

WSPÓŁPRACA PUBLICZNO – PUBLICZNA W ROZUMIENIU
USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Spis treści

1. Rys historyczny	2
2. "In-house" a samorządowe jednostki sektora finansów publicznych.....	3
3. Regulacje w zakresie zamówień typu „in-house”	9
a) Art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.....	9
b) Art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp	15
c) Art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.....	17
4. Regulacja w zakresie współpracy międzyinstytucjonalnej - art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp	21
5. Moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówień typu "in-house"	24
6. Procedura udzielania zamówienia i obowiązek informacyjny	24
7. Art. 4 pkt 13 ustawy Pzp.....	30
8. Podwykonawstwo w zamówieniach typu „in-house” i w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej	31

Celem opinii jest wyjaśnienie wątpliwości, które mogą się pojawić na gruncie stosowania nowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, dotyczących tzw. „zamówień wewnętrznych” (inaczej in-house), szczególnie w kontekście stosowania tych przepisów przez różne typy zamawiających. Niniejsza opinia składa się z rozdziałów prezentujących:

1. rys historyczny zagadnienia zamówień in-house,
2. realizację przez samorządowe jednostki sektora finansów publicznych zadań na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej,
3. stosowanie zamówień in-house na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. realizację współpracy międzyinstytucjonalnej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówienia typu in-house,
6. procedurę udzielania zamówień typu in-house oraz obowiązek informacyjny,

7. udzielanie zamówień na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (tzw. „mały in-house”), oraz
8. podwykonawstwo w ramach zamówień in-house i współpracy międzyinstytucjonalnej.

1. Rys historyczny

U podstaw wyłączenia zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno-publicznej spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych leży przekonanie, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciężących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do ich służb i mogą to czynić również we współpracy z innymi organami publicznymi. W oparciu o wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Teckal¹ w orzecznictwie ukształtowała się jedna z form współpracy publiczno – publicznej, tzw. in-house. Poprzez zamówienia typu in-house (inaczej zamówienie wewnętrzne) rozumieć należy formę współpracy, jaka występuje pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. Równolegle, w orzeczeniu w sprawie Hamburg² Trybunał wskazał drugą formę współpracy publiczno – publicznej, tj. współpracę międzyinstytucjonalną. Bezpośrednia współpraca międzyinstytucjonalna występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Na podstawie obu orzeczeń ustalono, że do tak rozumianej współpracy publiczno – publicznej (będącej w istocie szczególną formą aktywności instytucji zamawiających w celu realizacji swoich zadań) nie znajdują bezpośredniego zastosowania przepisy dyrektyw o zamówieniach publicznych.

Unijny prawodawca w dyrektywie 2014/24/UE³, zwanej dalej "dyrektywą klasyczną", skodyfikował ustalone w orzecznictwie zasady uznawania form aktywności instytucji zamawiających za współpracę publiczno - publiczną i przesądził, że obie ww. formy współpracy są szczególnymi zamówieniami publicznymi. W art. 12 dyrektywy klasycznej przewidziano jednakże szczegółowe przesłanki, których spełnienie wyłącza obowiązek stosowania dyrektywy do ich udzielenia. Ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 dyrektywy klasycznej na grunt prawa krajowego. Jednocześnie zagwarantowana przez ustawodawcę unijnego swoboda państw członkowskich w kwestii przeniesienia

¹ orzeczenie z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562; orzeczenie zapadło na gruncie dyrektywy 92/50/EWG i 93/36/EWG

² orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357; orzeczenie zapadło na gruncie dyrektywy 92/50/EWG

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

przedmiotowego wyłączenia na grunt prawa krajowego oznaczała również możliwość transpozycji zamówień in-house przy jednoczesnym zastrzeżeniu warunków jej stosowania. Regulacje prawa europejskiego, w zakresie zamówień publicznych, pozwalają bowiem państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne, uwzględniając przy tym historyczne, prawne, ekonomiczne czy społeczne sytuacje właściwe dla państw członkowskich.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) ustawodawca krajowy w ramach polskiego porządku prawnego zdecydował, że z dniem 1 stycznia 2017 r. wszedł w życie art. 67 ust. 1 pkt 12- 15 ustawy Pzp, przewidujący możliwość udzielania zamówień, które odpowiadają charakterystyce współpracy publiczno – publicznej, tj.: in-house i współpracy międzyinstytucjonalnej. Wprowadzone do ustawy instytucje z art. 67 ust. 1 pkt 12- 14 ustawy Pzp, mają na celu uregulowanie zamówień udzielanych przez podmioty z sektora finansów publicznych, tj. jednostki samorządu terytorialnego, organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, a także inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz podmioty prawa publicznego - osobom prawnym, jeżeli podmioty te (zamawiający) sprawują nad osobami prawnymi kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Zaś w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp ustawodawca krajowy, w ślad za art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej wprowadził ramy prawne dla współpracy międzyinstytucjonalnej (inaczej współpracy niezinstytucjonalizowanej) pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi, podejmowane bez powoływania nowego podmiotu, w celu realizacji ich wspólnych zadań.

Wprowadzenie nowych regulacji, czyli zamówień udzielanych w formie zamówienia z wolnej ręki, nie spowodowało uchylenia regulacji z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp (tzw. mały in-house) oraz nie skutkowało uchyleniem (zmianą) przepisów dotyczących form prowadzenia gospodarki komunalnej przez jednostki samorządowe.

2. "In-house" a samorządowe jednostki sektora finansów publicznych

Instytucja in-house w obecnym brzmieniu nadanym ustawą Pzp zasadniczo nie zmienia funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Powyższe reguluje ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 poz. 573 ze zm.), zgodnie z którą gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług

powszechnie dostępnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 ww. ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. Tak więc jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy),
- w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej),
- poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

Wybór określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Przy czym podkreślenia wymaga, iż gmina może tworzyć spółki prawa handlowego, co do zasady, w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej (*arg. a contrario* z art. 10 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Tworzenie spółek prawa handlowego poza sferą użyteczności publicznej jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie.. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 10 ust. 1 ww. ustawy poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

Podnieść zatem należy, że to do decyzji właściwej jednostki samorządu terytorialnego będzie należał wybór formy organizacyjnoprawnej wykonywanej gospodarki komunalnej w celu realizacji zadań własnych. Jednocześnie ustawa o gospodarce komunalnej nie zawiera żadnych wskazówek, które preferowałyby którykolwiek ze sposobów wykonywania gospodarki komunalnej.

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (*arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej*) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu, np. rady

gminy oraz akt o utworzeniu spółki (akt założycielski albo statut). W takim przypadku można stwierdzić, że gmina działa za pośrednictwem swojej spółki. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak ekwiwalentności świadczeń. Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05), zgodnie z którym „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga”.

Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Tytułem przykładu, w wyroku w sprawie Tragsa⁴, orzekając na gruncie dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG⁵, Trybunał stwierdził, że przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna organów administracji publicznej nie podlega regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, organy administracji publicznej sprawują nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, przedsiębiorstwo to wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy zamawiającym a jej spółką wykonawczą miały charakter wewnętrzny, tj. aby podmiot, za pośrednictwem którego jednostka samorządu terytorialnego realizuje swoje zadania publiczne, był od niej zależny pod względem gospodarczym i był jej podległy organizacyjnie. W takim przypadku podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy.

