

UCZELNIA ŁAZARSKIEGO
WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

Bartosz Karol Kotowicz

Wpływ zamówień *in-house* na konkurencję na rynku zamówień
publicznych

Impact of in-house orders on competition on the public procurement market

Praca doktorska przygotowana pod kierunkiem

dr hab. Małgorzaty Sieradzkiej, prof. UŁa

Promotor pomocniczy: dr Piotr Kasprzyk

Warszawa 2023

Spis treści

Spis treści	3
Wykaz skrótów	7
Akty normatywne	7
Organy i instytucje.....	11
Publikatory i czasopisma	11
Inne skróty	13
Wstęp	15
1. Uwagi wprowadzające	15
2. Przedmiot pracy	19
3. Uzasadnienie wyboru tematu pracy, problem badawczy i cele pracy	23
4. Metodologia pracy	25
5. Struktura pracy.....	27
Rozdział I Zasada konkurencji w zamówieniach publicznych	31
1. Wprowadzenie	31
2. Proces kształtowania zasady konkurencji w zamówieniach publicznych	35
3. Zasady udzielania zamówień publicznych w prawie Unii Europejskiej	43
4. Zasada uczciwej konkurencji w prawie zamówień publicznych	47
4.1. Zasada uczciwej konkurencji w prawie polskim, w świetle unijnych dyrektyw	47
4.2. Wykładnia zasady uczciwej konkurencji.....	49
4.3. Stosowanie zasady uczciwej konkurencji w procedurze udzielania zamówień publicznych.....	52
5. Pozostałe zasady ogólne udzielania zamówień publicznych.....	67
Rozdział II Zamówienia <i>in-house</i> w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim	93
1. Wprowadzenie	93
2. Proces kształtowania się instytucji zamówień <i>in-house</i>	97

2.1. Proces kształtowania się instytucji zamówień <i>in-house</i> na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.....	97
2.2. Instytucja zamówień <i>in-house</i> w polskim systemie prawnym przed przyjęciem dyrektywy 2014/24/UE	112
3. Przesłanki zastosowania oraz rodzaje zamówień <i>in-house</i> na gruncie prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego	121
3.1. Przesłanki zastosowania zamówienia <i>in-house</i> na gruncie prawa Unii Europejskiej.....	121
3.2. Ewolucja przesłanek zamówień <i>in-house</i> w polskim porządku prawnym.....	151
3.3. Rodzaje zamówień <i>in-house</i>	166
4. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówień <i>in-house</i> na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych.....	177
5. Kontrola i nadzór nad udzielaniem zamówień <i>in-house</i>	187
5.1. Kontrola w zamówieniach publicznych	187
5.2. Nadzór nad zamówieniami publicznymi.....	193
5.3. Nadzór i kontrola w zamówieniach <i>in-house</i>	204
6. Zamówienia <i>in-house</i> w systemie zamówień publicznych	209
Rozdział III Podmioty realizujące zamówienia <i>in-house</i>.....	215
1. Wprowadzenie.....	215
2. Zamówienie publiczne jako forma wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego	219
3. Podmiot wewnętrzny jako podmiot uprawniony do uzyskania zamówień <i>in-house</i>	227
4. Spółka komunalna jako wykonawca zamówienia <i>in-house</i>	241
5. Powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a udzielenie zamówienia <i>in-house</i>	249
Rozdział IV Zamówienia <i>in-house</i> jako przejaw ograniczenia konkurencji w systemie zamówień publicznych.....	257
1. Wprowadzenie.....	257
2. Udzielanie zamówień <i>in-house</i> , a racjonalność wydatkowania środków publicznych	265

3. Zjawisko obchodzenia przepisów prawa przez zamawiających udzielających zamówień <i>in-house</i>	271
4. Zakłócenie konkurencji wynikające ze współpracy publiczno-publicznej.....	283
5. Podsumowanie obowiązujących rozwiązań prawnych i orzecznictwa.....	297
Zakończenie.....	319
1. Ogólne wnioski	319
2. Konkluzje i postulaty <i>de lege ferenda</i>	331
Bibliografia.....	341
Akty prawne.....	341
Przepisy prawa krajowego	341
Akty prawne wspólnotowe	343
Akty i dokumenty związane z procesem legislacyjnym, opinie.....	345
Literatura.....	346
Orzecznictwo	356
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości	356
Krajowe.....	360
Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego	360
Orzecznictwo Sądu Najwyższego.....	360
Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego.....	360
Orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych	361
Orzecznictwo sądów powszechnych	361
Orzecznictwo innych organów	361
Inne źródła	364
Wykaz wykresów, tabel i schematów	366

Wykaz skrótów

Akty normatywne

CzystGmU	Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.).
DostInfPublU	Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. 2022 poz. 902).
Dyrektywa 92/50/EWG	Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. U. UE. L. z 1992 r. Nr 209, str. 1 ze zm.).
Dyrektywa 93/36/EWG	Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. U. UE. L. z 1993 r. Nr 199, str. 1 ze zm.).
Dyrektywa 93/37/EWG	Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. UE. L. z 1993 r. Nr 199, str. 54 ze zm.).
Dyrektywa 97/52/WE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniająca dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L. z 1997 r. Nr 328, str. 1).
Dyrektywa 2004/17/WE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach

	gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r.)
Dyrektywa 2004/18/WE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r.)
Dyrektywa 2014/23/UE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 1 ze zm.).
Dyrektywa 2014/24/UE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 ze zm.).
Dyrektywa 2014/25/UE	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 243 ze zm.).
FinPublU	Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.).
GospKomU	Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 679).
KC	Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

KK	Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
KoncesBudU	Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 140).
KPA	Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2000 ze zm.).
KPC	Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).
KSH	Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.).
KwotyZamKonkO	Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M. P. z 2021 r. poz. 1177).
OKiKU	Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2021 poz. 275 ze zm.).
PartPublPrywU	Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 30 ze zm.).

