw. podmiotom wewnętrznym.

Powierzenie czy zlecenie

Warto zasygnalizować problem, który poruszany był już w styczniowym numerze MZP, a który dotyczył rozróżnienia pomiędzy powierzeniem spółce wykonywania zadania publicznego a zleceniem jej określonych zamówień. O ile dyrektywa klasyczna (2014/24/UE) w art. 12 wyłączyła *in-house* z systemu zamówień publicznych, nasz ustawodawca – jak wiadomo – przewidział dla tego typu zamówień tryb z wolnej ręki. Różnica ta nie ma charakteru wyłączenie formalnego. W praktyce rodzi się pytanie o stosunek prawny, jaki może łączyć zamawiającego i jego jednostkę organizacyjną, jaką jest spółka.

W dyskusji nad tym zagadnieniem przywoływany jest często wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt: II GSK 105/05, w którym NSA wskazał: Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania (...). I dalej: *W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Zdaniem NSA – pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę.*

Przywoływany jest także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. akt: III SA/Wa 2445/05, w którym WSA wywiódł, iż w przypadku prowadzenia przez gminę gospodarki komunalnej w formie spółki prawa handlowego gmina decyduje o byciu prawnym i gospodarczym spółki. Natomiast w razie powierzenia zadania z zakresu gospodarki komunalnej w drodze umowy (z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych) ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilnoprawnej. Jak stwierdził WSA: *W pierwszym więc przypadku wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy.*

Jeszcze dalej sięga odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju z dnia 17 października 2016 r. na interpelację poselską nr 6264, w której wskazano: *Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu, np. gminy, oraz akt o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut). W takim przypadku gmina nie nabywa od spółki żadnych usług, dostaw czy też robót budowlanych, a więc nie następuje żadne przysporzenie na rzecz gminy. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w żadnym razie charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej, na mocy której każda ze stron ma uzyskać określone przysporzenie. Relacje te mają natomiast charakter stosunków właścicielskich. Jeżeli zatem jednostka samorządu terytorialnego zleca wykonywanie zadań w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej samorządowej spółce prawa handlowego, wówczas nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.*

Odpowiedź na interpelację zawiera także interesującą tezę, zgodnie z którą: *realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy zleconych w drodze umowy, należy odróżnić od zlecenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała ustawa Pzp, co nie wyklucza także zastosowania do tego typu zamówień instytucji *in-house* uregulowanej w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp, o ile zostaną spełnione przesłanki wymienione w tych przepisach.*

Autor odpowiedzi stwierdza także brak sprzeczności pomiędzy instytucją *in-house* a powierzaniem zadań w trybie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej.

Powyższe wyroki i interpretacje tylko pozornie rozwiązują problem realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez spółki tworzone na szczeblu samorządu terytorialnego. Trudno bowiem wyobrazić sobie realizację zamówienia publicznego („zwykłego” lub *in-house*) bez uprzedniego powierzenia realizacji określonych zadań spółce komunalnej.

Ważne!

Skoro od dnia 1 stycznia 2017 r. obowiązuje regulacja art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp, a regulacja ta nie zawiera wyłączeń w odniesieniu do gospodarki komunalnej samorządu terytorialnego, to czy na pewno „zlecenie w drodze umowy” takiego zadania nie będzie wymagało spełnienia przesłanek *in-house*?

Art. 67 ust. 1
pkt 12–15 Pzp

Sam fakt powierzenia określonego zadania na podstawie przepisów o gospodarce komunalnej nie przesądza przecież o możliwości jego faktycznego wykonywania, jeżeli gmina nie stworzy spółce odpowiednich warunków realizacji zadania, tj. nie zapewni możliwości świadczenia usług z nim związanych. Te zaś w każdym przypadku przyjmą formę zamówienia, które będzie albo zamówieniem publicznym, albo koncesją, co przesądza o jego odpłatnym charakterze.

Ważne!

Warto pamiętać o instytucji koncesji *in-house*, która również weszła w życie z dniem 1 stycznia br. na mocy przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920).