Podobnie jest w przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, doprecyzowujące zakres zadań i obowiązków jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. Jak podkreślono w wydanym na gruncie dyrektywy 92/50/EWG wyroku Trybunału w sprawie Asociación Profesional⁶, gdy

⁴ orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 65

⁵ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi; dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy; dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

⁶ orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815

porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie podmiot zależny, odbiegając niekiedy znacząco od zwykłych warunków rynkowych, należy uznać, że w odniesieniu do takiego porozumienia nie znajdują zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych.

Realizowanie powyższych zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tych zadań na podstawie umowy osobie trzeciej, tj. na zasadach ogólnych. Ustawa o gospodarce komunalnej w przepisie art. 3 ust. 1 wskazuje, że jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1793, 1807 i 1860) oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów:

- a) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 696 i 1777 oraz z 2016 r. poz. 1920);
- b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.);
- c) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2016 r. poz. 1817);
- d) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1867 i 1920);
- e) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).

A zatem, jeżeli do takiego zadania nie będą miały zastosowanie przepisy innych ustaw, wówczas powierzenie wykonywania zadań objętych takim zamówieniem winno nastąpić z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy powierzonych w drodze umowy, należy z kolei odróżnić od powierzenia 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, w tym możemy mieć do czynienia z udzieleniem zamówienia typu in-house w oparciu o regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp.

Podsumowując, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne:

- a) w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy), lub
- b) w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej)

działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów ustawy Pzp. Jednostka samorządu terytorialnego wykonująca zadania własne i decydując się na powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy - udziela zamówienia publicznego (jeśli przepisy innych ustaw nie mają zastosowania) i w tym celu zobowiązana jest stosować przepisy ustawy Pzp tj.:

- a) tryby podstawowe (przetarg nieograniczony lub ograniczony) lub
- b) inne procedury, w tym art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp - jeżeli spełnione są opisane w tych przepisach przesłanki.

Jednostka samorządu terytorialnego, może także podjąć decyzję o współpracy niezinstytucjonalizowanej, (umowa zawarta między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp), realizowanej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zasady udzielenia tego rodzaju zamówień omówione zostały odrębnie w pkt 4 niniejszej opinii.

Należy zatem wskazać, że instytucja in-house wprowadzona do ustawy Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. nie wyklucza i nie stoi na przeszkodzie wykonywaniu zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze ustawy o gospodarce komunalnej. Należy bowiem wskazać, że instytucje in-house i współpracy uregulowane w ustawie Pzp w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 mają szerszy zasięg zastosowania, albowiem dotyczą podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, a zatem nie tylko jednostek samorządu terytorialnego i nie są ograniczone przedmiotowo. Powierzanie zadań w drodze ustawy o gospodarce komunalnej dotyczy jedynie tych zadań, które polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności będą to zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.⁷

Szczególne rozwiązanie w tym względzie przewiduje ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, z późn. zm.), dalej

⁷ Niezależnie od tego czy przedmiotem omówienia jest sposób wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze ustawy o gospodarce komunalnej czy też udzielanie zamówień typu in-house, niniejsza opinia nie odnosi się do kwestii związanych z oceną gminy jako przedsiębiorcy organizującego rynek w świetle art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017, poz. 229) w kontekście stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie o sygn.. akt CSK 252/15/ Kwestia ta leży poza sferą zamówień publicznych i ustawowych kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

zwanej „ustawą ucpg” w odniesieniu do zadania własnego gminy, jakim jest utrzymanie czystości i porządku w gminach (art. 3 ustawy ucpg). Ustawa ucpg określa odmienną procedurę w zakresie sposobu wyboru wykonawcy, któremu będzie powierzony odbiór odpadów komunalnych, niż procedura przewidziana w ustawie o gospodarce komunalnej. Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy ucpg wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c [przepis wskazuje na obligatoryjny wymóg zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkanymi i fakultatywny wymóg zorganizowania takiego odbioru od właścicieli nieruchomości niezamieszkanymi, jeśli powstają na nich odpady komunalne], albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zawarte w tym przepisie odesłanie oznacza, że zamawiający (wójt, burmistrz, prezydent miasta) przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy ustawy Pzp w jednym z dostępnych trybów udzielenia zamówienia. Odmienna regulacja zawarta w art. 6d ust. 1 ustawy ucpg ma charakter *lex specialis*, do ustawy o gospodarce komunalnej, która zarówno wybór sposobu jak i określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego pozostawia organowi stanowiącemu tej jednostki (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Oznacza to, że wybór przysługujący gminie w zakresie sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej w odniesieniu do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest wyłączony. Za przyjęciem, że przepis art. 6d ust. 1 ustawy ucpg wyłącza możliwość wyboru sposobu wykonywania przez gminy zadań publicznych polegających na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przemawia w szczególności stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone przy okazji badania konstytucyjności ww. przepisu w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r. K 17/12. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „w świetle art. 6d ust. 1 (...) ustawy o utrzymaniu czystości nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego”. Wprawdzie wyrok ten odnosi się do brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy ucpg sprzed nowelizacji, która weszła w życie 1 stycznia 2017 r., jednakże zamiar ustawodawcy wyłączenia możliwości samodzielnego wykonania przez gminę ww. zadania publicznego przy pomocy własnych jednostek organizacyjnych pozostał niezmienny. Zasadniczym zamiarem ustawodawcy w zakresie zmiany art. 6d ustawy ucpg, jak wynika z przebiegu procesu legislacyjnego nad projektem ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), jest umożliwienie gminie korzystania ze wszystkich trybów przewidzianych w ustawie Pzp dla wykonywania zadania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Świadczy o tym stanowisko Ministra Środowiska w przedmiocie ww. projektu przedstawione do rozpatrzenia na Stałym Komitecie Rady Ministrów, w którym to Minister wskazywał, że

„Rezygnacja z dotychczasowego rozwiązania, nakładającego na gminy obowiązek przeprowadzenia przetargu na ww. usługi, umożliwi gminom stosowanie do tych usług wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych, łącznie z możliwością udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ustawy – Prawo zamówień publicznych uwzględniających in-house.” Konkludując, gmina wykonując zadanie, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o ucp, udziela zamówienia publicznego i działa w oparciu o tryby udzielania zamówień przewidziane w ustawie Pzp (w tym także tryb zamówienia z wolnej ręki, jeśli zostały spełnione odpowiednie przesłanki, np. dotyczące udzielania zamówień typu in-house).

3. Regulacje w zakresie zamówień typu „in-house”

a) Art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje 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; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp statuuje tzw. in-house wertykalny. Przesłanki zastosowania instytucji in-house mają charakter podmiotowy, krąg zamawiających został ograniczony jedynie do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Zakresem podmiotowym przepisu objęte są zatem wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów.

Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. Zamawiający taki może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej, w szczególny sposób od niego zależnej. Tym samym z instytucji in-house mogą korzystać (po spełnieniu wskazanych w ustawie przesłanek) zarówno jednostki samorządu terytorialnego, które udzielają zamówień swoim spółkom komunalnym (ale w formie umowy), ale także np. organy władzy publicznej utworzonym przez siebie jednostkom.

Przywołany wyżej przepis umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki jeśli łącznie zostają spełnione trzy przesłanki, określone kolejno w lit. a) - c).

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia z wolnej ręki takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Definicja "sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C-107/98)⁸ oraz orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03)⁹. Interpretacja pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną. W wyroku Coditel (C-324/07)¹⁰ ETS zauważył, że *istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem [jednostką zależną] była skuteczna*. Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca winna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki. W

⁸ patrz przypis nr 1

⁹ orzeczenie z dnia 13 sierpnia 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605

¹⁰ orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 46

orzeczeniu Coditel¹¹ ETS stwierdził, że *przejawem takiej kontroli jest co najmniej udział przedstawicieli instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych instytucji podległej*. W orzeczeniu ETS ws. Carbotermo (C-340/04)¹² stwierdzono, że *okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada (...), całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesadzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami*. Na podstawie tego orzeczenia można wskazać, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami – jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc. Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nie oznacza przy tym, że musi być to kontrola identyczna jaką jednostka nadzorująca ma nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, oznacza to natomiast, że każdorazowo musi to być kontrola skuteczna.

Ustawodawca doprecyzował w lit. a), że kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylecia tego marginesu swobody. W Wytocznych Komisji Europejskiej dla państw

¹¹ orzeczenie jak wyżej, pkt 41

¹² orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37

członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe (2016/C 276/01)¹³, które pomocniczo mogą mieć zastosowanie dla oceny charakteru powiązań pomiędzy zamawiającym a podległymi mu osobami prawnymi, zauważono, że *jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej*. Mając na względzie stanowisko ETS ws. Parking Brixen¹⁴ można zwrócić uwagę na przykładowe okoliczności, które mogą świadczyć o takim osłabieniu kontroli zamawiającego nad podległą osobą prawną, że nie będzie możliwe uznanie zamawiającego za podmiot skutecznie dominujący. Te okoliczności to, np.: autonomiczne rozszerzenie działalności spółki na nowe sektory, rozszerzenie zasięgu terytorialnego działalności spółki – szczególnie w ujęciu międzynarodowym, przyznanie przez jednostkę nadzorującą znaczących uprawnień zarządowi spółki – co może oddziaływać na charakter relacji, czy też niemożność wykorzystania przez zamawiającego posiadanych 100% udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników), szczególnie połączona z koniecznością uzyskania zgody innego organu na podejmowanie wszystkich lub niektórych strategicznych decyzji, w tym zmiany zarządu.

Za sprawowanie kontroli nad osobą prawną, w sposób uprawniający do stwierdzenia że spełniona została przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a) ustawy Pzp należy uznać również sytuację gdy kontrolę nad taką osobą prawną sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez danego zamawiającego. Ustawodawca przewidział sytuację, w której zamawiający udzielający zamówienia wewnętrznego osobie prawnej – nie musi być instytucją kontrolującą tę osobę prawną w sposób bezpośredni, ale jedynie instytucją kontrolującą ją pośrednio – za pośrednictwem innej osoby prawnej. Powyższa relacja trzech podmiotów:

- 1) zamawiający,
- 2) osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego i jednocześnie kontrolująca osobę prawną, której zamawiający udziela zamówienia,
- 3) osoba prawna, której udziela się zamówienia, podległa osobie prawnej z pkt 2

przypomina swoją strukturą schemat „spółek matek i córek” znany z grup kapitałowych. W ramach tego schematu zamawiający kontroluje w sposób opisany powyżej „spółkę-matkę”, ta zaś w ten sam sposób kontroluje „spółkę-córkę”. Nie istnieje natomiast, dla udzielenia zamówienia wewnętrznego, konieczność, aby w takiej relacji instytucja zamawiająca kontrolowała „spółkę-córkę” (osobę prawną z pkt 3) bezpośrednio. Uwagi dotyczące osłabienia kontroli zamawiającego przedstawione wcześniej, pozostają również aktualne co do przedmiotowej kwestii.

¹³ komunikat Komisji Europejskiej, *Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe* (2016/C 276/01)

¹⁴ patrz przypis nr 9

W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp ujęto kolejną przesłankę, która musi być spełniona, aby było możliwe udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Przesłanka jest spełniona, jeśli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć ma wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a). Równowartość 90% jest regulacją bardziej restrykcyjną niż przewidziana w art. 12 dyrektywy klasycznej, która uznaje próg 80% działalności za wystarczający.

Reguły obliczenia procentu działalności, które należy interpretować w świetle brzmienia dyrektywy klasycznej, opisane zostały w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 8 ustawy Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, 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 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Zatem wskazać należy, że w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a) – bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Pojęcie „zadanie powierzone” dotyczy wszystkich grup zamawiających nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego” gminy. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątpienia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej

zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem) to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności. W odniesieniu natomiast do kwestii obliczenia procentu działalności w realizacji „zadań powierzonych” dla osób prawnych działających w podsektorze samorządowym, należy zauważyć, że aktywność gospodarcza takich podmiotów opiera się nie tylko na zleceniach otrzymywanych od instytucji zamawiających, ale także na realizacji ich zadań własnych w ich imieniu, które nie muszą mieć bezpośredniego odzwierciedlenia w strukturze przychodów tych osób prawnych. Wydaje się zatem, że obok zadań powierzonych samorządowym osobom prawnym w formie zleceń w ww. rozumieniu, do procentu działalności należy także zaliczyć zadania realizowane przez takie spółki jako zadania własne gminy (w rozumieniu ustawy o gospodarce komunalnej i wykonywane na podstawie poszczególnych „ustaw samorządowych”). Nieujęcie w procencie działalności zadań własnych, których wielkość jest, co do zasady, znaczna w ramach całej działalności osoby prawnej – doprowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień wewnętrznych w podsektorze samorządowym i mogłoby uniemożliwić udzielanie zamówień takim jednostkom, których przeważająca działalność dotyczy realizowania zadań własnych gminy, a znikoma (ale ujęta w przychodzie) – stanowi, np. pożytki z działalności podstawowej. Wydaje się, że trafnym uproszczeniem jest przyjęcie, że za działalność w ramach „zadań powierzonych” należy rozumieć działalność niekomercyjną osób prawnych (tj. świadczoną na rzecz/w imieniu zamawiającego, który taką działalność tej osobie prawnej powierzył). Zarazem, jak wskazał Trybunał w wyroku w sprawie *Undis Servizi*,¹⁵ w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

Jeżeli z uwagi na m.in. reorganizację ww. podmiotów, np. przekształcenia podmiotowe, reorganizacja struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności, dane te są niedostępne lub niewiarygodne, należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie, wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego zamawiającego. Jednakże, jeżeli nie jest

