

Kraków, dnia 31 lipca 2023 r.

Prof. dr hab. Konrad Kohutek
Wydział Prawa, Administracji
i Stosunków Międzynarodowych
Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego

RECENZJA

Rozprawy doktorskiej mgr Bartosza Karola Kotowicza pt.:

„Wpływ zamówień in-house na konkurencję na rynku zamówień publicznych”

1. Przedmiotem niniejszej recenzji (dalej, „Recenzja”) jest rozprawa doktorska autorstwa Pana mgr Bartosza Karola Kotowicza dotycząca instytucji tzw. zamówień in-house, czyli w ogólnym ujęciu zamówień udzielnych w trybie bezprzetargowym, tj. na rzecz jednego wykonawcy. Temat ten jest interesujący oraz mający istotne znaczenie praktyczne. Choć przedmiotowy tryb udzielania zamówienia stanowi wyjątek od zasad ogólnych to w ostatnich latach coraz częściej jest stosowany (jak to dostrzeżono w samej pracy z roku na rok odsetek zamówień udzielnych w tym trybie rośnie).

2. Praca obszernie przedstawia unijne oraz krajowe unormowania dotyczące instytucji zamówień in-house. Jako że instytucja ta wypracowana została w judykaturze sądów UE, w rozprawie w szerokim zakresie odwołano się do orzecznictwa. Przytaczane wyroki są właściwie dobierane oraz komentowane, nierzadko zawierając własną ocenę Autora. Sprawia to, że – jak to określił Autor – „nadrzędny cel” rozprawy polegający na „wielopłaszczyznowej ocenie aktualnie obowiązujących przepisów” (s. 25) – można uznać za zrealizowany.

3. Zaletą rozprawy jest **co najmniej dobry** (zwłaszcza jak na prace doktorskie) **warsztat naukowy**. Autor wykorzystał ponad 200 pozycji literatury krajowej i zagranicznej (w tym zwłaszcza anglojęzycznej), a także ponad 200 orzeczeń, w tym przeszło 150 wyroków krajowych (głównie KIO), oraz kilkadziesiąt judykatów unijnych.

Praca zawiera obszerną prezentację dorobku orzeczniczego z zakresu zamówień publicznych w kwestiach, które mają bezpośredni czy też pośredni związek z tytułową

tematyką. Przy tej okazji Autor dostrzega istotne problemy, które są (lub mogą być powodowane) wskutek stosowania zamówień in-house.

4. Rozprawa ma transparentny układ i konstrukcję. Napisana została dobrym językiem. Wywody Autora są zazwyczaj zrozumiałe, logiczne i uzasadnione (z zastrzeżeniami zawartymi w punkcie 7-7.4 Recenzji). Niektóre zagadnienia zaprezentowane zostały graficznie w formie tabel, wykresów czy też diagramów, (co także jest zaletą opiniowanej dysertacji) w oparciu o nowe/aktualne (na moment oddania pracy) dane.

5. Zamówienia in-house w praktyce najczęściej udzielane są na rzecz spółek komunalnych, których funkcjonowanie podlega także szczególnym administracyjno-prawnym unormowaniom, jak w szczególności ustawa o gospodarce komunalnej. Autor nierzadko sięga do tych unormowań osadzając badane zagadnienia w szerszym kontekście prawnym (jakkolwiek pomija wątki z innej dziedziny, tj. prawa konkurencji, które - w mojej ocenie – powinny być - choćby w nieznacznym oraz relewantnym zakresie - zbadane w pracy o tematyce odnoszącej się do wpływu instytucji prawnej na konkurencję (zob. pkt 7 Recenzji).

6. Zaletą rozprawy jest dobry język, tj. zachowanie zasad stylistyki i gramatyki (z drobnymi zastrzeżeniami. Praca zawiera nieliczne błędy pisarskie (tzw. literówki), jak np. na str. 314 („przysypka”), na str.298 („który powierzają”), na str. 271 („budową ora przebudową”) lub na str. 219 („w zakresie wyboru sposoby”). Do rzadkości należą zwroty niestylistyczne (lub niezrozumiałe), jak np. na str. 320: „Zamówienia publiczne charakteryzuje więc efektywna konkurencja, która umożliwia jednocześnie wydatkowanie środków publicznych w ekonomicznie efektywny pod względem ekonomicznym sposób...”.