Wreszcie – w celu wykonywania powierzonych zadań – spółka komunalna musi dysponować odpowiednimi zasobami, w tym środkami finansowymi. Z niewielkimi wyjątkami spółki nie mogą jednak otrzymywać z budżetów jednostek samorządu terytorialnego żadnych dotacji. Trudno również zgodzić się z tezą o wyłączeniu z *in-house*, a zatem też z systemu zamówień publicznych w Polsce, wszelkich zadań z zakresu użyteczności publicznej, które nie są przecież zdefiniowane przepisami prawa (a w każdym razie – których definicja jest ogólna i nieostra); o możliwości zlecenia na zasadach *in-house* usług użyteczności publicznej mówi zresztą ustawa Pzp.

O ile zatem jednostka samorządu terytorialnego nie tylko powierza spółce komunalnej realizację określonego zadania, ale również zawiera z nią odpłatną umowę (umowy) w celu jego wykonania, trudno uznać, abyśmy mieli do czynienia z czymś innym niż zamówieniem publicznym (lub koncesją), które aktualnie może być zawierane jako *in-house*. Potwierdza to również orzecznictwo ETS/TSUE i wspomniana praktyka pierwszych tego typu zamówień, stosowana przez jednostki samorządu terytorialnego.

Ustawa o gospodarce komunalnej, moim zdaniem, nie powinna być traktowana jako alternatywa wobec przepisów Pzp, skoro krajowy ustawodawca – wbrew regulacji dyrektywy klasycznej – zdecydował o pozostawieniu tego typu zleceń w systemie zamówień publicznych. Nie ulega

W przypadku prowadzenia przez gminę gospodarki komunalnej w formie spółki prawa handlowego gmina decyduje o byciu prawnym i gospodarczym spółki.

wątpliwości, że problem ten powinien zostać rozwiązany na drodze legislacyjnej. Rzecz jasna, nie należy zapominać, że zagadnienie *in-house* dotyczy zdecydowanie szerszego kręgu podmiotów niż tylko sektor komunalny, obejmując swym zakresem także administrację centralną i inne jednostki sektora finansów publicznych oraz tworzone przez nie osoby prawne.

Ogólne zasady udzielania zamówień

In-house nie są traktowane inaczej niż pozostałe zamówienia udzielane w trybie z wolnej ręki. Jak każde zamówienie publiczne, również *in-house* wymaga przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, dla którego ogólne normy wyrażone są w art. 7–10 Pzp. Szczególną wagę zamawiający powinien przywiązać tu do zachowania zasad proporcjonalności, przejrzystości, adekwatności, bezstronności, pisemności i jawności postępowania.

Ważne!

Przy uwzględnieniu, że zamówienie z wolnej ręki stanowi niekonkurencyjny tryb zlecenia zadań tylko jednemu wykonawcy, podstawowe znaczenie będzie miała ocena spełniania przesłanek do zastosowania *in-house* określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp (które zostały omówione w numerze styczniowym MZP).

Do zamówienia *in-house* zastosowanie znajdują ogólne przepisy związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, takie jak m.in.:

- ✓ obowiązek powołania komisji przetargowej w przypadku wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zgodnie z art. 19 Pzp (w pozostałych przypadkach komisja przetargowa jest fakultatywna; w praktyce – w jednostkach sektora finansów publicznych działają zwykle stałe komisje przetargowe);
- ✓ obowiązek powołania zespołu nadzorującego realizację udzielonego zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli wartość tego zamówienia przekracza kwotę 1 000 000 euro;
- ✓ wyłączenie z czynności w postępowaniu osób, które nie dają rękami obiektywizmu;
- ✓ precyzyjne, wyczerpujące i jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 29–31 Pzp;
- ✓ obowiązek zamawiającego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na zasadach i z uwzględnieniem terminów wynikających z art. 33–35 Pzp;
- ✓ weryfikacja wykonawcy zakresie podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 7–10
Pzp