PrywPPU	Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. Nr 51, poz. 298 ze zm.).
RegIzbObrU	Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1668).
Rozporządzenie nr 1370/2007/WE	Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. UE. L. z 2007 r. Nr 315, str. 1 ze zm.).
SamGminU	Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 40).
SamPowiatU	Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1526).
SamWojU	Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2094).
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2).
TUE	Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30).
ZamPublU	Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).
ZamPublU2004	Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 r. poz. 831 i 996).
ZmZamPublU16	Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz

	niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.).
ZNKU	Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233).

Organy i instytucje

EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
JST	Jednostka Samorządu Terytorialnego
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
RIPOK	Regionalna Instalacja do Przetwarzania Odpadów Komunalnych
RIO	regionalne izby obrachunkowe
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
UE	Unia Europejska
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
UPUE	Urząd Publikacji Unii Europejskiej
WE	Wspólnota Europejska
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny
Prezes UOKiK	Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Prezes KIO	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Publikatory i czasopisma

BIP	Biuletyn Informacji Publicznej
-----------	--------------------------------

Biul. SN	Biuletyn Sądu Najwyższego
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.U.MS.	Dziennik Urzędowy Ministra Sprawiedliwości
Dz.U.R.P.	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz.Urz.UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Mon. Pr. Bank.	Monitor Prawa Bankowego
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
ONSA	Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
OSNK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa
OSNAPiUS	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSPiKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
ONSAiWSA	Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych
OwSS	Orzecznictwie w Sprawach Samorządowych
PiP	Państwo i Prawo
Prok.iPr.	Prokuratura i Prawo
PWN	Polskie Wydawnictwo Naukowe

Inne skróty

art.	artykuł
lit.	litera
np.	na przykład
m.in.	między innymi
m.st.	Miasto Stołeczne
niepubl.	niepublikowane (-a, -y)
n.	następne (-a, -y)
nr	numer
oprac.	opracowanie
orz.	orzeczenie
pkt	punkt
por.	porównaj
post.	postanowienie
poz.	pozycja
r.	rok
red.	redakcja
RP	Rzeczpospolita Polska
SGEI	usługi w ogólnym interesie gospodarczym
t.	tom
t.j.	tekst jednolity
s.	strona
sygn.	sygnatura
ust.	ustęp
w.	wiek
wyd.	wydanie
wyr.	wyrok
z.	zeszyt
zd.	zdanie
ze sprost.	ze sprostowaniem
ze zm.	ze zmianami
zob.	zobacz
zł	złotych

Wstęp

1. Uwagi wprowadzające

Polityka państwa w zakresie zamówień publicznych wraz z przepisami prawnymi regulującymi proces ich udzielania, może znacząco wpływać na gospodarkę, kształtując strukturę rynku, a także dając impuls dla przedsiębiorców do działania w określonych sektorach. W ramach systemu zamówień publicznych dokonywane jest wydatkowanie środków publicznych, przez które państwo działające za pośrednictwem swoich jednostek, decyduje o kierunkach pozyskiwania określonych dóbr i usług. Procedury zamówień publicznych określają zaś reguły wyboru podmiotów, którym państwo zleca wykonanie określonych usług lub dostarczanie dóbr. Procedury te stanowią instrument regulacji sektorowej służący dyscyplinowaniu i kontroli instytucji zamawiających w procesie wydatkowania środków publicznych. Polityka zamówień publicznych może zatem bezpośrednio oddziaływać na rynek, decydując o długoterminowych warunkach rozwoju poszczególnych sektorów gospodarki, w których szczególną rolę odgrywają podmioty zobowiązane do stosowania reguł prawa zamówień publicznych.

Efektywna konkurencja w sektorze zamówień publicznych pozwala na dokonywanie wydatkowania środków publicznych w sposób możliwie najbardziej efektywny i uzasadniony ekonomicznie, zapewniający spełnienie ustalonych kryteriów jakościowych przy przeznaczeniu środków nie większych niż jest to niezbędne do spełniania tych kryteriów. Zasadniczą instytucją prawa zamówień publicznych umożliwiającą efektywne wydatkowanie środków publicznych jest instytucja wyboru najkorzystniejszej oferty.

W świetle powyższych rozważań, kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty powinno obejmować najbardziej optymalny stosunek ceny lub kosztu i kryteriów jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (tzw. kryterium bilansowe) albo najniższą cenę lub koszt (tzw. kryterium najniższej ceny nabywanego dobra lub najniższego kosztu związanego z nim). Ponadto, nieodzownym warunkiem wyboru najkorzystniejszej oferty jest zapewnienie warunków uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując dotychczasowe wywody, stwierdzić należy, że celem efektywnej konkurencji jest – zgodnie z zamysłem ustawodawcy – zapewnienie efektywności wydatkowania środków publicznych. Efektywność ta jest wypadkową

skuteczności i sprawności. Stosując powyższą zasadę, instytucje zamawiające powinny dokonywać zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych po korzystniejszych cenach i o lepszej jakości.

W systemie wydatkowania środków publicznych znaczenie przestrzegania reguł konkurencji zauważa się zarówno w polskim, jak i unijnym prawie zamówień publicznych. Zapewnienie konkurencyjności w procesie udzielania zamówień publicznych stanowi w regulacjach prawnych mechanizm umożliwiający realizację celów systemu zamówień publicznych, a to jest efektywności wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienia obywatelom najwyższej jakości usług. Warte podkreślenia jest, że konkurencja nie stanowi w systemie zamówień publicznych wartości bezwzględnej. Niekiedy bowiem może ona podlegać ograniczeniu lub wyłączeniu, o ile jest to niezbędne dla realizacji określonych celów.