7. Podstawową tezą pracy jest przyjęcie, że udzielanie zamówień in-house przez zamawiających ma negatywny wpływ na konkurencję na rynku zamówień publicznych. Ponadto Autor zakłada, że „stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną art. 16 pkt 1 ZamPublU, co powoduje konieczność dokonania zmian w aktualnym porządku prawnym” (s. 24). Choć *prima facie* cytowana teza wydaje się być klarowna, to jednak przy bliższej analizie zagadnienia rodzi pewne niejasności. Wynikają one z braku (przynajmniej wyraźnego) przesądzenia w pracy znaczenie (tytułowego) pojęcia „**konkurencja na rynku zamówień publicznych**”. Lektura pracy nie pozwala bowiem – w mojej opinii – na ustalenia (a z

pewnością w sposób jednoznaczny), czy pojęcie to należy postrzegać jako „instytucję autonomiczną” na potrzeby tej gałęzi prawa (czyli zwłaszcza interpretowaną w świetle jednej z naczelných zasad tego prawa czyli **zasady uczciwej konkurencji**; zob. art. 16 Prawa zamówień publicznych, dalej „PZP”), czy też jako konkurencję w rozumieniu wiodącej ustawy, która służy jej ochronie, czyli tzw. ustawy antymonopolowej (ustawa z dnia 17.2.2007 r.; dalej, także jako „u.o.k.k.”), czyli jako konkurencję, która - o ile narusza interes publiczny (o jakim mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k.) – może powodować interwencje Prezesa UOKiK (a w razie naruszenia unijnych reguł konkurencji także Komisji Europejskiej).

7.1. Z jednej strony zastrzeżenie (zawarte już w samym tytule pracy), że chodzi o konkurencję „na rynku zamówień publicznych” przemawia za tym pierwszym podejściem, czyli przyjęciem, że **wpływ zamówień in-house na konkurencję** – a ściślej wpływ negatywny (gdyż do takich wniosków dochodzi Autor) - należy pojmować wyłącznie (lub przede wszystkim) jako **przejaw naruszenia zasady uczciwości konkurowania** na gruncie („w systemie”) prawa zamówień publicznych, czyli zwłaszcza w rozumieniu art. 16 PZP, czyli konkurencji utożsamianej z takimi wartościami jak: „równość szans” (też z resztą wyartykułowanej w tym przepisie), „sprawiedliwość”, czy też „współzawodnictwo”) zatem inaczej niż konkurencji pojmowanej na gruncie reguł antymonopolowych. Jednocześnie zasadność takiego podejścia można także wydedukować (nawet w sposób jak się wydaje jednoznaczny) ze stwierdzeń samego Autora, jak np. tego, że „uczciwa konkurencja jest (...) fundamentalną wartością prawa zamówień publicznych, kreującą przede wszystkim określone obowiązki po stronie zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (str. 283). Z takim podejściem można się zgodzić, a przynajmniej można je zaakceptować. Jednocześnie wówczas **za uzasadnione (przynajmniej po części) uznać należy pominięcie w pracy zagadnień rozpatrujących przypadki (możliwego) ograniczenia konkurencji** (w rozumieniu ‘antymonopolowym’) **przez udzielanie zamówienia w trybie in-house** (i to niezależnie od tego czy spełniono w danym wypadku przesłanki skorzystania z takiego trybu – tzw. wymogi Teckal; zob. też niżej). W istocie w takim wypadku sam temat pracy, jak też i jej główna teza oraz jej wykazanie (w wystarczającym/zadowalającym stopniu) przemawiają niejako „na korzyść Autora”, nie mogąc podważać (finalnie) pozytywnej oceny rozprawy. Wydaje się zarazem, że właśnie taką intencję miał Autor, tj. wyżej opisanego „zawężenia” pojmowania konkurencji (ściślej uczciwości konkurencji) do tego w znaczeniu „systemu prawa zamówień publicznych” (zob. też niżej, pkt 7.3, 7.5 Recenzji), a zwłaszcza w myśl zasady uczciwości konkurowania w rozumieniu art. 16