Art. 19 Pzp

Art. 20a Pzp

Art. 17 Pzp

Art. 29–31
Pzp

Art. 33–35
Pzp

Art. 22
i nast. Pzp

Z postępowania musi być sporządzony jawny protokół. Wszelkie dokumenty związane z udzieleniem zamówienia są również jawne, z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do koncesji

W *in-house* stosowane będą zasady określone w rozdziale 3 ustawy o koncesji. Szacowanie wartości umowy koncesji istotnie odbiega od sposobu szacowania wartości zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o umowie koncesji szacunkową wartością umowy koncesji jest całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy (bez podatku od towarów i usług), z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami, będących przedmiotem koncesji, powiększony o wartość dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom. Procedura koncesji *in-house* została ukształtowana podobnie do trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Art. 6 ust. 1
ustawy
o umowie
koncesji

Ważne!

W przypadku jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, a także innych jednostek sektora finansów publicznych należy pamiętać o wynikającym z art. 13a Pzp obowiązku sporządzenia i udostępnienia na stronie internetowej planu postępowań o udzielenie zamówień, który powinien zostać opracowany nie później niż 30 dni od dnia przyjęcia budżetu (lub planu finansowego).

Mimo że przesłanki zastosowania *in-house* określone w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp mają charakter wyłącznie formalny, przygotowanie postępowania o udzielenie takiego zamówienia powinno zostać poprzedzone również wszechstronną analizą finansowo-ekonomiczną oraz analizą prawną obejmującą zarówno ocenę spełnienia warunków udzielenia zamówienia *in-house*, jak też ryzyk prawnych i skutków nienależytego wykonania zobowiązań przez osobę prawną, której udzielane jest zamówienie.

Warto pamiętać przy tym o zawartej w ustawie o finansach publicznych ogólnej regule wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Przed podjęciem decyzji o zastosowaniu *in-house* warto rozważyć również przeprowadzenie rozeznania rynku potencjalnych wykonawców prywatnych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia

Czerwcowa (2016 r.) nowelizacja ustawy Pzp nie przesądziła ostatecznie terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Prowadzenie postępowania komplikują dodatkowe obowiązki zamawiającego związane z zamówieniem *in-house*.

Należy przyjąć, że stosownie do art. 68 ust. 1 Pzp postępowanie wszczynane jest poprzez zaproszenie wykonawcy do negocjacji. Wraz z zaproszeniem zamawiający musi przekazać m.in. opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie ma dostarczyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, istotne postanowienia umowy (ewentualnie ogólne warunki lub wzór umowy). Rzecz jasna, w przypadku *in-house* nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 68
ust. 1 Pzp

Art. 36–38
Pzp

W ograniczonym zakresie możliwe będzie wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawców – należy tu mieć na uwadze treść art. 36a ust. 2a Pzp wskazującego, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 Pzp, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót. W praktyce – z wyjątkiem *in-house* horyzontalnego – ogranicza to posługiwanie się przez spółki komunalne (i innych wykonawców zamówień *in-house*) na szerszą skalę podwykonawcami, w szczególności uniemożliwia zaangażowanie podwykonawców w realizację całego zamówienia *in-house*.

Ważne!

Prowadzone negocjacje warunków wykonania zamówienia *in-house* mogą dotyczyć wszelkich jego aspektów, w tym kwestii prawnych, podatkowych, organizacyjnych, finansowych, technicznych, technologicznych, marketingowych i innych.

Nie w każdym przypadku negocjacje muszą zakończyć się pomyślnie, choć w praktyce, w przypadku zamówień z wolnej ręki, a szczególnie zawieranych z tzw. podmiotami wewnętrznymi, fiasko postępowania jest mało prawdopodobne. Należy dodać, że w przypadku *in-house* z oczywistych względów nie istnieje możliwość dokonania podziału zamówienia na części w ramach prowadzonego postępowania z wolnej ręki.