W prawie zamówień publicznych przewiduje się zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe wyłączenia spod zastosowania reguł konkurencji. Przepisy prawne regulują także niekonkurencyjne tryby postępowania, przy czym ich zastosowanie jest reglamentowane. Ponadto, znaczenie konkurencyjności w zamówieniach publicznych zmniejsza też postrzeganie systemu zamówień publicznych jako instrumentu polityki państwa. Realizowanie przez zamawiających polityki społecznej, przemysłowej, innowacyjności albo ochrony środowiska poprzez stosowanie kryteriów pozaekonomicznych może bowiem skutkować ograniczeniem konkurencji, a przez to osłabiać efektywność ekonomiczną zakupów dokonywanych w ramach zamówień publicznych. Mając powyższe na względzie, zamawiający powinni zapewniać wykonawcom dostęp do realizacji zamówienia publicznego na zasadach niedyskryminacyjnych, przejawiających się w przejrzystości, równym traktowaniu wykonawców i zapewnieniu uczciwości zamawiających, w tym zapobieganiu konfliktowi interesów i zachowaniom korupcyjnym.

Zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, zarówno w polskim, jak i unijnym prawie zamówień publicznych, wskazują na dążenie prawodawcy do wspierania efektywnej konkurencji w zamówieniach publicznych, której celem jest optymalizacja procesu zakupów dokonywanych z wykorzystaniem środków publicznych, tak aby zamówienia udzielane były w oparciu o motywy czysto ekonomiczne. Dążenie do zapewnienia efektywności zakupów ze środków publicznych nie zmienia jednak rangi przypisywanej ochronie konkurencji w systemie zamówień publicznych.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że do czasu wejścia w życie ZamPublU podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych były tryby przetargowe, tj. przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający udzielał natomiast zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ZamPublU dla zamówień krajowych zrezygnowano z zasady przetargowego sposobu udzielania zamówień publicznych, dając impuls do stosowania szeroko pojętych procedur negocjacyjnych wszczynanych publicznym ogłoszeniem¹. Ustawodawca wprowadził bowiem nową, uproszczoną i elastyczną procedurę, tj. tryb podstawowy, wszczynany ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, w odpowiedzi na które oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż od dnia 1 stycznia 2021 r. zasadą jest udzielanie zamówień publicznych w trybach przetargowych albo trybie podstawowym, a wybór innego trybu wymaga spełnienia przesłanek ustawowych. Jednym z wyjątków od wyżej wskazanej zasady jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki, którego z kolei szczególnym przypadkiem w polskim prawie jest udzielenie zamówienia *in-house*.

¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 3624.

2. Przedmiot pracy

Instytucja zamówień *in-house* została pierwotnie ukształtowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Fundamentalnym orzeczeniem statuującym przesłanki stanowiące o tym, czy dane zamówienie jest zamówieniem wewnętrznym był wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl* przeciwko *Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. W powołanym orzeczeniu Trybunał wskazał na dwa podstawowe kryteria, których spełnienie decyduje o tym, czy zamówienie można uznać za zamówienie *in-house* i tym samym pozwala na wyłączenie go spod reżimu udzielania zamówienia opisanego w ówczesnej dyrektywie zamówieniowej. Pierwszym kryterium jest sprawowanie przez zamawiającego nad wykonawcą kontroli analogicznej do własnych służb. Drugim wymogiem jest udzielenie zamówienia podmiotowi, który wykonuje na rzecz zamawiającego zasadniczą część działalności.

Zamówienia *in-house* mogą być udzielane przez jednostki sektora finansów publicznych osobom prawnym, nad którymi sprawują kontrolę po spełnieniu przesłanek określonych w prawie zamówień publicznych. Jednocześnie w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republice Federalnej Niemiec* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał drugą formę współpracy publiczno – publicznej, tj. współpracę międzyinstytucjonalną, która występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi, w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych.

Na podstawie przywołanych powyżej orzeczeń uznano, że do tak zdefiniowanej współpracy publiczno – publicznej, która stanowi w istocie szczególną formę aktywności instytucji zamawiających, w celu realizacji swoich zadań, nie znajdują bezpośredniego zastosowania przepisy dyrektyw o zamówieniach publicznych.

Pojęcie zamówienia *in-house* nie doczekało się dotychczas legalnej definicji zarówno w prawie Unii Europejskiej, jak i w prawie polskim. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zamówienia *in-house* określane są również jako: „transakcje *in-house*” (ang. *in-house transaction*), „umowy *in-house*” (ang. *in-house*

contracts)², „przedsięwzięcie *in-house*” (ang. *in-house operation*)³, „usługi *in-house*” (ang. *in-house service*)⁴, „udzielenie *in-house*” (ang. *in-house award*)⁵ lub „wyjątek *in-house*” (ang. *in-house exemption*)⁶. Przepisy obecnie obowiązujących dyrektyw unijnych, pomimo uregulowania zamówień *in-house*, nie posługują się takim nazewnictwem.

Regulacja instytucji zamówień *in-house* została wprowadzona do prawa Unii Europejskiej dopiero w drodze dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE. W polskim porządku prawnym do zamówień *in-house* stosuje się tryb zamówienia z wolnej ręki. Przepisy dotyczące zamówień wewnętrznych zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego w wyniku implementacji art. 12 dyrektywy 2014/24/UE na mocy ZmZamPublU16. Przepisy dotyczące udzielania zamówień *in-house* (m.in. art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ZamPublU2004) weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.