PZP. Koresponduje to zarazem z wiodącym stanowiskiem doktryny PZP, w którym tak właśnie rozumie się wspomnianą zasadę ochrony konkurencji (zasadę "konkurencyjności"), w tym przez pryzmat „równości” (zatem abstrahując od wątków ochrony konkurencji w „innym wymiarze”, w tym ‘antymonopolowym’). Zakładając jednak taką intencję Autora, wówczas – w mojej opinii – należałoby już na wstępie rozprawy (choćby w kilku zdaniach) wyraźnie to wyjaśnić, a mianowicie, to że teza pracy (jej tytuł) należy odnosić (a raczej powinno się zawęzić) do wpływu zamówień in-house na konkurencję pojmowaną w sposób „autonomiczny”, czyli obowiązujący tylko w „systemie/rynku zamówień publicznych”, przy czym nawet niekonieczne w rozumieniu ustawy o zwalnianiu nieuczciwej konkurencji (pomijając fakt, że w doktrynie PZP czasem także i do tejże ustawy odwołuje się na potrzeby pojmowania konkurencji o jakiej mowa w art. 16 PZP).

W powyższej sytuacji zatem **za usprawiedliwione można uznać odstąpienie przez Autora od analizy wpływu zamówień in-house na konkurencję jaką należy chronić w interesie publicznym o jakim mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k.** i tym samym poprzestanie na samym zasygnalizowaniu takiego problemu, czyli zwłaszcza przypadków możliwości nadużycia pozycji dominującej poprzez sam fakt udzielania takiego zamówienia (o czym zarazem Autor w samej pracy kilkakrotnie wspomina, co świadczy, że dostrzega ów problem; zob. niżej).

Reasumując tą część Recenzji uznać zatem należy, że **Autor postanowił zbadać problem wpływu zamówień in-house nie tyle na konkurencję jako taką** (wówczas bowiem co najmniej „intuicyjnie” wymagane stałoby się sięgnięcie do instytucji antymonopolowych – czyli tych zawartych w dorobku prawa ochrony konkurencji), ale zbadać/ocenić zgodność tych zamówień przede wszystkim z zasadą uczciwości konkurowania (konkurencyjności) w rozumieniu prawa zamówień publicznych oraz (przynajmniej co do zasady) bez wykraczania poza takie ramy. Można to zaakceptować jako prawo „naukowe” Autora, co wszak czyni pracę „uboższą” pod względem merytorycznym (patrz niżej), ale zarazem nie podważa (finalnie) pozytywnej oceny rozprawy.

7.2. Z drugiej strony z poszczególnych fragmentów pracy wynika, że Autor (co najmniej) sugeruje (nie wiem czy w sposób zamierzony), że nie do końca jego intencją było ograniczenie pojęcia konkurencji (zwanej też czasami - „konkurencyjności”) tylko do tej wykładanej przez pryzmat zasady ochrony uczciwości konkurowania na gruncie PZP, ale konkurencji pojmowanej w sposób jaki ma to miejsce na gruncie reguł antymonopolowych (uwypuklając takie wartości jak efektywność, niskie ceny, jakość – zatem dobrobyt

konsumentów). Autor sam pisze o „efektywnej konkurencji” w dziedzinie zamówień publicznych (str. 15, 283, 320). Co więcej, w jednym miejscu posługuje się terminologią ewidentnie wskazującą na właśnie „antymonopolowe” pojmowanie konkurencji. Na stronie 30 stwierdza, że „pomimo stosunkowo krótkiego czasu obowiązywania reguł dotyczących udzielania zamówień in-house, w tym rozdziale omówiono przypadki, w których prowadzenie postępowania **przeciwdziało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji**” [podkreślenie moje, K.K.]. Wytłuszczone słowa są przecież identyczne do tych jakie zawarto w przepisie ustawy antymonopolowej zawierającej tzw. małą klauzulę generalną określającą nadużycie pozycji dominującej w postaci tzw. praktyki wykluczającej (zob. art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). Być może Autor użył takiego sformułowania w sposób niezamierzony, tj. bez intencji odwołania się do takiej właśnie (‘antymonopolowej’) konstrukcji z tego przepisu. Czysto językowa analiza tego fragmentu („osadzona” w świetle ww. przepisu) na taką wszak intencję wskazuje.