¹⁵ orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935, pkt 38

możliwe ustalenie procentu działalności z uwagi na to, że dane te są nieadekwatne lub nieaktualne, co wynika z okoliczności obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Terminu tego w ustawie Pzp nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) wskazano, że w kontrolowanej osobie prawnej nie może zaistnieć bezpośredni udział kapitału prywatnego. Jednakże zgodnie z art. 67 ust. 10 ustawy Pzp zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt 13 lit. c) i pkt 14 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 2015 r. poz. 696 i 1777) lub
- 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

Pomimo tego istotnego wyłączenia, przepis ustawy Pzp wprowadza rozwiązanie bardziej restrykcyjne niż przewidziane w art. 12 dyrektywy klasycznej, gdzie dopuszczono udział kapitału prywatnego pod warunkiem, że ma on charakter niekontrolujący i nieblokujący. Ustawodawca krajowy postanowił zatem, że dla udzielenia tego rodzaju zamówień publicznych konieczne jest wprowadzenie szczególnych rozwiązań uwzględniających nasze uwarunkowania krajowe.

b) Art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp

Na podstawie art. 67 ustawy z dnia 21 października 2016 r. *o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920), w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, w art. 1 w pkt 85 ustalono nową treść art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym

zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a), lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a),
- c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp statuuje kolejne dwie formy zamówień wewnętrznych: in-house odwrócony oraz in-house pomiędzy podmiotami podległymi temu samemu zamawiającemu. Pojęcia użyte w art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp do opisu charakteru powiązań między podmiotami zasadniczo muszą być interpretowane analogicznie jak pojęcia z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Nadmienić jednak należy, że w art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp ustawodawca odszedł od wymogu, ażeby podmiot nadzorowany był osobą prawną. Nie ma także wymogu, ażeby osobą prawną był podmiot nadzorujący. Oznacza to, że dopuszczalne na gruncie powyższego przepisu będzie udzielanie zamówień pomiędzy podmiotami, które będą hierarchicznie podporządkowanymi jednostkami sektora finansów publicznych (przy spełnieniu wszystkich pozostałych przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). Poprzez sprawowanie kontroli w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp należy rozumieć kontrolę, o jakiej mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp. Podobnie wymóg wykazania, że co najmniej 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę należy interpretować podobnie jak regulację z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp. Rozszerzono również w przepisie wymóg braku udziału kapitału prywatnego, który w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp dotyczy nie tylko podmiotu kontrolowanego, ale także kontrolującego. O ile jednak rozumienie „braku udziału kapitału prywatnego” jest powtórzeniem zasady z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) ustawy Pzp, o tyle ustawa Pzp w pkt 13) rozróżnia skutki wprowadzenia takiego kapitału do zamawiającego. Jak bowiem wynika z przywołanej już treści art. 146a ustawy Pzp, umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt

13 lit. c) lub 14 lit. c), udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 67 ust. 10. Oznacza to, że pojawienie się kapitału prywatnego po stronie zamawiającego nadzorującego nie skutkuje wygaśnięciem umowy o zamówienie wewnętrzne.

Przesłanki zastosowania instytucji in-house z art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp mają w dalszym ciągu charakter podmiotowy, ale doprecyzowano krąg zamawiających nadzorujących i nadzorowanych. Krąg zamawiających nadzorowanych (a zatem tych, którzy udzielają zamówienia) obejmuje wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. W odniesieniu do przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zmodyfikowano podmioty, którym można udzielić zamówienia, i tak, są to: podmioty posiadające status zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp oraz osoby prawne kontrolowane przez tego samego zamawiającego, który kontroluje jednostkę udzielającą zamówienia. Kontrola taka nie musi być tożsama, musi jednak niewątpliwie spełniać te same przesłanki w rozumieniu definicji z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podsumowując, ww. przepis pozwala na udzielanie zamówień w dwóch przypadkach:

- a) gdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, udzieli zamówienia zamawiającemu, który zachowuje nad nim pozycję dominującą (sytuacja odwrotna do opisanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), lub
- b) gdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, udzieli zamówienia innej osobie prawnej, jeżeli zarówno udzielający zamówienia jak i podmiot, któremu je udzielono pozostają w relacji zależności od tego samego zamawiającego posiadającego nad każdym z nich pozycję dominującą.

c) Art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, sprawuje nad daną osobą prawną 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 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp reguluje sytuację wspólnej kontroli zamawiającego wraz z innymi zamawiającymi nad jednostką wspólnie im podległą. Przesłanki zastosowania instytucji in-house mają charakter podmiotowy; krąg zamawiających, którzy mogą udzielić zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z tego przepisu został ograniczony do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Zakresem podmiotowym przepisu objęte są zatem wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp nie może udzielić zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, tj. podmiot prywatny wykonujący działalność sektorową albo przedsiębiorstwo publiczne, nawet jeśli jest jednym z podmiotów, które kontrolują podległą osobę prawną. Zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia jednostce podległej może skorzystać z przepisów wyłączających stosowanie ustawy (właściwych dla zamawiających sektorowych), tj. art. 136 ustawy Pzp, po spełnieniu przesłanek dopuszczających zastosowanie tego przepisu. Zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy.

Zamawiający może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej zależnej od zamawiających, wśród których występuje, którzy wspólnie go kontrolują. W orzeczeniu ETS ws. Coditel¹⁶ zwrócono uwagę, że kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym musi być skuteczna, ale nie jest konieczne, aby była ona sprawowana samodzielnie. ETS potwierdził tym samym zasadę stanowiącą, że

¹⁶ patrz przypis nr 10

kontrola w rozumieniu pierwszego kryterium określonego w sprawie Teckal¹⁷ może być sprawowana wspólnie.

Przepis umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki jeśli łącznie zostają spełnione trzy przesłanki, określone kolejno w lit. a) - c).

Przesłanka z lit. a) wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia, jeśli zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, sprawuje nad daną osobą prawną 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.

Niewątpliwie sprawowanie kontroli nad osobą prawną przez zamawiającego, ale występującego wspólnie z innymi zamawiającymi, ma inny charakter niż gdyby zamawiający kontrolował taką osobę prawną samodzielnie (przypadek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Pojęcie "sprawowania kontroli nad jednostką" zasadniczo odpowiada pojęciu z pkt 12 cytowanego artykułu i orzecznictwo przywołane przy tamtej okazji zachowuje aktualność także w tym przypadku, jednakże z uwzględnieniem istotnej różnicy jaką jest odniesienie tego pojęcia nie do konkretnego zamawiającego, ale łącznie do zamawiających działających wspólnie. Pojedynczy zamawiający, z racji tego, że występuje wspólnie z innymi zamawiającymi nie sprawuje, co do zasady, takiej samej kontroli nad jednostką kontrolowaną, jak nad własnymi jednostkami wewnętrznymi. Występuje naturalna w takiej relacji partycypacja „we władzy” nad jednostką nadzorowaną. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do podmiotów wspólnie kontrolowanych przez grupy zamawiających (np. spółki zajmujące się transportem międzygminnym, w których udziały mają gminy partycypujące w transporcie, spalarnie śmieci powołane i kontrolowane przez jednostki – udziałowców etc.) orzecznictwo musiało ustalić co oznacza zakres pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką", ale w odniesieniu do pojedynczego zamawiającego występującego jako element całości. Na kanwie tego wniosku ustalono pojęcie „kontroli analogicznej” lub „kontroli podobnej”, do kontroli w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie także w orzeczeniach ETS. W