Na etapie prac legislacyjnych dotyczących nowelizacji ZamPublU2004, wokół propozycji zmiany prawa zamówień publicznych w zakresie dotyczącym zamówień *in-house* toczyła się bardzo ożywiona dyskusja. W jej efekcie instytucja zamówień wewnętrznych wprowadzona została do polskiego porządku prawnego w ramach przesłanek umożliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie zamówień *in-house* jako procedury zamówień wyłączonych spod stosowania ustawy, aby zapewnić większą kontrolę nad decyzjami zamawiających, w stosunku do ich podmiotów wewnętrznych. Wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego może być bowiem przedmiotem odwołania ze strony innych wykonawców.

W ZmZamPublU16 dokonano również zmiany CzystGmU, uchylając obowiązek wyboru wykonawcy usługi odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c CzystGmU, albo odbierania i zagospodarowania tych odpadów w trybie przetargu. Nowe brzmienie art. 6d ust. 1 CzystGmU przewidywało – spoczywający na organie wykonawczym w gminie (wójt,

² Opinia Rzecznika Generalnego G. Hogana z 7.5.2019 r., C-285/18, *Irgita*, EU:C:2019:369, pkt 38.

³ Wyr. TSUE z 19.6.2014 r., C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)* przeciwko *Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ZOTSiS 2014, nr 6, poz. I-2004, pkt 32.

⁴ Opinia Rzecznika Generalnego S. Alber z 18.3.1999 r., C-108/98, *RI.SAN. Srl*, EU:C:1999:161, pkt 49.

⁵ Opinia Rzecznika Generalnego G. Hogana z 7.5.2019 r. C-285/18, *Irgita*, pkt 38.

⁶ Opinia Rzecznika Generalnego M.C. Sancheza-Bordony z 27.4.2017 r., C-567/15, *LitSpec Met*, EU:C:2017:319, pkt 67.

burmistrz lub prezydent miasta) – obowiązek udzielenia zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi. Zastąpienie wymogu zorganizowania przetargu wymogiem udzielenia zamówienia publicznego oznaczało, że przy spełnieniu ustawowych przesłanek, umowa w tym zakresie może być zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki, w tym również w procedurze *in-house*.

Wskutek wejścia w życie ZmZamPublU16 uchylono także art. 6e CzystGmU, zgodnie z którym spółki z udziałem gminy mogły odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na zlecenie gminy w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy. Aktualnie zatem zobowiązanie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) do zorganizowania przetargu na zamówienie publiczne – na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, zamówienia publicznego na łączne odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i właścicieli nieruchomości niezamieszkałych albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych – kontrolowanej przez siebie jednostce organizacyjnej, zastąpiono możliwością udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (zamówienia *in-house*), co uznać należy za spore ułatwienie oraz odformalizowanie dotychczasowej procedury. Pomimo wejścia w życie ZmZamPublU16 wprowadzającej do polskiego porządku prawnego instytucję zamówienia *in-house* w dniu 28 lipca 2016 r., udzielanie zamówienia w tej formule dalej budzi wiele kontrowersji zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie, a także w praktyce. Niezależnie od powyższego, w ZamPublU nie dokonano zasadniczych zmian w zakresie procedury udzielania zamówień *in-house*, doprecyzowując wyłącznie przesłanki skorzystania przez zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto z danych statystycznych wynika, że udział zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki, w tym zamówień *in-house* w systemie zamówień publicznych stanowi średnio nie więcej niż ok. 10% wszystkich zamówień. Wynik ten utrzymuje się wejścia w życie ZamPublU, zarówno w przypadku zamówień unijnych, jak i krajowych. Szczegółowa analiza danych statystycznych została przedstawiona w rozdziale II dysertacji.

3. Uzasadnienie wyboru tematu pracy, problem badawczy i cele pracy

W przedmiotowej rozprawie doktorskiej ukazano regulacje prawne dotyczące zamówień *in-house* (zamówień wewnętrznych) jako przejawu współpracy publiczno-publicznej. Autor pracy dokonuje również analizy dotychczasowej praktyki w udzielaniu zamówień *in-house* przez jednostki sektora finansów publicznych oraz dostrzega i odnotowuje istotne problemy, które niosą za sobą wprowadzenie zamówień *in-house*. W szczególności należy tu wskazać możliwość zakłócenia konkurencji na rynku zamówień publicznych, a także naruszania przez zamawiających zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ZamPublU.

Z tego powodu w ocenie autora pracy aktualny kształt przepisów, w tym po wejściu w życie ZamPublU wymaga uzupełnienia, co stwarza pole i mobilizuje do przeprowadzenia badań. Co istotne, dotychczas nie podjęto próby stworzenia kompleksowego opracowania monograficznego poświęconego problemowi zamówień *in-house* jako przejawu współpracy publiczno-publicznej. W szczególności nie zbadano wpływu stosowania zamówień wewnętrznych na konkurencję i ewentualnych naruszeń zasad udzielania zamówień publicznych. Wprawdzie istnieją w tym obszarze opracowania o charakterze przyczynkarskim, jednak ich analiza nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie podjętego w przedmiotowej pracy zagadnienia. Podkreślenia wymaga, że doktryna jest niejednolita w zakresie oceny nowego modelu zamówień *in-house*. W dalszym ciągu prowadzony jest intensywny dyskurs naukowy w zakresie dotyczącym m.in. wpływu stosowania zamówień wewnętrznych na konkurencję.

Szczególnie istotne wydaje się zatem podjęcie próby dokonania oceny instytucji zamówienia *in-house* oraz przeprowadzenia dyskusji w zakresie potencjalnych problemów, w szczególności w praktycznym aspekcie wykorzystywania nowego rodzaju zamówienia publicznego oraz jego oddziaływania na konkurencję rynku zamówień publicznych.