7.3. Niezależnie od powyższych uwag - oraz przy aprobacie przyjętego w recenzowanej pracy zawężenia konkurencji do tej rozumianej wąsko, tj. tylko w „systemie”/”na rynku” zamówień publicznych na jaką mają mieć wpływ zamówienia in-house - uważam jednak, że pominięcie (a ściślej brak stosownego rozwinięcia) problematyki wpływu udzielania tego rodzaju zamówień na konkurencję (‘w ujęciu antymonopolowym’) - co najmniej - może budzić pewien niedosyt. Jednocześnie chodziłoby mi niekoniecznie o zgłębną (tj. zwłaszcza ponad kilkudziesięciostronicową lub dłuższą) analizę, ale o (choćby zawarty na ok. 15-20 stronach) wywód w tym zakresie (co wcale także nie wyklucza zamieszczenia tego w osobnym rozdziale lub podrozdziale). Jest to o tyle istotne, że **wzmiankowane zagadnienie jest kontrowersyjne – rodzące problemy w praktyce** (zob. niżej), które właśnie w ramach tego rodzaju prac naukowych (jak doktorat) – w mojej ocenie – powinny być rozstrzygane (lub choćby bliżej omawiane), a nie tylko zasygnalizowane.

Oczywiście bardzo dobrze, że Autor jest świadomy powyższych problemów, gdyż sam zwraca na nie uwagę. I tak - bazując na judykaturze UE – konstatuje, że zamawiający podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia in-house powinien ocenić nie tylko spełnienie podstawowych warunków, wyznaczonych przez przepisy unijne, ale także wpływ danego zamówienia na pozostałych uczestników rynku – m.in. pod kątem jego **oddziaływania na konkurencję oraz zapobiegania wykorzystania pozycji dominującej przez zamawiającego**” [podkreślenie moje, K.K.] (str. 291) albo - cytując KIO - stwierdza, że „Dodatkowo Izba uznała działanie zamawiającego za przejaw nadużycia pozycji dominującej

na rynku” (str. 278). W innym miejscu Autor zauważa, że „w sytuacji, gdy usługa publiczna na podobnych warunkach oraz o przybliżonej jakości może być świadczona przez wykonawców zewnętrznych bez negatywnego wpływu na konkurencję, ale gmina posiada status dominanta, decyzja o zleceniu usługi należącej do niej spółce, z pominięciem przetargowego trybu **może zostać uznana za nadużycie pozycji dominującej**” [podkreślenie moje, K.K.] (str. 284). Jeszcze w innym miejscu Autor - już bardziej ogólnie – podnosi że „Uprawnienie do udzielenia zamówienia in-house nie może **naruszać zakazu negatywnego oddziaływania na konkurencję**” [podkreślenie moje, K.K.] (str. 285), czyli – jak można się domyślać - chodzi tu nie tylko o możliwe naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.k./art. 102 TFUE), ale być może także zakazu porozumień antykonkurencyjnych z art. 6 u.o.k.k./art. 101 ust. 1 TFUE. Trudno to jednoznacznie przesądzić, bo przecież praca – zgodnie z tytułem – ma się ograniczać do oceny wpływu zamówień in-house na rynku zamówień publicznych, czyli „w ramach przepisów PZP” lub innymi słowy w ramach „systemu” zamówień publicznych (zob. też str. 321, na której czytamy, że „dążenie do zapewnienia efektywności zakupów ze środków publicznych nie zmienia jednak rangi przypisywanej **ochronie konkurencji w systemie zamówień publicznych**”) [podkreślenie moje, K.K.].

W każdym razie konkretny problem, który – w moim przekonaniu - powinien zostać w pracy rozwinięty to odpowiedź na pytanie, **czy udzielenie zamówienia in-house może być uznane za przejaw nadużycia pozycji dominującej, a jeśli tak to kiedy (w jakich przypadkach)**, tj. jakie warunki powinny być spełnione, w tym warunki podmiotowe (odnoszące się zwłaszcza do samego zachowania zamawiającego – dominanta [wymóg posiadania pozycji dominującej jest oczywiście konieczny i nie budzi wątpliwości], ale także warunki przedmiotowe (tj. dotyczące sytuacji na rynku, w tym rynku właściwym w rozumieniu u.o.k.k.). W szczególności czy spełnienie przesłanek z prawa zamówień publicznych uprawniających do skorzystania z procedury in-house wyklucza (per se) stwierdzenie naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej, czy tylko w przypadku braku spełnienia tych warunków (albo przeciwnie: czy nawet mimo braku spełnienia tych warunków nie ma podstaw do stwierdzenia kolizji z zakazem z art. 9 u.o.k.k./art. 102 TFUE). W mojej ocenie trafnie konstatuje Autor, że „samo skorzystanie z instytucji in-house nie prowadzi jednak z założenia do nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej” (s. 279); niestety bliżej już tej odpowiedzi nie uzasadnia, tj. dlaczego – przynajmniej z założenia - nie można tu mówić o nadużyciu.

