



Warszawa, 06.02.2019 r.

Szanowna Pani
Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii

Szanowna Pani Minister,

w załączeniu przedstawiamy stanowisko **Polskiej Izby Gospodarki Odpadami (dalej: „PIGO”)** oraz **Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami (dalej: „ZPGO”)** dotyczące skierowanego do konsultacji publicznych przez Ministra Przedsiębiorczości i Technologii w dniu 24 stycznia br. projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: **„Projekt PZP”**).

Stanowisko zawiera konkretne propozycje zapisów do Projektu PZP i stanowi nawiązanie do postulatów zgłaszanych przez obie Izby na etapie konsultacji założeń do nowej ustawy.

Nasze stanowisko jest odpowiedzią i próbą rozwiązania zidentyfikowanych przez przedsiębiorców problemów i zagadnień związanych z ponad dwuletnim okresem obowiązywania i stosowania w praktyce przepisów dotyczących tzw. zamówień in-house. Przedstawione propozycje wychodzą również naprzeciw postulowanej zarówno w *Koncepcji Nowego Prawa Zamówień Publicznych* jak i podnoszonej przez partnerów społecznych potrzebie doprecyzowania przepisów dotyczących tego typu zamówień.

Z wyrazami szacunku,


Przewodniczący Rady
Michał Dąbrowski


Przewodniczący ZPGO
Sławomir Rudowicz

Załącznik: **Propozycja PIGO i ZPGO zmian do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (Projekt z 21.01.2019 r.)** przekazanego do konsultacji publicznych.



Warszawa, 06.02.2019 r.

**Propozycja zmian do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (Projekt z 21.01.2019 r.)
przekazanego do konsultacji publicznych.**

Proponujemy następujące zmiany do Projektu:

art. 92 otrzymuje następujące brzmienie:

Art. 92. 1. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, sporządza analizę potrzeb, wymagań i sposobu realizacji zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 17 ust. 1.

2. Analiza, o której mowa w ust. 1, zawiera:

1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych zamawiającego;

2) rozeznanie rynku, w aspekcie:

a) zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego poprzez wybór wykonawcy na podstawie trybów wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1) – 6),

b) alternatywnych możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, w tym z wykorzystaniem umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi,

c) zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego poprzez wybór wykonawcy na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14

d) możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazania, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

3. Analiza zawiera również:

1) szacunkową cenę lub koszt zamówienia dla każdej ze wskazanych możliwości, o których mowa w ust. 2;

2) możliwość podziału zamówienia na części;

3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;

4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;

5) ryzyka związane z udzieleniem zamówienia.

4. Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie i zgodnie z wynikami analizy, o której mowa w niniejszym artykule.

Art. 93 otrzymuje następujące brzmienie

Art. 93. 1. Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności w ramach prowadzonych wstępnych konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 94, lub po zamieszczeniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 101, zamawiający może zorganizować spotkanie informacyjne z wykonawcami, którego przedmiotem będzie przedstawienie planów zamawiającego oraz oczekiwań dotyczących jednego zamówienia lub zamówień planowanych w terminie następnych 12 miesięcy.



2. Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14, zamawiający organizuje spotkanie informacyjne w wykonawcami.

3. Zamawiający zamieszcza informację o organizowanym spotkaniu z wykonawcami oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej, z odpowiednim wyprzedzeniem, umożliwiającym udział wszystkich zainteresowanych wykonawców.

Alternatywnie:

Art. 94 otrzymuje następujące brzmienie

Art. 94. 1. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe, w celu przygotowania tego postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia.

2. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14, przeprowadza wstępne konsultacje rynkowe, w celu przygotowania tego postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia.

3. Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że nie powoduje to zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Art. 231 otrzymuje następujące brzmienie

Art. 231. 1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

2) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;

3) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;

4) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 306 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;

5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

6) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 albo nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 257



ust. 1 pkt 2 i 5 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

7) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;

8) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;

9) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

10) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. 2018 r. poz. 622, 685 i 771), w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje bezpośrednio nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,

b) ponad 95% przychodów kontrolowanej osoby prawnej pochodzi z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad tą osobą bezpośrednią kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje bezpośrednią kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej bezpośrednio przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia bezpośrednią kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego;;

b) ponad 95% przychodów kontrolowanego zamawiającego pochodzi z wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego nad nim bezpośrednią kontrolę, o której mowa w lit. a, ,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną bezpośrednią kontrolę, 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,

- b) ponad 95% przychodów kontrolowanej osoby prawnej pochodzi z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią bezpośrednią kontrolę,

- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

14) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

- c) zamawiający realizujący współpracę uzyskują na otwartym rynku mniej niż 5% przychodów z działalności będącej przedmiotem współpracy.

