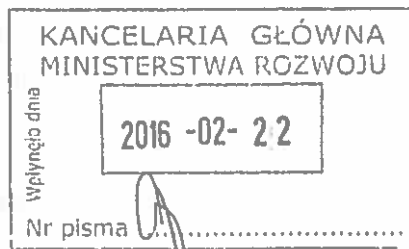


Warszawa, dnia 19 lutego 2016 r.



Szanowny Pan

Mateusz Morawiecki

Wicepremier, Minister Rozwoju

Plac Trzech Krzyży 3/5

00-507 Warszawa

Szanowny Panie Premierze,

w związku z toczącymi się pracami nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (nr UC44) w wersji z dnia 19 stycznia 2016 r. (dalej jako „Projekt Ustawy”), pragniemy przedstawić stanowisko niżej podpisanych organizacji w zakresie dotyczącym skutków prawnych i gospodarczych wprowadzenia regulacji zamówień *in-house* (art. 1 pkt 7 Projektu Ustawy).

Zamówienia publiczne stanowią jeden z kluczowych elementów efektywnej realizacji przyjętego przez Radę Ministrów *Planu na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju*. To m.in. poprzez tzw. inteligentne zamówienia publiczne, a więc takie, które łączą w sobie elementy ekonomiczne, gospodarcze, innowacyjne i społeczne Rząd zamierza nadać polskiej gospodarce impuls prorozwojowy.

Tymczasem, zaproponowane w Projekcie Ustawy rozwiązanie dotyczące zamówień *in-house* umożliwia wszystkim zamawiającym, tj. jednostkom sektora finansów publicznych, a zatem organom administracji rządowej, jednostkom samorządu terytorialnego, ale również innym państwowym lub samorządowym osobom prawnym bezprzetargowe zlecenie realizacji wszelkich zadań dotyczących robót budowlanych, usług lub dostaw na rzecz kontrolowanych przez te podmioty spółek. W skrajnym przypadku może to prowadzić do monopolizacji rynku zadań publicznych wyłącznie przez *podmioty publiczne* z wyłączeniem sektora prywatnego, w tym Małych i Średnich Przedsiębiorców. Wyłączenie spod przepisów Prawa zamówień publicznych zamówień *in-house* oznacza równocześnie pozbawienie się instrumentarium przewidywanego w tej ustawie, dzięki któremu Państwo miało pełnić rolę wymagającego Klienta tworzącego popytowy bodziec innowacyjny poprzez zamawianie dóbr wysokiej jakości, a zatem jednego ze środków mających prowadzić do realizacji *Planu na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju*.

Wprowadzenie do Prawa zamówień publicznych wyłączenia podmiotowego, pozwalającego na udzielanie zamówień publicznych z pominięciem zasad i standardów określonych w tej ustawie, w szczególności zasady jawności i konkurencyjności, budzi w naszej ocenie istotne wątpliwości prawne, zarówno z punktu widzenia zgodności proponowanych rozwiązań z Konstytucją RP jak i prawem Unii Europejskiej.

Do najistotniejszych zasad Konstytucyjnych, których naruszenia upatrujemy w proponowanym w Projekcie Ustawy rozwiązaniu należą:

- zasada ochrony równowagi budżetowej państwa i jawności działania organów państwa (art. 2 Konstytucji RP) – poprzez to, że instytucja *in-house* uniemożliwia w rzeczywistości kontrolę przejrzystości wydatkowania środków publicznych, co może prowadzić do niekontrolowanego i nieefektywnego gospodarowania finansami publicznymi i stwarza istotne ryzyko korupcji. Konsekwencją takiego stanu

rzeczy będzie istotne zagrożenie dla równowagi budżetowej państwa, od której zależy zdolność państwa do działania i do wypełniania jego zadań¹ oraz

- zasada ochrony konkurencji, swobody działalności gospodarczej i zasada równości (art. 20 w zw. z art. 22 i art. 32 Konstytucji RP) – ze względu na naruszenie standardów konkurencyjności gospodarki opartej na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez niekontrolowane wykorzystywanie zamówień *in-house* w sytuacjach, gdy nie jest to niezbędnie konieczne dla ochrony interesu publicznego, jak również poprzez bezprzetargowe powierzanie realizacji kontraktów publicznych pod jedynym warunkiem odpowiedniego powiązania kapitałowego i gospodarczego pomiędzy zamawiającym a podmiotem, któremu kontrakt jest powierzany, podczas gdy przedsiębiorcy prywatni ubiegający się o takie same kontrakty muszą spełnić, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, szereg dodatkowych wymogów.