Art. 67
ust. 11 Pzp

Ustawodawca nie określił precyzyjnie terminu na zamieszczenie informacji o zamiarze zawarcia umowy o zamówienie *in-house*. Ten obowiązek – jako nowość związaną z *in-house* – wprowadzono w art. 67 ust. 11 Pzp. Zgodnie z przepisem stosowna informacja musi zostać umieszczona przed udzieleniem zamówienia na stronie Biuletynu Informacji Publicznej (a w przypadku braku BIP – na stronie internetowej zamawiającego).

Ważne!

Za moment udzielenia zamówienia należy uznać datę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zamawiający może samodzielnie określić datę zamieszczenia w BIP stosownej informacji, byleby uczynił to przed zawarciem umowy *in-house*.

Moment ten, moim zdaniem, determinowany jest jednak negocjacjami w sprawie przyszłego zamówienia, co pośrednio wynika z zakresu informacji żądanej przez ustawodawcę.

Informacja o zamiarze zawarcia umowy zawiera co najmniej:

- ✓ nazwę i adres zamawiającego;
- ✓ określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia;
- ✓ szacunkową wartość zamówienia;
- ✓ nazwę i adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia;
- ✓ podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki;
- ✓ planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy;
- ✓ informację o terminie i odpowiednio zamieszczeniu lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Pzp (fakultatywne ogłoszenie *ex ante*), jeżeli zostało zamieszczone lub opublikowane, albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone lub opublikowane.

Ważne!

Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia *in-house* nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ww. informacji. Naruszenie tego terminu prowadzi do nieważności umowy.

W przypadku zamówień z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa progom lub przekracza progi unijne na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie trzech dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa UZP o jego wszczęciu,

podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Umożliwia to dokonanie przez Prezesa UZP weryfikacji prawidłowości procedury udzielenia zamówienia.

Ogłoszenie *ex ante*

Stosownie do art. 66 ust. 2 Pzp po wszczęciu postępowania zamawiający może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych (lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- ✓ nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- ✓ określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- ✓ uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- ✓ nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Ogłoszenie to, pomimo że jest fakultatywne, powinno stanowić dla zamawiających zasadę. Skorzystanie z możliwości szerokiego upublicznienia zamiaru zawarcia umowy jest dla zamawiającego korzystne przede wszystkim dlatego, że może uchronić go przed unieważnieniem zawartej umowy (zob. art. 146 ust. 2 pkt 1 Pzp – umowa nie podlega unieważnieniu, w przypadku gdy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie pięciu dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

Publiczne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy skutkowało będzie również skróceniem terminu na wniesienie przez wykonawców odwołania na czynność zamawiającego polegającą na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki (termin na wniesienie odwołania liczony będzie od momentu, w którym wykonawca – przy zachowaniu należytej staranności – mógł dowiedzieć się o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – art. 182 ust. 3 Pzp). W innych przypadkach termin na wniesienie odwołania liczony będzie od momentu publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (art. 182 ust. 4 Pzp). W ten sposób zamawiający uzyskuje możliwość weryfikacji przez rynek wykonawców zamówień publicznych spełniania przesłanek udzielenia zamówienia *in-house*, jeżeli istnieją co do tego wątpliwości. W konsekwencji – na bardzo wczesnym etapie jest w stanie ograniczyć ryzyko negatywnych skutków umowy *in-house* zawartej w sposób nieprawidłowy, w szczególności wobec braku spełnienia przesłanek *in-house*. Omawiane ogłoszenie powinno być zamieszczane przed zamieszczeniem informacji o zamiarze zawarcia umowy o zamówienie *in-house*, o której mowa w art. 67 ust. 11 Pzp.

Obowiązki zamawiającego związane z zawarciem umowy

Umowa z osobą prawną, w ramach zamówienia *in-house*, zostaje zawarta pod warunkiem złożenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa progom lub przekracza progi unijne – również dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, co wynika wprost z art. 68 ust. 2 Pzp. Ustawodawca przewiduje odpowiednie zastosowanie art. 25 Pzp dotyczącego oświadczeń i dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia: spełniania warunków udziału w postępowaniu; spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego; braku podstaw wykluczenia wykonawcy.