2. W opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 7, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone.

3. Czas trwania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 8, nie może przekraczać 3 lat.

4. Do obliczania procentu przychodów, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do danego rodzaju usług, dostaw lub robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

5. 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 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. W przypadku reorganizacji działalności danej osoby prawnej prognozy te są sporządzane po zakończeniu procesu reorganizacji, tak, aby można było ocenić jej zakres i skutki.

6. Przez reorganizację działalności, o której mowa w pkt 5, należy rozumieć w szczególności działania polegające na zmianie przedmiotu wykonywanej działalności lub takich przekształceniach podmiotowych lub zmianie struktury właścicielskiej, które wpływają na zmianę zakresu terytorialnego lub przedmiotowego dotychczas wykonywanej działalności. Reorganizacji działalności nie stanowi działanie, które polega wyłącznie na dostosowaniu dotychczasowej działalności do wymogów niezbędnych dla spełnienia warunków, o których mowa odpowiednio w ust. 11-14 niniejszego artykułu.

7. Wiarygodna prognoza handlowa, o której mowa w pkt 5, zawiera prognozy dotyczące informacji ujmowanych w dokumentach, o których mowa art. 45 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2018 r., poz. 395 ze zm.) i jest sporządzana przez biegłego rewidenta, który w okresie 3 lat poprzedzających sporządzenie prognozy handlowej, nie świadczył usług na rzecz zamawiającego lub podmiotu, któremu ma zostać udzielone zamówienie. Zamawiający przekazuje podmiotowi sporządzającemu wiarygodną prognozą handlową wszelkie niezbędne dokumenty i



informacje, które stanowią podstawę do jej sporządzenia. 8. Zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c i pkt 13 lit. c, nie stosuje się do:

- 1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1834 oraz z 2018 r. poz. 1693), lub
- 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

9. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-13 nie może powierzyć podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

10. Warunki, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 11-14 pozostają spełnione w całym okresie obowiązywania zawartej umowy o zamówienie publiczne. Warunki dotyczące sprawowania kontroli i przychodów podlegają weryfikacji w okresach rocznych. W terminie nieprzekraczającym 30 dni po upływie każdych 12 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej, informacje o spełnianiu tych warunków, zawierające co najmniej:

- 1) odniesienie do uprzednio zamieszczanych informacji o udzielonym zamówieniu,
- 2) dane dotyczące spełniania warunków, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 11-14, w tym przychód osiągnięty odpowiednio przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do danego rodzaju usług, dostaw lub robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia w danym okresie wraz z dokumentami źródłowymi.

11. Zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-14 określa warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 126 ust. 2, zgodnie z art. 126 ust. 1. Podmiot, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-14, samodzielnie spełnia warunki tak określone warunki.

12. Podmiot, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 1-4, nie jest uprawniony do ubiegania się o zamówienie publiczne udzielane przez innego zamawiającego.

Artykuł 233 otrzymuje następujące brzmienie:

Art. 233. 1. Przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, na zasadach określonych w dziale VI rozdziale 2. Ogłoszenie zawiera w szczególności:

- 1) analizę, o której mowa w art. 92;
- 2) wzór umowy;
- 3) warunki finansowe, na jakich zamawiający zamierza udzielić zamówienie, w tym opis mechanizmu wynagrodzenia oraz wskaźniki służące do obliczenia, kontrolowania i waloryzacji wysokości wynagrodzenia;
- 4) odpowiednio dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia albo wiarygodną prognozę handlową wraz z dokumentami źródłowymi stanowiącymi podstawę jej sporządzenia;
- 5) w przypadku przedstawienia wiarygodnej prognozy handlowej w związku z reorganizacją działalności, o której mowa w art. 231 ust. 5, opis podjętych działań oraz uzasadnienie braku adekwatności danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia;
- 6) określenie, zgodnie z art. 126 ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 126 ust. 2 wymaganych od podmiotu, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia;



2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1.

3. Zamawiający niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-14, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, na zasadach określonych w dziale VI rozdziale 2. Ogłoszenie zawiera, w szczególności:

- 1) umowę;
- 2) warunki finansowe, na jakich zamawiający udzielił zamówienia, w tym opis mechanizmu wynagrodzenia oraz wskaźniki służące do obliczenia, kontrolowania i waloryzacji wysokości wynagrodzenia;
- 3) odpowiednio oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Art. 490 otrzymuje następujące brzmienie:

Art. 490. 1. Umowa zawarta w trybie art. 231 ust. 1 pkt 11-13, wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 231 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 231 ust. 6.