Ponadto, obecne brzmienie przepisu narusza w oczywisty sposób regulacje prawa Unii Europejskiej dotyczące zamówień publicznych, ponieważ pozbawia uczestników rynku jakichkolwiek środków ochrony prawnej, w tym możliwości weryfikacji nawet tych czysto formalnych przesłanek przewidzianych w art. 1 pkt 7 Projektu Ustawy. Wylączenie spod Prawa zamówień publicznych oznacza bowiem, że nie mają w takim przypadku zastosowania procedury odwoławcze przewidziane w tej ustawie². Takie rozwiązanie jest ewidentnie sprzeczne z postanowieniami Dyrektywy 89/665/EWG dotyczącej środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³.

Zwracamy również uwagę, że ze względu na swój ustrojowy charakter, zagadnienie *in-house* wymaga z jednej strony szczegółowej analizy wpływu jego ewentualnego wprowadzenia na sytuację przedsiębiorców w poszczególnych sektorach i branżach gospodarki, z drugiej zaś całego krajowego otoczenia prawnego, w tym m.in. przepisów dotyczących ochrony konkurencji, prawa handlowego, czy gospodarki komunalnej. Analizy takie nie zostały przeprowadzone, skutki wprowadzenia proponowanej (prawdopodobnie niekonstytucyjnej, naruszającej prawo Unii Europejskiej i budzącej szereg kontrowersji w różnych grupach społecznych) regulacji są zatem trudne do przewidzenia. Wobec powyższego, na obecnym etapie regulacja ta nie powinna zostać, w sposób odpowiedzialny, przyjęta.

Jednocześnie, mając świadomość obowiązków spoczywających na państwie polskim dotyczących terminowej implementacji postanowień prawa unijnego w zakresie zamówień publicznych, podkreślamy, że kwestia *in-house* nie stanowi zagadnienia wymagającego implementacji, a ewentualne wprowadzenie tej regulacji do przepisów krajowych pozostaje w wyłącznej kompetencji państwa członkowskiego.

Podkreślamy, że ewentualne wprowadzenie do polskiego porządku prawnego regulacji dotyczącej zamówień *in-house* powinno nastąpić z poszanowaniem stanowiska i interesów wszystkich uczestników rynku, a przepisy powinny zapewniać przejrzystość działań zamawiających zamierzających skorzystać z tego instrumentu. Konstruując przepisy należy zatem uwzględnić m.in. następujące zagadnienia:

a) wprowadzenie bardziej precyzyjnych mechanizmów zabezpieczających przed nadużywaniem przez zamawiających instytucji zamówień *in-house* w stosunku do propozycji zawartej w Projekcie Ustawy, która zawiera czysto iluzoryczne i bardzo łatwe do obejścia obostrzenia;

¹ zob. orzeczenie TK K 6/94.

² zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 925/13; wyrok KIO sygn. akr 887/13

³ zob. wyrok TSUE w sprawie C-26/03

- b) obowiązek uzasadnienia decyzji o realizacji zadań publicznych z wykorzystaniem instrumentu *in-house*, w szczególności poprzez analizę sytuacji na danym rynku wykazującą, że zadanie to nie jest/nie może być należycie realizowane z wykorzystaniem zwykłych mechanizmów rynkowych;
- c) obowiązek upubliczniania informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie *in-house* z odpowiednim wyprzedzeniem wraz z rzetelnym wyliczaniem kosztów realizacji danego zadania z wykorzystaniem instrumentu *in-house*, w szczególności w stosunku do prognozowanych kosztów realizacji tego zadania przez przedsiębiorców prywatnych;
- d) obowiązek opisu mechanizmu wynagrodzenia oraz wskaźników służących do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości wynagrodzenia przekazywanego przez zamawiającego kontrolowanej przez niego spółce;
- e) obowiązek stałego weryfikowania spełniania przesłanek utrzymania warunków zamówienia *in-house* podczas całego okresu realizacji zadania wraz z obowiązkami sprawozdawczymi związanymi z ww. wymogami;
- f) uregulowanie ewentualnej możliwości i zakresu dalszego podzlecenia zadań przez spółkę kontrolowaną przez zamawiającego jako wyjątku od zasady osobistej realizacji zadania i jednoznaczne przesądzenie o statusie takiej spółki jako zamawiającego;
- g) przewidzenie skutecznych mechanizmów kontroli nad decyzjami zamawiających zamierzających skorzystać z trybu *in-house* (chodzi m.in. o kompetencje KIO lub sądów powszechnych/sądów administracyjnych);
- h) jednoznaczne ograniczenie możliwości stosowania zamówień *in-house* wyłącznie do zamówień udzielanych w celu realizacji zadań, do których zamawiający jest zobowiązany.