Zasadniczym celem pracy stanowiącym oś rozważań jest rozstrzygnięcie, czy udzielanie zamówień *in-house* przez uprawnione do tego na mocy ZamPublU, instytucje zamawiające prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku zamówień publicznych. Ponadto, zamierzeniem autora dysertacji doktorskiej jest ustalenie, czy stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasady udzielenia

zamówień publicznych, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także czy jest zgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wyszczególnione powyżej zagadnienia stanowią asumpt do określenia problemów badawczych przedmiotowej rozprawy oraz jej założeń. Główne pytania, jakie pojawiają się po analizie regulacji prawnych, problemów, które wystąpiły w doktrynie, a także orzecznictwa unijnego i krajowego, są następujące:

- 1) czy problemy, jakie występują na tle stosowania instytucji zamówień *in-house* wymagają zmiany regulacji prawnych w zakresie udzielania zamówień publicznych podmiotom wewnętrznym?
- 2) czy regulacje prawne w zakresie zamówień *in-house* realizują cele i zasady udzielania zamówień publicznych oraz chronią konkurencję na rynku zamówień publicznych?

Podstawową tezę pracy – rozumianą jako twierdzenie, które ma zostać udowodnione na gruncie poczynionych badań – 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.

Nadrzędnym celem pracy jest zatem dokonanie wielopłaszczyznowej oceny aktualnie obowiązujących przepisów celem weryfikacji zasadności powyżej przedstawionej tezy i hipotez badawczych. Ponadto szczególnie wartościowe jest odwołanie się do orzecznictwa unijnego i krajowego oraz poglądów doktryny prawniczej.

Wkład do rozwoju nauki wyraża się natomiast w opracowaniu pierwszej, kompleksowej analizy problemu zamówień *in-house* pod rządami ZamPublU, w szczególności w zakresie ich wpływu na konkurencję. Rozprawa doktorska będzie stanowiła również istotny głos w dyskusji dotyczącej zamówień wewnętrznych, poparty gruntownym badaniem regulacji prawnych, orzecznictwa i poglądów doktryny.

4. Metodologia pracy

Przygotowanie rozprawy doktorskiej i prawidłowe przeprowadzenie badań wymagało zastosowania kilku metod badawczych. Podstawową metodą badawczą przyjętą przy przeprowadzaniu badań była metoda dogmatycznej analizy obowiązujących unormowań prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego dotyczących zamówień *in-house*. Przez metodę dogmatycznej analizy należy rozumieć metodę logiczno-językową, łączącą w sobie egzegezę określonych przepisów prawa (unijnego i krajowego) oraz ocenę istniejących rozwiązań, w tym formułowanie postulatów *de lege ferenda*. W przedmiotowej dysertacji uwzględniono takie elementy metody dogmatycznej jak: opis i systematyzacja norm prawnych, wykładnia prawa, ustalanie i definiowanie pojęć, analiza praktyki stosowania prawa oraz jego doskonalenie.

W rozprawie wykorzystano również pomocniczo inne metody badawcze, w tym metodę prawnoporównawczą (komparatystyczną), która miała na celu wyłącznie przedstawienie różnic obowiązujących w polskim systemie prawnym w porównaniu do rozwiązań przyjętych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, w jakim nie wymagają one pełnego wdrożenia prawa unijnego. Metoda ta posłużyła także nakreśleniu podstawowych różnic w zakresie przesłanek, umożliwiających zastosowanie zamówień *in-house* oraz instytucji prawnych służących ochronie wykonawców w tych postępowaniach na gruncie porządków prawnych, występujących w Słowacji, Węgrzech i Litwie. Wskazane państwa zostały wybrane w pełni świadomie, uwzględniając kryterium geograficzne i historyczne. Są to bowiem – podobnie jak Polska – państwa Europy Środkowo-Wschodniej, o podobnych uwarunkowaniach historycznych. W tym kontekście interesujące dla autora pracy było dokonanie analizy rozwiązań występujących w tych systemach (w zakresie podobieństw i różnic) dotyczących analizowanych w pracy instytucji.

Zaprezentowano również badania statystyczne dotyczące rynku zamówień publicznych, z wyszczególnieniem zamówień *in-house* z całego systemu zamówień publicznych oraz wpływu zamówień *in-house* na konkurencję. Wykorzystana została także metoda analizy systemowej. Przedmiotem badań, przeprowadzonych na kanwie przedmiotowej dysertacji, były zamówienia *in-house*, stanowiące element złożonego systemu zamówień publicznych, mających kluczowe znaczenie dla funkcjonowania państwa i organów publicznych, a w szczególności dla dyscypliny finansów publicznych.

Kolejną z wykorzystanych w rozprawie metod badawczych była analiza prawnohistoryczna. Umożliwiła ona zbadanie genezy instytucji *in-house* w prawie unijnym oraz prawie polskim, jej rozwoju i ewolucji, a w szczególności wskazanie czynników determinujących obecny kształt regulacji zawartych w dyrektywach unijnych oraz polskim prawie zamówień publicznych. Dzięki zastosowaniu tej metody prześledzono procesy legislacyjne na przestrzeni kilkunastu lat oraz stanowisko judykatury, które miało decydujący wpływ na proces kształtowania instytucji *in-house*.

5. Struktura pracy

Praca została podzielona na cztery rozdziały poprzedzone wprowadzeniem do rozważań, a zwieńczone zakończeniem stanowiącym ich podsumowanie oraz weryfikację postawionych hipotez i założeń badawczych. Rozdział zawiera istotne dla pracy zagadnienia materialnoprawne. Autor omawia wprowadzone do polskiego systemu zamówień publicznych regulacje dotyczące zamówień *in-house*. Nadto, omówiono zagadnienia konkurencyjności w zamówieniach publicznych. Rozdział pierwszy zawiera także przedstawienie zasad ogólnych udzielania zamówień publicznych. ZamPublU wyodrębnia rozdział poświęcony zasadom udzielania zamówień.