¹⁷ patrz przypis nr 1

orzeczeniu ETS ws. Coditel¹⁸ stwierdzono, że w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających, „podobną kontrolę” mogą sprawować wspólnie te instytucje, zaś samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. W cytowanym już orzeczeniu Tragsa¹⁹ uznano, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą może być spełniony, jeżeli instytucja taka posiada tylko 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego. Orzeczenie wskazuje, więc że co do zasady, aby mówić o podobnym sprawowaniu kontroli nad spółką zamawiający pojedynczy winien posiadać w niej jakieś udziały. Z kolei w sprawie Econord (C-182/11 i C-183/11)²⁰ ETS stanął na stanowisku, że pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu, niezapewniającą jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką, pozwalałaby na obchodzenie przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką.

Podsumowując, wspólna, analogiczna kontrola możliwa jest nawet w przypadku, jeżeli odsetek posiadanych udziałów w spółce jest bardzo niski, pod warunkiem że prawa wynikające z tych udziałów są wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę. Powyższe ustalenia Trybunału Sprawiedliwości doprowadziły do wykształcenia się zasad wspólnego sprawowania kontroli, które zostały wyrażone w art. 12 ust. 3 dyrektywy klasycznej i transponowane do cytowanego art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a) ustawy Pzp. Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowane w tym składzie winny być wszystkie instytucje zamawiające, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jedną, kilka lub wszystkie instytucje), ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko instytucje zamawiające. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki analogicznie (a zatem wystarczająco, ażeby mógł jej udzielać zamówień z wolnej ręki). Jak zostało już powiedziane dominujący wpływ, o którym mowa w tirecie drugim, nie różni się od wpływu w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z tym tylko rozróżnieniem, że dotyczy

¹⁸ patrz przypis nr 10

¹⁹ patrz przypis nr 4

²⁰ orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 31

zamawiającego wspólnego. Przesłanka niedziałania w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad osobą prawną kontrolę oznacza, że kontrolowana osoba prawna nie musi wyrażać celów każdego z zamawiających, istotne żeby nie stała tym celom na przeszkodzie. Przeciwnie ujęcie (tożsamość celów każdego z zamawiających z celami osoby prawnej) oznaczałoby w praktyce, że wspólnie kontrolować osobę prawną mogliby tylko zamawiający posiadający identyczne cele, co czyniłoby regulację praktycznie niestosowną.

Przesłanki z lit. b) i c) mają takie samo znaczenie jak w przypadku analogicznych przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podnieść jednak należy, że procent działalności dotyczy łącznej działalności wykonywanej na rzecz wszystkich zamawiających wspólnych i wszystkich podległych im osób prawnych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp (także gdy podległe osoby prawne są kontrolowane przez co najmniej jednego z zamawiających na zasadach wspólnej kontroli, np. z innymi zamawiającymi).

4. Regulacja w zakresie współpracy międzyinstytucjonalnej - art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp

W świetle art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie pomiędzy co najmniej dwoma zamawiającymi oraz spełnione są wszystkie 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, oraz
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Wyjaśniając znaczenie pierwszej przesłanki, należy wskazać, że współpraca, o której mowa w lit. a) ww. przepisu, ma na celu wspólne zapewnianie wykonania zadania publicznego, do którego wykonania zobowiązani są wszyscy partnerzy. Celem takiej wzajemnej współpracy musi być zapewnienie wykonania usług publicznych, które zamawiający nawiązujący współpracę muszą wykonać z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Przy czym podkreślić należy, iż porozumienie o współpracy publiczno-publicznej musi ustanawiać lub wdrażać współpracę pomiędzy objętymi porozumieniem stronami na rzecz realizacji tych publicznych zadań, do których każda z tych stron jako podmiot publiczny jest powołana, a zatem wspólna misja zamawiających podejmujących

wzajemną współpracę winna przyświecać stronom już w momencie zawarcia umowy i nie może mieć charakteru doraźnego. Oznacza to także, że nie jest wystarczające, ażeby cel przyświecał jednemu z zamawiających, a dla drugiego był to cel jedynie niesprzeczny. Wspólne wykonanie zadania winno charakteryzować się zaangażowaniem i wzajemnymi zobowiązaniami stron umowy oraz powinno przyczynić się do powstania wzajemnych efektów synergii. Niekoniecznie oznacza to, że każdy ze współpracujących partnerów uczestniczy w faktycznym wykonaniu zadania w równym stopniu, współpraca może opierać się na podziale zadań lub określonej specjalizacji. Niemniej jednak umowie powinien przyświecać wspólny cel, do którego realizacji przyczynia się wspólna realizacja określonych zadań, często komplementarnych względem siebie. Konstrukcja współpracy publiczno-publicznej nie wymaga, by zakres działań, do których zobowiązani zostają partnerzy, był zawsze tożsamy. Wymogiem jest, aby działania wykonywane przez poszczególne instytucje prowadziły do wypełnienia celów partnerstwa. Aby spełnić warunki określone w ww. przepisie, współpraca pomiędzy instytucjami zamawiającymi powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Za współpracę nie można więc uznać jednostronnego powierzenia wykonania zadania przez jedną instytucję zamawiającą drugiej.

W odniesieniu do drugiej przesłanki wymienionej w 67 ust. 1 pkt 15 lit. b) ustawy Pzp wskazać należy, że z ogólnej interpretacji dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie wynika, że współpracę powinny regulować względy interesu publicznego. Dlatego też jeżeli przyświecają jej inne względy (tj. jest ona zasadniczo determinowana innymi względami), zwłaszcza komercyjnymi, nie będziemy mieli wówczas do czynienia ze współpracą, którą kierują jedynie względy publiczne. Stąd współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Innymi słowy, porozumienie o współpracy nie powinno obejmować działalności, która jest oferowana na wolnym rynku.