2. Umowa zawarta w trybie art. 231 ust. 1 pkt 11-13, wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia publikacji ogłoszenia, o którym mowa w art. 231 ust. 10, z którego wynika, że nie zostały spełnione warunki dotyczące sprawowania kontroli lub przychodów.

UZASADNIENIE

Zgodnie z zapowiedziami przedstawionymi w *Koncepcji Nowego Prawa Zamówień Publicznych* konieczne jest doprecyzowanie przepisów dotyczących udzielania zamówień typu in-house. Potrzebę taką wyrażono również w Uchwale nr 58 z 25 kwietnia 2018 r. strony pracowników i pracodawców Rady Dialogu Społecznego, w której postuluje się, *aby korzystanie z zamówień in-house było możliwe w sytuacji, gdy przynosi to korzyść dla interesu publicznego w stosunku do wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym przewidzianym w PZP.*

Tymczasem, wbrew wcześniejszym zapowiedziom, projekt PZP z 21 stycznia 2019 r. („Projekt PZP”) nie zawiera żadnych zmian w stosunku do dotychczasowych regulacji, które budzą wiele wątpliwości i kontrowersji.

Przygotowane zapisy mają zatem na celu wyeliminowanie występujących w praktyce wątpliwości w stosowaniu tego instrumentu, który stanowi wyjątek od konkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych i który, jako taki, powinien być stosowany jedynie w jasno i ściśle określonych przypadkach.

Przede wszystkim dostrzegając słuszną ideę przygotowywania przez zamawiających tzw. analiz przedrealizacyjnych (art. 92 Projektu PZP) proponuje się, aby obejmowały ona również kwestię zamówienia in-house. Jest to tym bardziej uzasadnione, że zamówienia in-house to niekonkurencyjny



mechanizm udzielania zamówień; tym bardziej zatem powinien on być stosowany jedynie w przypadku, gdy jest korzystniejszy od tradycyjnych (konkurencyjnych) trybów.

Równie ważne jest to, aby zamawiający przed udzieleniem zamówienia in-house przeprowadził konsultacje rynkowe z potencjalnymi wykonawcami, co pozwoli mu ocenić, czy na rynku istnieją podmioty zainteresowane realizacją danego zamówienia oraz poznać wstępne warunki oferowane przez rynek w tym zakresie i porównać je z modelem zamówienia in-house (art. 93 ust. 2 Projektu PZP).

Ponadto, proponuje się, aby zamówienia in-house mogły być udzielane jedynie w sytuacji, gdy zamawiający sprawuje nad podmiotem in-house bezpośrednią kontrolę. Stąd odpowiednie zmiany w art. 231 ust. 11-14 Projektu PZP. Obserwowana praktyka pokazuje, że zamawiający lub podległe im spółki tworzą kolejne podmioty (tzw. spółki córki, spółki wnuczki), którym udziela się zamówienia in-house. Zamawiający uważają bowiem, że pozwala im na to obecne brzmienie przepisów mówiące o sprawowaniu kontroli bezpośrednio lub pośrednio, a zatem przez podległe zamawiającemu podmioty. Obserwowana praktyka ma na celu przede wszystkim umożliwienie spełnienia warunku uzyskiwania 90% przychodów od zamawiającego poprzez tzw. wiarygodne prognozy handlowe, a nie realne dane historyczne tzw. spółki matki, które ze względu na szeroki zakres prowadzonej przez nią działalności (często komercyjnej) nie potwierdzają spełnienia tej przesłanki.

Jako że działalność podmiotu in-house ma się koncentrować i dotyczyć realizacji określonych zamówień udzielnych mu przez zamawiającego (zamawiających), jego pozostała działalność powinna być ograniczona do minimum i pozostawać rzeczywiście marginalna. Proponuje się zatem, wzorem rozwiązania przewidzianego w fińskiej ustawie o zamówieniach publicznych¹, ograniczenie działalności wykonywanej poza zamówieniem publicznym udzielonym w trybie in-house do maksymalnie 5% przychodów (art. 231 ust. 11-14 Projektu PZP).