Doniosłość wskazanego tu problemu dla problematyki recenzowanej rozprawy wynika choćby z dwóch następujących wątków. Po pierwsze, powyższe kwestie są sporne w

judykaturze, co dodatkowo przemawia za tym, aby ich omówienie (tym bardziej rozwiązanie/propozycja rozwiązania) znalazło się w tego rodzaju pracy doktorskiej. Sam Autor, przytaczając stanowiska orzecznicze raz stwierdza, że „**decyzja zamawiającego o udzieleniu zamówienia in-house nie musi zostać poprzedzona weryfikacją konkurencji na rynku właściwym** [taki rynek to przecież 'instytucja antymonopolowa' – wtrącenie moje, K.K.] **dla przedmiotu zamówienia**. Wystarczające jest bowiem spełnienie przesłanek określonych w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE (na gruncie ZamPublU – art. 214 ust. 1), których dyspozycja nie przewiduje od zamawiającego obowiązku przedłożenia takiej analizy” (str. 280) [podkreślenie moje, K.K.]. W innym zaś miejscu Autor zauważa, że „w orzecznictwie wypracowano **pogląd zgodnie z którym przy zamówieniach in-house należy brać pod uwagę dodatkowe kryteria, wynikające m.in. z krajowych ustaw chroniących konkurencję** takie jak: ciągłość, jakość i dostępność usługi oraz ich wpływ na równe traktowanie i konkurencję” (str. 285) [podkreślenie moje, K.K.]. Także w kluczowym wyroku w sprawie **Irgita** (inna sprawa, że obszernie cytowanym i omawianym w rozprawie – i słusznie!) sąd wskazał, że „udzielenie zamówienia typu in-house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)–c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii”. Taka konkluzja co najmniej sugeruje (o ile nie przesądza), że udzielanie zamówienia in-house (także zgodnego z przesłankami „regulacyjnymi” tj. z prawa zamówień publicznych) nie wyklucza uznania, że mogło dojść do ograniczenia konkurencji, a ściślej do naruszenia reguł prawa konkurencji (zwłaszcza art. 9 u.o.k.k./art. 102 TFUE). Można rzec, że cytowany fragment z wyroku w sprawie Irgita stwierdza „aż tyle”, ale zarazem „tylko tyle”, gdyż nie precyzje (a nawet ogólnie nie określa) warunków jakie muszą być spełnione, aby udzielenie zamówienia in-house nie naruszało zakazu z art. 102 TFUE. Przepis taki – czy też jego „poprzednik” (art. 82 TWE) - w ogóle nie został w wyroku tym (ani razu!) powołany. Nie można zatem zgodzić się z Autorem, który (powołując się na ów wyrok) konstatuje, że „Wyrok Trybunału Sprawiedliwości doprecyzował zatem warunki umożliwiające zastosowanie trybu in-house, zapewniając poszanowanie fundamentalnych zasad zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji **oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej**” (str. 315) [podkreślenie moje, K.K.]. Owszem wyrok ów być może doprecyzował warunki stosowania trybu in-house, ale już nie warunki oceny takiego trybu na gruncie wspomnianego zakazu (dlatego też bliższe zaprezentowanie tejże tematyki - w mojej ocenie - powinno znaleźć się w pracy). Tym bardziej, że wspomnianego doprecyzowania brak nie tylko w wyroku w sprawie Irgita, ale – wedle mojej wiedzy - także w jakimkolwiek innym wyroku unijnym (a tym bardziej krajowym), tj., pozwalającym bliżej określić relacje w jakich pozostaje udzielanie zamówień

in-house do reguł prawa ochrony konkurencji (reguł mających tę konkurencję chronić). Zgłębienia tej matematyki (niekoniecznie w obszerny sposób) zabrakło w niniejszej pracy. Tymczasem – jak to już sam tytuł jej determinuje – jej osią przewodnią jest (miała być) ewaluacja wpływu tego rodzaju zamówień właśnie na konkurencję.