Dla oceny, czy wdrożeniem opisanej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym (przesłanka z lit. b)), niezbędna jest również szczegółowa informacja na temat charakteru danego porozumienia, w szczególności sposobu ustalenia wzajemnych rozliczeń przy realizacji usług objętych porozumieniem. Analiza takiego porozumienia musi wykluczać ewentualne korzyści stron o charakterze komercyjnym. Współpracę publiczno-publiczną powinny determinować wyłącznie względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Instytucja umów między podmiotami sektora publicznego, mimo że została włączona przez ustawodawcę krajowego do reżimu zamówień publicznych, stanowi jego specyficzną odmianę, w której element odpłatności musi być interpretowany w ten sposób, że obejmuje on wyłącznie zwrot kosztów poniesionych wzajemnie przez strony

porozumienia. Powyższa konstatacja wynika również z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału, w świetle którego współpraca ta nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw. W dokumencie Komisji Europejskiej (sygn.: sec(2011) 1169)²¹ podkreślono, że *współpracę regulują względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Tak więc, choć współpraca może przewidywać wzajemne prawa i obowiązki, nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw: świadczenie usług za wynagrodzeniem jest cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.*

Zatem porozumienie o współpracy międzyinstytucjonalnej zawarte przez podmioty publiczne nie może przewidywać ani przesądzać o udzieleniu ewentualnych zamówień publicznych, gdyż zadania publiczne przewidziane do wspólnej realizacji na mocy porozumienia winny być realizowane bezpośrednio przez umawiające się instytucje zamawiające. W kontekście regulacji art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej dalsze powierzenie realizacji zadania publicznego przez współpracujące instytucje zamawiające, albo nawet przez jedną z nich, winno nastąpić w trybie ustawy Pzp, gdyż do takiej sytuacji wyłączenie to nie znajduje zastosowania. Z ww. przepisu dyrektywy wynika zatem, że przepływ zasobów i odpowiedzialności za realizację publicznych zadań z jednej instytucji publicznej na inną nie jest objęty dyrektywą dopóty nie skutkuje kontraktowaniem zadań za wynagrodzeniem. Jeżeli w związku z realizacją porozumienia mogą powstać zapotrzebowania na realizację odpłatnych świadczeń przez którąkolwiek ze stron porozumienia, to tylko w zakresie nie objętym porozumieniem. Świadczenie usług za wynagrodzeniem jest bowiem cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

W celu oceny spełniania przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 15 lit. c) ustawy Pzp, tj. ograniczenia działalności do 10% wykonywania na wolnym rynku objętej przedmiotem współpracy, należy przyjąć, iż wymagane 10% działalności ustalane będzie poprzez odniesienie średniego przychodu z tytułu komercyjnego świadczenia usług do średniego przychodu uzyskiwanego z tytułu świadczenia tego rodzaju usług ogółem (tj. na wolnym rynku i poza nim). Proporcję należy zatem obliczać mając na względzie sferę działalności obu zamawiających, nie zaś konkretny przedmiot współpracy. Przykładowo, zamierzenie wdrożenia współpracy polegającej na wspólnej budowie konkretnego systemu teleinformatycznego będzie możliwe na gruncie przesłanki z lit. c) ww. przepisu, jeśli działalność na wolnym rynku każdego z podmiotów, polegająca na realizacji (różnych)

²¹ Dokument roboczy Komisji Europejskiej, *COMMISSION STAFF WORKING PAPER concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation')*; SEC(2011)1169/F1; DG ds. RYNKU WEWNĘTRZNEGO; data publikacji: 04/10/2011

projektów teleinformatycznych (a nie tego konkretnego – będącego przedmiotem współpracy), nie przekroczy 10% takiej działalności w tej sferze, dla każdego z nich. Interpretacja zawężająca (odniesienie procentu do przedmiotu współpracy, a nie do działalności podmiotów) może w ocenie Urzędu odkodować normę zawartą w przepisie w sposób niezgodny z celami dyrektywy.

Procent wykonywanej na wolnym rynku działalności objętej porozumieniem należy ustalić w sposób wskazany w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Uwagi interpretacyjne dotyczące tych przepisów zostały poczynione na okoliczność analizy przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) ustawy Pzp.

5. Moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówienia typu in-house

Istotnym zagadnieniem w zamówieniach „in-house” jest ocena, w jakim momencie bada się wystąpienie przesłanek pozwalających na udzielenie zamówienia z wolnej ręki oraz czy realizacja zamówienia z wolnej ręki może być kontynuowana, gdy podmiot realizujący, któremu udzielono zamówienia w trybie z wolnej ręki, przestanie te przesłanki spełniać. Co do zasady, fakt spełniania przesłanek bada się na dzień udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zakres kontroli i udział kapitału prywatnego musi być zgodny z przesłankami z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) i c) ustawy Pzp na dzień podpisywania umowy o zamówienie. Procent działalności określa się w oparciu o dane finansowe z ostatnich 3 lat poprzedzających zamówienie, co należy rozumieć jako dane o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia. Tym samym, udzielenie zamówienia w 2017 roku, oznaczać będzie dla zamawiającego przeanalizowanie źródeł przychodów za lata 2014 - 2016. Jeżeli zamówienie będzie udzielane przed dniem zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez organ zarządzający, np. na miesiąc marzec 2017 r. i brak jest zatwierdzonego sprawozdania za 2016 r. – do analizy źródeł przychodów należy posłużyć się sprawozdaniem niezatwierdzonym. Zasadniczo, jeżeli w trakcie realizacji zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki jako in-house zamawiający utraci nad jednostką kontrolę w taki sposób, że nie będzie możliwe spełnienie przesłanki z lit. a) – wygaśnięcie podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki i niewykonaną część zamówienia należy dokończyć w postępowaniu konkurencyjnym. W szczególności niedopuszczalne są zmiany dotyczące udziału kapitału prywatnego w osobie prawnej. W wyroku ETS ws. Sea²² stwierdzono, że jeżeli jednak zamówienie miałoby zostać udzielone

²² Orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa* ECLI:EU:C:2009:532, pkt 46 i dalsze

przedsiębiorstwu bez postępowania przetargowego, na podstawie wyjątku, z racji istnienia powiązania wewnętrznego, późniejsze nabycie udziału w tym przedsiębiorstwie przez inwestorów prywatnych w dowolnym momencie w okresie obowiązywania zamówienia stanowiłoby zmianę podstawowego warunku udzielenia zamówienia. W takich okolicznościach zamówienie musi zostać więc udzielone w postępowaniu przetargowym. Potwierdza to art. 146a ustawy Pzp, który stanowi, że umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt 13 lub 14 lit. c), udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 67 ust. 10.

6. Procedura udzielania zamówienia i obowiązek informacyjny

Ustawa Pzp stanowi, że zamówień typu in-house udziela się w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Procedura udzielania zamówień typu in-house nie różni się znacznie od procedury udzielania innych zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki, choć ustawodawca wprowadził szczególne rozwiązania mające zastosowanie tylko do zamówień typu in-house. Podkreślić na wstępie należy, że zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki uzależnione jest od spełnienia przesłanek określonych w ustawie dla tego trybu. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady prymatu trybów przetargowych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp), przesłanki zastosowania tego trybu (w tym, przesłanki dopuszczające możliwość udzielania zamówień typu in-house) należy interpretować ściśle.