Ze względu na wagę aspektów ekonomicznych i rynkowych takiego rozwiązania uzasadnionym i koniecznym zdaje się przyznanie określonych kompetencji organom, które dzisiaj są władne i przygotowane do oceny danej sytuacji z punktu widzenia jej oddziaływania na konkurencję, tj. Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Poza kwestiami prawnymi, dogłębnej analizie wymagają także gospodarcze (ekonomiczne) i społeczne skutki regulacji w ostatecznie wypracowanym kształcie. Wydaje się, że przepisy te nie powinny w żadnym przypadku pozwalać na masowe, niekontrolowane udzielanie zamówień publicznych w sposób bezprzetargowy, może to bowiem – ze względu na potencjalną skalę zjawiska - w sposób istotny naruszyć podwaliny gospodarki wolnorynkowej. Na uwagę zasługuje także aspekt społeczny tego zagadnienia, w tym konieczność zapewnienia równych praw pracownikom, niezależnie od tego, czy znajdują oni zatrudnienie w spółce prywatnej, czy też w spółce publicznej.

Powyższe nie wyczerpuje zagadnień, które należy poddać szczegółowej analizie przed przyjęciem tak istotnego dla gospodarki rozwiązania jak zamówienia *in-house*. Instytucja *in-house* wymaga bowiem wszechstronnej analizy, która pozwoli na wypracowanie rozwiązań umożliwiających sektorowi publicznemu korzystanie z omawianego mechanizmu przy pełnym poszanowaniu konstytucyjnych prawa i wolności przedsiębiorców, w tym w szczególności zachowania zasady konkurencyjności i przejrzystości.

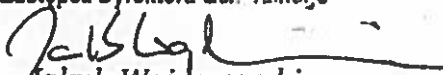
Z przykrością stwierdzamy, że w niektórych branżach gospodarki stan merytorycznej wiedzy o trybie *in-house* jest pobieżny i niski, co jest wykorzystywane przez różne środowiska zainteresowane nieograniczonym wdrożeniem tego trybu do gospodarki rynkowej, w tym również na tych rynkach na których istnieje konkurencja. Wskazujemy również na fundamentalną sprzeczność szerokiego otwarcia rynku na tryb *in-house* z założeniami programu gospodarczego dla Polski z efektywnym wykorzystaniem

ogromnych środków pomocowych UE z perspektywy finansowej 2015 – 2020. Nie kwestionujemy możliwości przeniesienia trybu *in-house* do prawa krajowego jako wyjątku od reguły, ale nie możemy zaakceptować próby odwrócenia powyższej kolejności, czym naszym zdaniem może skutkować przyjęcie proponowanych zapisów w obecnym projekcie ustawy.

W związku z powyższym, wnosimy o wycofanie z obecnego Projektu Ustawy możliwości udzielania zamówień publicznych w trybie *in-house* i przesunięcia tego zagadnienia do prac nad przewidywaną systemową reformą zamówień publicznych. Jednocześnie, sygnatariusze niniejszego pisma wyrażają gotowość do aktywnego uczestnictwa i merytorycznego wsparcia Rządu w wypracowaniu kompromisowej treści przepisu uwzględniającego potrzeby strony publicznej przy poszanowaniu praw przedsiębiorców prywatnych.

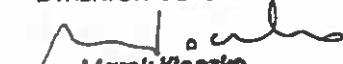
Konfederacja Lewiatan

Zastępca Dyrektora Generalnego


Jakub Wojnarowski

Krajowa Izba Gospodarcza

WICEPREZES
DYREKTOR GENERALNY

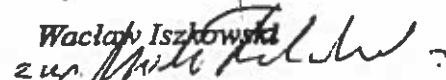

Marek Kloczko

Polska Izba Gospodarki Odpadami

PREZES ZARZĄDU


Dariusz Małak

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji


Wacław Iszkowski

Prezes Zarządu

Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami

ZWIĄZEK PRACODAWCÓW
GOSPODARKI ODPADAMI

32-765 Warszawa, Al. Wilanowska 89 lok. 57

NIP 5262818891, Regon 016869002

Związek Pracodawców Producentów Materiałów dla Budownictwa



Do wiadomości:

- p. Mariusz Haładyj, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Rozwoju