Z uwagi na to, iż polski system prawny w zakresie zamówień publicznych ma swoją genezę w rozwiązaniach europejskich, stąd wskazano również na zasady dające się wywieść z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W szczególności dokonano gruntownej analizy zasady określonej w art. 16 pkt 1 ZamPublU, która stanowi, iż przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji) oraz równego traktowania wykonawców. Dokonanie prawidłowej analizy tejże zasady wymagało również odniesienie się do ZNKU. Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz przestrzeganie pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Szczególnego znaczenia zasady te nabierają podczas przygotowania postępowania, kiedy to zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty.

W kolejnym, drugim rozdziale szczegółowo omówiono reguły przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia *in-house*. W tym zakresie niezbędne było szczegółowe przeanalizowanie przepisów dyrektywy 2014/24/UE oraz przepisów ZamPublU, a także orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i sądów polskich. Powyższą analizę rozpoczęto od omówienia przesłanek zastosowania trybu *in-house* na gruncie prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego – odpowiednio art. 12 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. Przesłanki te dotyczą zamówień publicznych udzielanych:

- 1) przez zamawiającego osobie prawnej,
- 2) przez osobę prawną innemu zamawiającemu lub innej osobie prawnej,

- 3) przez zamawiającego osobie prawnej kontrolowanej wspólnie z innymi zamawiającymi,
- 4) w wyniku umowy zawartej między co najmniej dwoma zamawiającymi.

W przepisach art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU zawarto też dodatkowe przesłanki, które muszą zaistnieć kumulatywnie, aby zamówienie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki. Z uwagi na fakt, że polski ustawodawca zdecydował o włączeniu zamówień *in-house* do zamówień publicznych udzielanych w trybie z wolnej ręki, zamawiającego obowiązuje nakaz stosowania reguł ogólnych zamówień publicznych, przy uwzględnieniu odmienności wynikających z art. 214 ZamPublU. W dalszej kolejności dokonano wyróżnienia i scharakteryzowania rodzajów zamówień *in-house*. Dodatkowo w drugim rozdziale dokonano omówienia instytucji kontroli i nadzoru nad udzielaniem zamówień *in-house*. Podstawy sprawowania nadzoru uregulowane zostały w art. 444 ZamPublU, który może prowadzić do zakazania zawarcia umowy albo unieważnienia przez sąd umowy o zamówienie publiczne w całości lub w części. Przed zakończeniem rozdziału zaprezentowano dane statystyczne dotyczące ilości udzielonych zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki, w tym zamówień *in-house* w krajowym systemie zamówień publicznych oraz ich wpływu na europejski rynek zamówień publicznych. Rozdział ten dopełniają rozważania stanowiące syntezę analiz zaprezentowanych w rozdziale I i II, które dotyczą oceny wpływu instytucji zamówień *in-house* na konkurencję. Omówiono instytucje prawne, które ograniczają ochronę konkurencji w prawie zamówień publicznych. Wśród instytucji ograniczających ochronę konkurencji wskazano na zamówienia *in-house*.

Trzeci rozdział rozprawy został poświęcony podmiotom realizującym zamówienia *in-house*. Na wstępie omówiono procedurę udzielania zamówień publicznych jako formę wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w oparciu o przepisy GospKomU. Jednostki samorządu terytorialnego obowiązane są bowiem do dokonywania oceny zasad i trybu wykonywania zadań o statusie zadań własnych, w każdej sytuacji w sposób indywidualny oraz w taki sposób, by zagwarantować zachowanie trybu konkurencyjnego, także w zakresie wykonywania zadań o statusie szeroko rozumianych zadań użyteczności publicznej, nawet jeżeli nie mają one charakteru zadań własnych. W tym zakresie jednostka samorządu terytorialnego może zdecydować na podstawie przeprowadzonej oceny zasadności, że powierzenie określonych zadań powinno nastąpić w oparciu o przepisy

ZamPublU, w tym również w trybie zamówienia z wolnej ręki *in-house*. Stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU możliwe jest udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy – wykonawcy będącemu osobą prawną, która spełni ustawowe przesłanki. Stąd też konieczna stała się analiza przepisów prawa prowadząca do wskazania podmiotów, które mogą realizować zamówienia *in-house*. W niniejszym rozdziale w szczególności dokonano omówienia statusu spółki komunalnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych. Dla przeprowadzenia powyższej analizy niezbędne okazało się sięgnięcie również do innych ustaw, które wprawdzie nie odnoszą się bezpośrednio do spółek komunalnych, niemniej przesadzają o zakresie stosowania prawa zamówień publicznych, zawierając istotne dla przedmiotu przedmiotowej dysertacji definicje legalne. Ponadto konieczne okazało się również omówienie relacji łączących zamawiającego z wykonawcą, mając na względzie przesłanki udzielenia zamówień *in-house* w zakresie wykazania kontroli zamawiającego nad osobą prawną. Pod koniec tego rozdziału dokonano rozważań, czy przepisy ZamPublU umożliwiają zastosowanie wobec spółki komunalnej – utworzonej na podstawie art. 9 ust. 1 GospKomU – zamówień wewnętrznych w przypadku powierzenia im przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań publicznych w drodze umowy, tj. poza trybem tzw. administracyjnego powierzenia zadań publicznych.