W trakcie prowadzenia procedury mającej na celu udzielenie zamówienia typu in-house mają zastosowanie zasady generalne zamówień publicznych, w szczególności te wyrażone w art. 8 i art. 9 ustawy Pzp. Art. 9 ust. 1 ustawy Pzp statuuje tzw. zasadę pisemności i wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Na zamawiającym ciąży więc ustawowy obowiązek prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad wynikających z w/w norm (patrz także – art. 18 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020)). Ponadto zachowuje aktualność art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązki związane z prawidłowym dokumentowaniem postępowania. Zakres wymaganych informacji wskazano w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128). Z powyższą zasadą ściśle skorelowana jest zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dokumentacja postępowania w sprawie zamówienia in-house jest zatem jawna, chyba że ograniczenie wynika wprost z przepisów ustawy (art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Do czynności leżących po stronie zamawiającego i związanych z przygotowaniem postępowania stosuje się ogólne przepisy ustawy Pzp. W szczególności, zamawiający winien należycie oszacować wartość zamówienia typu in-house, stosując przepisy art. 32 ustawy Pzp i ocenić miejsce tego zamówienia w relacji do innych, udzielanych zamówień – art. 5b ustawy Pzp i kolejne. Ustawa Pzp w art. 2 pkt 7a określa moment wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, którym jest przesłanie zaproszenia do negocjacji. Art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje z kolei na minimalne wymogi formalne, które musi dopełnić zamawiający przesyłający zaproszenie (także, jeśli czyni to w celu udzielenia zamówienia typu in-house). Zgodnie z tym przepisem wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Katalog dokumentów stanowiących załączniki do zaproszenia jest katalogiem otwartym i zakres niezbędnych dokumentów określa autonomicznie zamawiający. Niemniej jednak przekazane dokumenty muszą pozwalać wykonawcy na ogólną orientację, co do zakresu planowanego zamówienia, innymi słowy, muszą stanowić podstawę do przeprowadzenia negocjacji. Z treści art. 68 ust. 1 ustawy Pzp wynika również, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się przepisów art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38. Oznacza to, że zamawiający nie przygotowuje w tym postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Powyższy przepis ma zastosowanie także na gruncie zamówień typu in-house.

W treści zaproszenia zamawiający wskazać winien co najmniej termin i miejsce przeprowadzenia negocjacji. Celem negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wynegocjowanie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą postanowień umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zobowiązany jest udokumentować przeprowadzone negocjacje, np. w formie protokołu z negocjacji.

Do zamówienia typu in-house udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki mają zastosowanie zasady dotyczące oceny podmiotowej wykonawcy. Na zamawiającym ciąży obligatoryjny wymóg zbadania wykonawcy, któremu udziela zamówienia wewnętrznego, pod kątem przesłanek wykluczenia, o jakich mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp. Pozostałe możliwości oceny wykonawcy pod kątem podmiotowym, są dla zamawiającego fakultatywne. Zamawiający może zatem (na zasadzie dobrowolności) zbadać wykonawcę także po kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 24 ust. 5 ustawy Pzp). Tryb zamówienia z wolnej ręki nie wyklucza możliwości postawienia wykonawcy warunków dotyczących zasobów, o jakich mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp (również na zasadzie dobrowolności). Choć ustawa Pzp nie stanowi o tym wprost, mając na względzie zasadę przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zakres stawianych warunków i podstaw niepodlegania wykluczeniu, wskazać należy w zaproszeniu do negocjacji.

Zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio. Forma i rodzaj pozyskiwanych dokumentów i oświadczeń uzależniona jest od wartości zamówienia i zakresu postawionych przez zamawiającego warunków. W przypadku, gdy wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający winien przed zawarciem umowy pozyskać od wykonawcy oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie odpowiadającym obligatoryjnym przesłankom z art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp, a jeżeli zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia lub postawił warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1b ustawy Pzp – także oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie odpowiadającym wybranym fakultatywnym przesłankom z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp lub oświadczenie potwierdzające spełnienie konkretnie postawionych warunków. W przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, zamawiający winien przed zawarciem umowy pozyskać od wykonawcy dokumenty odpowiadające obligatoryjnym przesłankom z art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp (wskazane w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126)), a jeżeli zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia lub postawił warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1b ustawy Pzp – także dokumenty odpowiadające wybranym fakultatywnym przesłankom z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (wskazane w ww. rozporządzeniu). Z oświadczeń i dokumentów winno wynikać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Art. 67 ust. 11 ustawy Pzp wprowadza do polskiego porządku prawnego nową instytucję jaką jest informacja o zamiarze zawarcia umowy (de facto obligatoryjne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy), właściwą dla wszystkich zamówień typu „in-house” i w zakresie współpracy, tj. art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 ustawy Pzp. Ten szczególny obowiązek informacyjny o charakterze obligatoryjnym jest niezależny od fakultatywnego ogłoszenia ex ante, z którego zamawiający mogą korzystać w odniesieniu do wszystkich zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może zamieścić dodatkowo fakultatywne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, publikowane w oficjalnym publikatorze, w zależności od wartości zamówienia, w BZP (wartości poniżej tzw. progów unijnych) lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wartości przekraczające tzw. progi unijne).

Publikacja ogłoszenia dotyczącego zamówień z wolnej ręki typu in house ma jednak szczególne znaczenie – jest to obowiązek zamawiającego. Niezależnie zatem od wartości zamówienia miejscem publikacji takiej informacji jest Biuletyn Informacji Publicznej (BIP), a jeżeli nie ma takiej strony, własna strona internetowa zamawiającego. Brak jest obowiązku zamieszczenia informacji, o jakich mowa w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, określa także zakres obligatoryjnej informacji, która zawierać musi co najmniej:

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

Ustawodawca nie określił konkretnego terminu kiedy informacja winna zostać zamieszczona na stronie, wskazując jedynie, że winno to nastąpić przed udzieleniem zamówienia, a zatem przed zawarciem umowy w sprawie in-house. Oznacza to, że dopuszczalne będzie zamieszczenie powyższej informacji niezwłocznie po przekazaniu zaproszenia do negocjacji, w trakcie trwania procedury negocjacyjnej lub po zakończeniu negocjacji pomiędzy stronami, gdy podmioty wynegocjują już postanowienia umowy – a przed zawarciem umowy.

Zamieszczenie powyższej informacji skorelowane jest z treścią art. 67 ust. 12 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie ust. 1 pkt 12-15 (udzielić zamówienia typu in-house) nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji, o której mowa w ust. 11. Zawarcie umowy przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12 spotyka się z doniosłą sankcją, gdyż tak zawarta umowa o zamówienie typu in-house podlega unieważnieniu, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po udzieleniu zamówienia in-house (zawarciu umowy) na zamawiającym ciążyą dwa obligatoryjne obowiązki informacyjne. Pierwszy, wynikający z art. 95 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp i dotyczący każdego udzielanego zamówienia polega, odpowiednio, na zamieszczeniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub na przekazaniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w terminach 30 dni od dnia zawarcia umowy. Drugi, właściwy tylko dla zamówień typu in-house opisany został w art. 67 ust. 13 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej informację, o udzieleniu zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12-15, zawierającą co najmniej:

- a) nazwę i adres zamawiającego,
- b) określenie przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia oraz wartości zamówienia,
- c) nazwę i adres wykonawcy, z którym została zawarta umowa,
- d) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia,
- e) termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy,
- f) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało opublikowane,
- g) informację o terminie i miejscu zamieszczenia lub opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 95 ust. 1 i 2.