Art. 68 ust. 2
i art. 25 Pzp

Ważne!

Umowę zawiera się na czas oznaczony, z uwzględnieniem wyjątków określonych w art. 143 ust. 1 Pzp (w przypadku *in-house* mogą to być np. dostawy wody i odprowadzanie ścieków z wykorzystaniem sieci kanalizacyjnej).

Do zamówienia *in-house* stosuje się także obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a jeśli wartość zamówienia jest równa progom lub przekracza progi unijne – przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W praktyce (poza fakultatywnym ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*) będzie to najważniejsze źródło informacji o zamówieniach *in-house*, upubliczniane przez zamawiających. Trudno bowiem wymagać, aby wykonawcy śledzili nieustannie wszystkie strony internetowe zamawiających w celu ustalenia treści informacji o planowanych (o których była mowa wcześniej) lub udzielonych (o czym niżej) zamówieniach publicznych.

Specyfika zamówień *in-house* odzwierciedlona została również w nowym przepisie art. 67 ust. 13 Pzp. Zgodnie z jego dyspozycją niezwłocznie po zawarciu umowy, ale nie później niż w terminie 14 dni od jej zawarcia, zamawiający ma obowiązek zamieszczenia informacji o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia *in-house*. Informacja zamieszczana jest w BIP (w przypadku braku BIP – na stronie internetowej zamawiającego).

Art. 67
ust. 13 Pzp

Informacja o udzieleniu zamówienia *in-house* zawiera co najmniej:

- ✓ nazwę i adres zamawiającego;
- ✓ określenie przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia oraz wartości zamówienia;

- ✓ nazwę i adres wykonawcy, z którym została zawarta umowa;
- ✓ podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia;
- ✓ termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy;
- ✓ informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Pzp, jeżeli zostało opublikowane, albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało opublikowane;
- ✓ informację o terminie i miejscu zamieszczenia lub opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 95 ust. 1 i 2 Pzp.

Art. 66
ust. 2 Pzp

Art. 95
ust. 1–2 Pzp

Wymieniona informacja, z uwagi na jej zakres, teoretycznie powinna zostać zamieszczona nie wcześniej niż zostanie zamieszczone lub opublikowane ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (zawiera bowiem informację o terminie i miejscu zamieszczenia lub opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia). Cóż z tego, gdy ustawodawca przewidział na tę czynność jedynie 14 dni, wobec 30 dni na publikację ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w BZP/UPUE?

Ważne!

W praktyce obowiązek określony w art. 67 ust. 13 Pzp prowadzi do konieczności skrócenia 30-dniowego terminu na publikację ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do nie więcej niż 14 dni.

Informacja o nieudzieleniu zamówienia *in-house* zawiera natomiast (co najmniej):

- ✓ nazwę i adres zamawiającego;
- ✓ wskazanie informacji, o której mowa w art. 67 ust. 11 Pzp.

Informacja o nieudzieleniu zamówienia, choć nie jest to wymóg prawny, moim zdaniem powinna zawierać także zwięzłe podanie okoliczności faktycznych lub prawnych związanych z nieudzieleniem zamówienia.

Na czynności zamawiającego związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia *in-house* wykonawcom potencjalnie zainteresowanym uzyskaniem takich zamówień przysługują środki odwoławcze określone w dziale VI Pzp. Wykazanie legitymacji procesowej, a więc interesu prawnego i potencjalnej szkody, jaką poniósł lub mógł ponieść wykonawca na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów o zamówieniach publicznych (art. 179 ust. 1 Pzp), nie powinno nastęrczać większych trudności, szczególnie w przypadku gdy *in-house* realnie ograniczać będzie rynkową konkurencję. Najczęstszy zarzut, jaki stawiać mogą „prywatni” wykonawcy, dotyczyć będzie oczywiście przesłanek zastosowania trybu z wolnej

ręki przewidzianego dla poszczególnych rodzajów *in-house* w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp.