W ostatnim, czwartym rozdziale dysertacji dokonano podsumowania przedstawionych zagadnień. Zestawiono poglądy doktryny oraz orzecznictwa unijnego i krajowego dotyczącego zamówień wewnętrznych. Ustalono, czy możliwość udzielenia zamówienia publicznego w modelu *in-house* powinna zwalniać zamawiającego od wydatkowania środków publicznych w sposób racjonalny. W dalszej części tego rozdziału przedstawiono zjawisko obchodzenia przepisów prawa przez zamawiających udzielających zamówień *in-house*, co w konsekwencji może prowadzić do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji na rynku. W praktyce obchodzenia przepisów w zakresie udzielania zamówień *in-house* dokonuje się poprzez pozorne wypełnienia przesłanek, od których zależy możliwość udzielenia zamówienia, w szczególności w zakresie podejmowania działań zmierzających do osiągnięcia przez kontrolowaną osobę prawną wymaganego poziomu 90% zadań realizowanych na rzecz zamawiającego. Kluczową kwestią z punktu widzenia tematu przedmiotowej rozprawy doktorskiej było ustalenie czy stosowanie w praktyce zamówień wewnętrznych skutkuje zakłóceniem konkurencji na rynku zamówień publicznych. Zdaniem autora, monopolizacja każdego

rynku, w tym także rynku usług publicznych, niesie za sobą daleko idące negatywne skutki, w szczególności dla przedsiębiorców, którzy nie mają szansy konkurować z monopolistą. Tym samym oczywiste wydaje się, że monopol stanowi sytuację niepożądaną, czego powinno się unikać, stosując procedury przetargowe jako podstawowe sposoby udzielania zamówień publicznych. Udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki uzasadnione jest w sytuacjach absolutnie wyjątkowych, w których podaż danych usług jest skrajnie ograniczona. 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.

W zakończeniu dokonano oceny funkcjonujących rozwiązań prawnych w zakresie zamówień wewnętrznych. Autor przedstawił również wnioski *de lege ferenda*, które umożliwiłyby efektywne udzielanie zamówień *in-house* przy jednoczesnym poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Rozprawa doktorska uwzględnia stan prawny na dzień 30 kwietnia 2023 r.

Rozdział I

Zasada konkurencji w zamówieniach publicznych

1. Wprowadzenie

Istotą zamówień publicznych jest zapewnienie efektywności alokacji środków publicznych. Zamawiający jest zobligowany do zapewnienia efektywności wydatkowania środków publicznych. Niezależnie bowiem od kategorii podmiotu udzielającego zamówienia publicznego jest ono realizowane ze środków publicznych. Zamówienia publiczne mają zapewnić efektywną realizację zadań publicznych, które są nałożone na podmioty organizujące postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy, usługi, roboty budowlane⁷.

W związku z powyższym, efektywna konkurencja w dziedzinie zamówień publicznych jest pożądana, a zapewnienie jej postrzegane jest wręcz jako jedno z głównych zadań prawa zamówień publicznych. W doktrynie dostrzega się też, że efektywna konkurencja może przyczyniać się do wzrostu gospodarczego oraz zapewnić efektywność wydatkowania środków publicznych. Stosując zasadę konkurencyjności, zamawiający powinni dokonywać zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych po korzystniejszych cenach i o lepszej jakości⁸. Trafny jest również pogląd, zgodnie z którym przy składaniu ofert, które mogą być następnie oceniane jako mniej lub bardziej konkurencyjne, sprzyja konkurencja, której istota przejawia się we współzawodnictwie. Stąd też poszerzenie kręgu uczestników procedury ubiegania się o zamówienie publiczne wpływa niewątpliwie na rozwój współzawodnictwa ofertowego, co w konsekwencji przyczynia się do wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc do efektywnego wydatkowania środków publicznych⁹.

⁷ Ch. Bovis, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Ashgate 1998, s. 4 i n.

⁸ A. Górczyńska, *Naruszenie konkurencji w zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa* (w:) A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 26; por. również W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 74.

⁹ T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych* (w:) E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Warszawa 2012, s. 31–32.

Pojęcie „konkurencja” pochodzi od łacińskiego słowa *concurrentia*, które oznacza współzawodnictwo. W ekonomii jest to proces, w którym uczestnicy rynku, dążąc do realizacji swych interesów, próbują przedstawić oferty korzystniejsze od innych ze względu na cenę, jakość, warunki dostawy i inne charakterystyki, wpływające na decyzję zawarcia transakcji¹⁰. Próby zdefiniowania pojęcia konkurencja na gruncie języka prawniczego oparte są zazwyczaj na wynikach badań ekonomicznych wykorzystywanych na potrzeby prawa¹¹. Jak wskazuje S. Gronowski, rzeczywista konkurencja to proces rywalizacji niepowiązanych przedsiębiorców¹². Podobne stanowisko zajął J. Szwaja wskazując, że konkurencja to dążenie wielu niezależnych przedsiębiorców (podmiotów prowadzących działalność gospodarczą) występujących na wspólnym (tym samym) rynku do osiągnięcia takiego samego celu gospodarczego, w szczególności osiągnięcia zysków poprzez prowadzenie interesów z dostawcami, odbiorcami i pracownikami. Konkurujący przedsiębiorcy starają się poszerzać swój krąg klientów, co musi odbyć się przynajmniej w pewnej mierze kosztem utraty klientów przez innych przedsiębiorców¹³. Przyjęcie powyższego poglądu oznacza zarazem, że konkurencja powoduje wyeliminowanie z rynku jego najsłabszych uczestników i umocnienie roli najlepszych. Jednak równie powszechny jest pogląd, iż rynek pozostawiony sam sobie podlega degradacji i monopolizacji, a jedną z funkcji państwa jest ochrona zdrowej konkurencji¹⁴. W ocenie W. Dzierżanowskiego rola państwa jest szczególnie istotna w sytuacji konkurencji niedoskonałej, która wiąże się z monopolem lub oligopolem, tj. strukturą rynku, w której oddziaływanie jednego lub niewielkiej grupy podmiotów na rynek ma decydujący wpływ na jego funkcjonowanie¹⁵.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że prawidłowe funkcjonowanie mechanizmu konkurencji zakłada, aby uczestnicy rynku samodzielnie podejmowali decyzje, co do określenia swoich zachowań rynkowych¹⁶. Szczególnej wartości nabiera element konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadrzędnymi zasadami systemu zamówień publicznych, które zostały wyartykułowane

¹⁰ D. R. Kamerschen, R.B. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, Fundacja Gospodarcza NSZZ „Solidarność” 1991, s. 47-48.