W sytuacji zaś, gdy nie dojdzie do udzielenia zamówienia typu in-house zamawiający, na podstawie art. 67 ust. 13 pkt 2 ustawy Pzp, zamieszcza niezwłocznie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej informację, o nieudzieleniu zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12-15, zawierającą co najmniej:

- a) nazwę i adres zamawiającego,
- b) wskazanie informacji, o której mowa w ust. 11.

Ustawodawca zatem regulując w ustawie Pzp zamówienia typu in-house, wprowadził w odniesieniu do tego rodzaju zamówień obowiązek dodatkowego publikowania informacji, a *de*

facto ogłoszeń, odnoszących się do zamówień typu in-house. Obowiązek ten dotyczy zarówno okresu przed udzieleniem zamówienia (informacja o rozpoczęciu procedury udzielenia takiego zamówienia), jak też po jego udzieleniu (informacja o zakończeniu procedury w tym również w przypadku nieefektywnego zakończenia tej procedury, tj. nieudzielenia zamówienia typu in-house). Powyższe stanowi wyraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz przejaw zasady przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca uznał, że najbardziej miarodajnym i wystarczającym w tym zakresie będzie publikator elektroniczny w formie BIP.

7. Art. 4 pkt 13 ustawy Pzp

Należy zauważyć, że polski ustawodawca pozostawił w mocy art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, funkcjonujący już we wcześniejszym stanie prawnym, choć nadał mu nowe brzmienie. Zgodnie z ww. przepisem ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
- b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.).

Jedynie w celu przypomnienia należy zwrócić uwagę, że wyłącznie z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp ma charakter ściśle podmiotowy i dotyczy wyłącznie „instytucji gospodarki budżetowej”, o której mowa w art. 9 pkt 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Z art. 23 ww. ustawy wynika, że instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, tworzoną przez: a) ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek lub b) organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 tej ustawy, jako organu wykonującego funkcje organu założycielskiego. Tzw. „mały in-house” ma zatem zastosowanie jedynie dla zamawiających sektora rządowego. Przesłanka określona w art. 4 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp ma na celu wykazanie, że instytucja gospodarki budżetowej w zasadniczej mierze wykonuje zadania jedynie na rzecz zamawiającego, wobec czego dane zamówienie ma charakter wewnętrzny. Wykonywanie zadań publicznych na rzecz organu

założycielskiego ma miejsce, wtedy gdy instytucji gospodarki budżetowej zostaje zlecona realizacja zadań publicznych, do których zobowiązany jest sam organ. Oznacza to zatem, że wszelka inna niż wyżej opisana działalność instytucji gospodarki budżetowej musi stanowić mniej niż 20% ogółu jej działalności. Jednakże ustawodawca nie przewidział stosownego odwołania do normy art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, która reguluje kwestie dotyczące sposobu obliczania procentu działalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Pzp. Niemniej jednak, analizując treść normy wyłączającej stosowanie ustawy należy dokonać wykładni prounijnej przepisów prawa krajowego, której celem jest zapewnienie zgodności norm prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej, tak, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie (tzw. zasada skutku pośredniego dyrektywy). Tym samym, w celu jego ustalenia zamawiający powinien zastosować normę zawartą w art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE. Innymi słowy, należy przyjąć, że do obliczania odsetka działalności, o którym mowa w art. 4 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp, zastosowanie znajduje norma zawarta w art. 12 ust. 5 dyrektywy klasycznej. Przesłankę z lit. b) należy odczytywać analogicznie jak przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp.

8. Podwykonawstwo w zamówieniach typu „in-house” i w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej

Zasadą w zamówieniach publicznych jest możliwość podzlecenia zamówienia przez wykonawcę kolejnym podmiotom – podwykonawcom. Na gruncie zamówień wewnętrznych ta generalna zasada nie jest wyłączona, niemniej jednak specyfika zamówienia wewnętrznego może na nią oddziaływać. Zamówienie wewnętrzne jest sposobem wykonywania zadań przez instytucje zamawiające, jednak odrębnie niż ma to miejsce przy standardowych zamówieniach publicznych, zadania wykonuje się przy wykorzystaniu zasobów własnych i zasobów podmiotów ściśle od zamawiających uzależnionych. Z powyższego konsekwentnie wynika, że aby uzyskać zamówienie wewnętrzne podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia – takie zamierzenie winno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotne jest jego zdolność do realizacji konkretnego

zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom - to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Pzp. Dopuszczalne natomiast wydaje się natomiast podzlecenie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Podobnie, zastosowanie znajdą ogólne przepisy o zamówieniach publicznych, gdy wymóg pozyskania zasobów nieznajdujących się w dyspozycji zamawiających dotyczyć będzie prowadzonej przez nich współpracy międzyinstytucjonalnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Potwierdzeniem reguły, że udzielenie zamówienia wewnętrznego musi być ściśle skorelowane ze zdolnością podmiotu do jego wykonania, jest także art. 36a ust. 2a ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót. Wymóg osobistego wykonania kluczowych części jest niczym innym, jak założeniem, że podmiot otrzymujący zamówienie wewnętrzne jest samodzielnie zdolny do jego realizacji. Nie jest dopuszczalne korzystanie przy realizacji kluczowych części zadania z potencjałów innych podmiotów. Definicję użyteczności publicznej w rozumieniu tego przepisu można zaczerpnąć z ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, w której w art. 1 ust. 2 stwierdzono, że celem zadań o charakterze użyteczności publicznej jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Powyższa definicja zachowuje aktualność zasadniczo, gdy zamawiającym jest jednostka samorządu terytorialnego, bądź zamawiający jest takim jednostkom podległy, bądź działa w szeroko rozumianym „podsektorze samorządowym” (np. niektórzy zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)²³. W odniesieniu do zamawiających nie mających takiego charakteru powyższa definicja może być stosowana jedynie odpowiednio.

²³ istotne w tym kontekście jest odniesienie się także do zadań jednostek samorządu terytorialnego określonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, Poz. 1591 ze zm.), ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, Poz. 1592 ze zm.), ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 486, 1948 i 2260) oraz ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r., Nr 9, Poz. 43 ze zm.)

Usługi mające charakter usług użyteczności publicznej można odszukać w ustawach prawa administracyjnego materialnego²⁴.

W pozostałym zakresie możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną wykonania części zamówienia podwykonawcom, wynikająca z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp winna być interpretowana w sposób zawężający. W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której instytucje zamawiające podzlecałyby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień. Niewątpliwie taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z celem wyjątkowego rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 ustawy Pzp oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług i robót budowlanych przez zamawiających i podmioty przez nich kontrolowane. W skrajnych przypadkach prowadziłoby to do uchylania się przez te podmioty od obowiązku udzielania zamówień w trybach podstawowych. Każdorazowo zlecenie świadczenia poza układ współpracy wewnętrznej winno mieć miejsce z uwzględnieniem bezwzględnego zakazu obejścia zasady konkurencyjności i przejrzystości zamówień publicznych.

²⁴ przykładem takiej usługi jest zaopatrywanie ludności w energię gazową (ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.)).