Po drugie sam Autor – także w ramach konkluzji końcowych – (trafnie) podsumowuje, że udzielanie zamówienia prowadzi (z pewnością zaś może prowadzić) do ograniczenia konkurencji, a zarazem cyt. „regulacje prawne w zakresie zamówień publicznych in-house (...) nie chronią konkurencji na rynku zamówień publicznych” (zob. str. 333 oraz znajdująca się tam tabela – jej trzeci „kwadrat”). Następnie Autor dodaje, że w takim przypadku dochodzi do „monopolizacji” (danego rynku czy też danego obszaru gospodarki; zob. str. 281, 326, 327, 332). Z takim stwierdzeniem Autora trudno się zgodzić jednakże właśnie w takim przypadku celowe (zasadne) jest zastosowanie – a przynajmniej rozważenie zastosowania (właśnie w ramach pracy doktorskiej o takiej tematyce jak niniejsza) – instrumentów z innych dziedzin prawa (zatem nie tylko z „z zakresu zamówień publicznych”) jak zwłaszcza reguły antymonopolowe, włączając w to możliwość interwencji administracyjnej (tj. przez Prezesa UOKiK). Prawo zamówień publicznych nie wyklucza – jak się wydaje – reżimu tych reguł, ale to też należałoby bliżej omówić (zob. niżej). Przecież reguły te właśnie mają na celu (m.in.) zapobieganie negatywnym dla rynków (różnych „obszarów gospodarki”) skutkom monopoli (monopolizacji), zatem zapobiegania (eliminowania) negatywnych zjawisk do jakich prowadzić może udzielanie zamówień in-house.

7.4. Powyższe rodzi również potrzebę nawiązania do reguły z art. **3 u.o.k.k.** czyli odpowiedzi na pytanie, czy udzielanie zamówienia in-house można/należy (nie należy) traktować jako ograniczenie konkurencji dopuszczane na gruncie innych ustaw (tu ustawy – Prawo zamówień publicznych) i stąd wyłączone z reżimu antymonopolowego czy też nie.

Jest to o tyle istotne, że po pierwsze, podobne „wyłączenie” reguł antymonopolowych przewidziano w **art. 106 ust. 2 TFUE** co do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Do tego przepisu zaś - trafnie (jakkolwiek znów dość ogólnikowo) - nawiązał sam Autor (zob. str. 290).

Po drugie, w mojej ocenie - **tytułowa tematyka doskonale nadaje się do przeprowadzenia** (choćby kilkustronicowego) wywodu na temat relacji PZP do UOKK. Taki wywód z pewnością wzbogaciłby dorobek naukowy w tej materii, tym bardziej, że jest on nader skromny – zawężający się głównie do zbadania innego (jakkolwiek równie interesującego oraz ważnego w praktyce) wątku, tj. czy konsorcja przetargowe podlegają (powinny podlegać) pod

reżimu antymonopolowy, mimo że przecież zgodnie z art. 58 ust. 1 PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (co mogłoby sugerować zgodność z prawem – także antymonopolowym – takich konsorcjów). Krajowe orzecznictwo (bardzo wąskie w tej materii) nie jest spójne, jakkolwiek Sąd Apelacyjny uznał, że sam fakt dopuszczalności konsorcjum (na gruncie PZP) nie wyklucza go spod reżimu antymonopolowego (zob. wyr. S. Apel (wyr. z 8.6.2016 r. VI ACa 651/15), zatem zachodzi relacja podobna to tej jak w przypadku zamówień in-house (vs. reguły konkurencji), nawet jeśli to zamówienie spełnia wszelkie wymogi z PZP (zwłaszcza art. 214 PZP). Także i powyższe zagadnienie nie zostało w pracy rozwinięte (a nawet zasygnalizowane).