Jednym z budzących wiele wątpliwości aspektów odnoszących się do spełniania przesłanki dotyczącej uzyskiwanych przychodów jest kwestia możliwości posługiwania się w tym celu tzw. *wiarygodnymi prognozami handlowymi* zamiast danymi historycznymi. Mogą być one przedstawiane m.in. w sytuacji *reorganizacji działalności* podmiotu in-house. Pojęcie *reorganizacji działalności* wymaga doprecyzowania i uściślenia, ponieważ, jak pokazuje praktyka, jest ono jednym z istotniejszych dla oceny spełniania przesłanek dla zamówienia in-house. Proponuje się zatem wskazanie zasadniczych działań, które powinny się składać na proces, który można określić jako *reorganizacja działalności*. Istotnym jest jednoznaczne podkreślenie tego, że działania polegające wyłącznie na formalnym dostosowaniu dotychczasowej działalności do wymogów koniecznych dla spełnienia przesłanek dla zamówienia in-house, nie powinno być uznawane za *reorganizację działalności* (art. 231 ust. 5 i ust. 6)

W zakresie dotyczącym *wiarygodnych prognoz handlowych* konieczne jest podkreślenie jej wiarygodności, co w dotychczasowych przepisach nie zostało odpowiednio zaadresowane. W konsekwencji, proponuje się wprowadzenie obowiązku sporządzenia takiej analizy przez podmiot niezależny zarówno od zamawiającego jak i od podmiotu in-house, co powinno zapewnić jej obiektywizm. Dodatkowo, podmiot ją sporządzający powinien dysponować wszelkimi materiałami niezbędnymi do jej sporządzenia (art. 231 ust. 7 Projektu PZP).

¹ Por. Section 15 of the 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts - <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397>



Ponadto, istotne jest aby dokumenty te łącznie z samą prognozą były publikowane tak, aby wykonawcy, którzy chcieliby kwestionować decyzję zamawiającego o zamówieniu in-house, mieli do nich dostęp. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że podmioty in-house korzystają z daleko idącego uprzywilejowania w stosunku do innych wykonawców poddających się konkurencyjnej procedurze wyboru, co sprawia, że nałożenie na nie i na zamawiających tego rodzaju wymogów jest zasadne i proporcjonalne (art. 233 ust. 1 Projektu PZP).

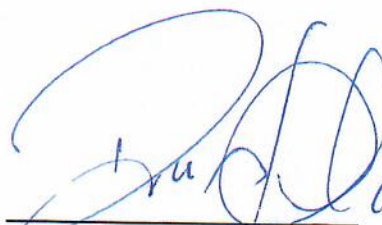
Dotychczasowe przepisy nie regulują kwestii okresu, w którym przesłanki uprawniające zamawiającego do udzielenia zamówienia in-house powinny zostać zachowane. Zasadnym jest jednoznaczne wskazanie w ustawie, że przesłanki te powinny być spełnione nie tylko w momencie udzielenia zamówienia, ale również przez cały czas jego realizacji. W tym celu zamawiający powinien publikować coroczne informacje, z których ma wynikać, że przesłanki te pozostały w danym roku spełnione. Informacje te mogą podlegać weryfikacji w procesie odwoławczym przewidzianym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 231 ust. 10 Projektu PZP). W sytuacji, gdy przesłanki te nie są spełnione proponuje się – analogicznie jak ma to miejsce w przypadku pojawienia się kapitału prywatnego w tzw. podmiocie wewnętrznym – aby umowa zawarta w trybie in-house wygasła (art. 490 ust. 2 Projektu PZP).

Ważnym elementem zamówień in-house jest obowiązek osobistego wykonania danego zamówienia przez podmiot in-house lub jego głównej części (art. 231 ust. 9 Projektu PZP). Chodzi o to, że nie może być dopuszczalna sytuacja, w której podmiot in-house jest w zasadzie jedynie pośrednikiem w rzeczywistej realizacji zamówienia. Stąd konieczne jest, aby podmiot in-house samodzielnie dysponował zasobami niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia. W tym celu niezbędne jest badanie przez zamawiającego już na etapie zamiaru udzielenia zamówienia proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków jego realizacji dotyczących zarówno potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego oraz doświadczenia (art. 231 ust. 11 Projektu PZP).

Ponadto, konieczne jest wprowadzenie jednoznacznego zapisu wskazującego, że podmiot in-house nie jest uprawniony do ubiegania się o zamówienie publiczne w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających (art. 231 ust. 12 Projektu PZP).



Przewodniczący Rady
Michał Dąbrowski



Przewodniczący ZPGO
Sławomir Rudowicz