Rzecz jasna, odrębne zarzuty obejmować mogą nieprawidłowe stosowanie procedur udzielania takich zamówień. W tym kontekście warto przypomnieć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 533/10, w którym Izba podkreśliła: *Obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest właściwe sformułowanie uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki, tak w zakresie faktycznym, jak i prawnym. W postępowaniu odwoławczym badaniu podlegają wyłącznie przesłanki powołane przez zamawiającego w zakresie określonym w uzasadnieniu zamieszczonym w ogłoszeniu*.

Teza wyroku KIO pozostaje aktualna również w odniesieniu do informacji o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia *in-house* oraz informacji o udzieleniu takiego zamówienia. Otwarte pozostaje natomiast pytanie o elementy uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu z wolnej ręki w kontekście efektywności wykonywania zamówień publicznych na zasadach nierynkowych. Ocena taka wykracza jednak poza zakres wzorca kontroli procedury *in-house*, który stosować będzie Krajowa Izba Odwoławcza.

Dodatkowy nadzór

Zamówienia *in-house* podlegają szerszej niż standardowa kontroli ze strony uprawnionych do tego organów. Oprócz kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP, Najwyższą Izbę Kontroli, regionalne izby obrachunkowe (w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego) i inne uprawnione organy (np. instytucje zarządzające programami operacyjnymi w przypadku wykonywania zamówień współfinansowanych ze środków europejskich) oraz wykonawców zamówień publicznych w ramach przysługujących im środków ochrony prawnej, *in-house* poddany został również nadzorowi ze strony organów sprawujących nadzór nad zamawiającymi udzielającymi zamówień *in-house*.

Stosownie do art. 144b Pzp organ sprawujący nadzór nad zamawiającym, w przypadku powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni.

Art. 144b
Pzp

|| Na czynności zamawiającego związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia *in-house* wykonawcom potencjalnie zainteresowanym uzyskaniem takich zamówień przysługują środki odwoławcze określone w dziale VI Pzp.

Ważne!

Jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–15 Pzp, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy w wyznaczonym przez ten organ terminie.

W przypadku bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

Przepis ten budzi kilka wątpliwości. Ustawodawca nie nakazał zamawiającym przekazywania organom nadzoru informacji lub ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy (ani o udzieleniu zamówienia), w związku z czym trudno określić, na jakiej podstawie organy te będą pozyskiwały wiedzę o toczących się postępowaniach *in-house*. Co więcej, ustawa Pzp nie wskazuje daty lub konkretnego zdarzenia, od którego liczony będzie 21-dniowy zakaz. Nie ustalono również, w jakim terminie organ nadzoru powinien wydać decyzję w sprawie zakazu zawarcia umowy. Ponadto przyjęte przepisy nie wprowadzają daty „zamykającej” możliwość dokonania takich ustaleń przez organ nadzoru, w związku z czym – teoretycznie – organ ten może w dowolnym momencie zwrócić się do zamawiającego o wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy. Pytanie również, czy i na jakiej podstawie organ ma zdecydować o sposobie zakończenia stosunku umownego (biorąc pod uwagę skutki wypowiedzenia lub odstąpienia, w kontekście postanowień umownych). Wreszcie – nie został wskazany termin, w jakim organ powinien wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Przepis ten z pewnością wymaga interwencji ustawodawcy.

Podsumowanie

W przypadku jednostek samorządu terytorialnego ww. uprawnienia nadzorcze przysługują wojewodom. Obejmują one jedynie badanie formalnych przesłanek udzielania zamówień *in-house*. Nadzór wojewody (lub innych organów nadzoru nad zamawiającymi) oparty został wyłącznie o kryterium legalności. Ocena rzetelności, gospodarności i celowości zawierania umów z podmiotami wewnętrznymi w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki pozostawiona została przede wszystkim przedstawicielom nauki i praktyki. Zapewne wkrótce oceny efektywności *in-house* dokona także Najwyższa Izba Kontroli, która nie raz wypowiadała się już w sprawie funkcjonowania spółek komunalnych i przedsiębiorstw państwowych.