7.5. Trafne jest spostrzeżenie Autora (na stronie 327), że – cyt.: „Ograniczenie konkurencyjności wynikające z zastosowania trybu in-house oddziałuje na rynek dwupłaszczyznowo. Po pierwsze, jest to wyłączenie konkurencji w danym obszarze właściwym dla przedmiotu zamówienia. Po drugie, jest to doprowadzenie do ograniczenia konkurencyjności poprzez wyłączenie aktywności wykonawców, posiadających publiczny kapitał, w zamówieniach uzyskanych w trybie niekonkurencyjnym. Powyższe powoduje potencjalne ograniczenie innych podmiotów rynkowych w uzyskaniu danego zamówienia. Działania takie, pomimo ich legalności, wpływają na działalność komercyjnych przedsiębiorców.”

Przytoczony fragment pracy jest bardzo ważny, gdyż „celuje” niejako w istotę problemu, wyjaśnia (ogólnie) na czym polega (może polegać) negatywny wpływ zamówień in-house na konkurencję (tak „w systemie PZP jak i „poza nim”). Fragment ów stanowi już element „konkluzji końcowych” pracy (z którą to konkluzją zarazem się zgadzam). Niestety taka konkluzja w samej pracy była – w moim odczuciu – zbyt powierzchownie argumentowana (także w ramach analizy/„ważenia” zalet i wad tytułowej instytucji zarówno w wymiarze prawnym jak i – choćby ogólnym zakresie – ekonomicznym).

Reasumując ten wątek można stwierdzić, że – w mojej ocenie – mankamentem recenzowanej pracy jest zbyt ogólnikowość analizy (w tym niestety dotycząca także kwestii wiodących dla udowadniania tezy rozprawy), a sprowadzająca się do zaakcentowania określonego problemu (zazwyczaj istotnego zarazem), ale już bez jego odpowiedniego rozwinięcia. Od razu wyjaśnię, że chodzi mi o „ogólnikowość” wynikającą przede wszystkim z braku zawarcia w pracy nieco „bardziej kreatywnych” wniosków (analiz) „pochodzących” od samego Autora, a stanowiących rozwinięcie problemów o jakich pisze (co do których braku rozwinięcia ja mam zastrzeżenia – zob. wyżej, zwłaszcza pkt 7.2-7.3 Recenzji). Nie są to

bynajmniej zastrzeżenia odnoszące się do ogólnikowości (wąskiego zakresu) warsztatu naukowego (w tym judykatury) oraz prezentacji przez Autora szeroko pojmowanych podstaw prawnych (orzeczniczych) udzielania zamówień in-house (w prawie UE jak i w polskim). Przeciwnie, te bowiem zostały dobrze w pracy zaprezentowane. Czasem jednak były powtarzane (zamiast przyjęcia własnych stanowisk i choćby prób „śmiałego konkludowania” z korzyścią dla dyskursu naukowego).

Wspominając o „powtórzeniach” warto nadmienić, że w doktoracie można znaleźć całe zdania, które są identyczne (pojawiające się w różnych jej miejscach), jak np. taki fragment: „Udzielanie zamówień in-house, czyli z pominięciem procedur konkurencyjnych, w szczególności spółkom komunalnym, wzbudza wiele kontrowersji. Gminy często zlecają spółkom komunalnym realizację usług publicznych” (przytoczony fragment jest zarówno na str. 284, jak i na str. 327), czy też zdanie: „stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną art. 16 pkt 1 ZamPublU, co powoduje konieczność dokonania zmian w aktualnym porządku prawnym” (na str. 24 i 332).

8. W pracy zawarto punkt dotyczący przesłanek zastosowania zamówienia in-house tak w polskim jak i w unijnym prawie. Niemniej jednak – zwłaszcza z uwagi na kluczowe znaczenie prawne dla tematyki rozprawy, w mojej ocenie należałoby po pierwsze, wyraźnie wyodrębnić (w ramach osobnego punktu/spisu treści) każdą z dwóch przesłanek, tj. „przesłankę kontroli” oraz przesłankę wykonywania zasadniczej części swej wykonywania działalności na rzecz zamawiającego, czy też – kierując się terminologią ze sprawy Teckal – „przesłanką marginalnej działalności na rynku” wykonawcy. Przede wszystkim jednak po wtóre, uważam że nieco więcej uwagi należałoby poświęcić przesłance „kontroli”, w tym także rozważyć możliwość jej interpretacji w oparciu o znane już definicje kontroli (np. na gruncie ustawy antymonopolowej); w szczególności czy można by sięgnąć tu do jakiegoś określonego progu udziału kapitałowego w innym podmiocie (kontrolowanym) – np. w wysokości 90% (może więcej, może mniej) jako progu, którego przekroczenie może o ile nie determinować (to choćby przyjmować domniemanie) występowanie takiej kontroli (zob. np. art. 6b ust. 2 u.o.k.k., który taki próg kapitałowy przewiduje jako domniemanie wywierania decydującego wpływu, co wszak merytorycznie jest zbliżone do pojęcia kontroli „nad własnymi służbami” na gruncie doktryny Teckal.

W pewnym miejscu w pracy pojawia się też stwierdzenie sugerujące zatarcie się różnicy merytorycznej między przesłankami zastosowania zamówienia in-house. Na stronie 299

11. Poczynione wyżej zastrzeżenia (zob. zwłaszcza 7-8 Recenzji) nie mają wpływu na końcową (finalnie) - **pozytywną – ocenę recenzowanej rozprawy doktorskiej autorstwa Pana mgr Bartosza Karola Kotowicza** pt.: „*Wpływ zamówień in-house na konkurencję na rynku zamówień publicznych*”. Praca ta stanowi oryginalne przedstawienie (w tym rozwiązanie) problemu naukowego w rozumieniu art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, w związku z art. 179 ustawy z 7 dnia 3 lipca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U z 2018 r. 1669), spełniając tym samym wymagania stawiane pracom doktorskim.



Prof. dr hab. Konrad Kohutek

czytamy, że „Doktryna ta [Teckal] z upływem lat ewoluowała jednak nadal w orzecznictwie wskazuje się na konieczność przejścia tzw. „teckal testu”, a więc możliwości wykazania pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym zależności ekonomicznej oraz braku lub mocno ograniczonej autonomii wynikającej z podległości wykonawcy wobec zamawiającego”. Ekonomiczne uzależnienie (zatem można rzec „kontrola” nad uzależnionym od innego podmiotu) to w istocie to samo co ograniczona autonomia tegoż (uzależnionego) podmiotu, tj. „podległość” tegoż podmiotu wobec zamawiającego.

9. Pewnym przekłamaniem jest stwierdzenie, że w pracy wykorzystano także metodę prawno-porównawczą (komparatystyczną), nawet zastrzegając, że miała ona „na celu wyłącznie przedstawienie różnic obowiązujących w polskim systemie prawnym w porównaniu do rozwiązań przyjętych w państwach członkowskich Unii Europejskiej” (str. 25). Jako porządki prawne wybrane zostały Węgry, Słowacja oraz Litwa, przy czym tym dwu pierwszym poświęcono w pracy **w sumie niecałe 2 strony** (str. 312-313). To zdecydowanie za mało, aby uznać, że faktycznie zastosowano porównanie do rozwiązań z innych państw członkowskich pozwalające „realnie zidentyfikować” wspomniane różnice. Rozwiązania litewskie ukazano już bardziej szczegółowo jakkolwiek na tle (inna sprawa, że bardzo istotnego) wyroku TSUE – w sprawie Irgita. Nie zmienia to jednak zastrzeżenia, że w recenzowanej pracy – w moim przekonaniu - nie można twierdzić, że faktycznie zastosowano metodę komparatystyczną. Należy zarazem podkreślić, że metoda taka nie jest obligatoryjna w pracach doktorskich.

10. W końcowej części pracy Autor zamieścił jej podsumowanie (m.in.) w formie tabeli zawierającej cztery pytania oraz odpowiedzi do jakich prowadziła analiza przeprowadzona w pracy (str. 333 i 334). Taki sposób jest czytelny i ułatwia dokonanie „holistycznego spojrzenia” na prezentowaną w niej problematykę.

Walorem rozprawy jest także sformułowanie (w jej końcowej części; zob. str. 335-338) konkretnych postulatów *de lege ferenda* w tym propozycji modyfikacji treści przepisów prawa zamówień publicznych (w szczególności mającego wiodące znaczenie dla udzielania zamówień in-house, tj. art. 214 PZP). Zasadna – a z pewnością warta rozważenia w kontekście (ewentualnej nowelizacji PZP) - jest propozycja Autora co do wprowadzenia dodatkowej „merytorycznej” przesłanki dopuszczalności skorzystania z trybu in-house, czyli zastrzeżenie, że „udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie niż zamówienia z wolnej ręki nie zapewnia dobrej jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług”.