¹¹ J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 5.

¹² S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 28 i n.

¹³ J. Szwaja (red.), *Ustawa ...*, s. 6.

¹⁴ M. J. Thieme, *Spoleczna gospodarka rynkowa*, Warszawa 1995, s. 17–21.

¹⁵ W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 16.

¹⁶ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. XIX.

w art. 16 pkt 1 ZamPublU, są zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe zasady mają kluczowe znaczenie dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, niezakłócone funkcjonowanie konkurencji pozwala zamawiającemu na prawidłowe prowadzenie postępowania oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Po drugie, wykonawcom zapewnia się równy dostęp do zamówienia publicznego. Z uwagi na konkurencję cenową na rynku zamówień publicznych pomiędzy wykonawcami zamówienia publicznego dochodzi do walki rynkowej. W tej sytuacji niezbędne jest zagwarantowanie, aby wykonawcy ubiegali się o uzyskanie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. Konkurencja cenowa jest nieodzownym, a zarazem pożądanym elementem rywalizacji o uzyskanie zamówienia publicznego. Niemniej jednak zakłócenie warunków konkurencji może prowadzić do nieodwracalnych, negatywnych skutków dla rynku zamówień publicznych zniekształcając w ten sposób decyzję co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dla zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził regulacje przeciwdziałające naruszeniom konkurencji na rynku zamówień publicznych. Chodzi w tym przedmiocie zarówno o rynek konkretnego przedmiotu zamówienia publicznego (dostawy, usługi, roboty budowlanej), jak i rynek zamówień publicznych. Jak wskazuje M. Sieradzka, każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi również w interes publiczny, w celu realizacji którego zamówienie jest udzielane. Wykonawcy zamówienia publicznego konkurują ofertami w dostępie do zamówienia. Efektywność systemu zamówień publicznych ma zapewnić wybór najkorzystniejszej oferty. Najkorzystniejsza oferta to taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. W wyniku zakłócenia konkurencji cena przedmiotu zamówienia publicznego zostaje sztucznie ustalona i przestaje być obiektywną informacją o faktycznym poziomie oferty cenowej na tego rodzaju usługi, jaką można uzyskać lub wynegocjować¹⁷.

¹⁷ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe ...*, s. XIX.

Pierwszy rozdział rozprawy zawiera zatem istotne zagadnienia materialnoprawne. Omówiono wprowadzone do polskiego systemu zamówień publicznych regulacje dotyczące zamówień *in-house*. Nadto, analizie poddano zagadnienia konkurencyjności w zamówieniach publicznych. Rozdział pierwszy zawiera także przedstawienie zasad ogólnych udzielania zamówień publicznych. Z uwagi na to, iż polski system prawny w zakresie zamówień publicznych ma swoją genezę w rozwiązaniach europejskich, stąd wskazano również na zasady dające się wywieść z TFUE. W szczególności dokonano gruntownej analizy zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Proces kształtowania zasady konkurencji w zamówieniach publicznych

Na gruncie prawa unijnego ochrona konkurencji należy do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej. Traktaty utrzymują zatem zasadę, iż Unia Europejska sprawuje wyłączną władzę w dziedzinie ustalania zasad konkurencji (art. 3 ust. 1 lit. b TFUE oraz część trzecia tytuł VII TFUE). Zasady wynikające z traktatów znajdują zastosowanie w stosunku do wszystkich czynności prawnych podejmowanych na terenie Unii Europejskiej, a więc także wobec wszelkich zamówień publicznych, niezależnie od ich wartości, jeśli tylko w sprawie będzie występował element wspólnotowy – przykładowo w przetargu będą brali udział wykonawcy z innych państw członkowskich lub oferenci będą proponować produkty pochodzące z innych państw członkowskich, a także gdy pojawi się współfinansowanie zamówienia ze środków Unii¹⁸. Na uwagę zasługują stanowisko Trybunału Sprawiedliwości przedstawione w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname)*, z którego wynika, że w przypadku zamówień poniżej tzw. progu bagatelności, stosowanie zasad traktatowych (równości, przejrzystości, niedyskryminacji i innych) nie znajduje, zdaniem Trybunału, uzasadnienia z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego. W sytuacji gdy podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielaniem zamówieniem, skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego¹⁹. Stanowisko to jest jednak nieakceptowane przez doktrynę, w której przeważa pogląd prokonkurencyjny, zgodnie z którym nie istnieje granica wielkości zamówień, poniżej której możliwe jest odstępianie od reguł traktatowych. W ocenie przedstawicieli tego poglądu byłoby to działanie, które podważa ideę traktatu, a jego nieprecyzyjność i trudność w ustaleniu takiej uniwersalnej dla całego obrotu gospodarczego skali mogłaby powodować poważne problemy w stosowaniu²⁰.

Poza traktatowymi regułami dotyczącymi swobód i ochrony konkurencji, prawo pierwotne Unii Europejskiej nie zawiera postanowień regulujących zasady konkurencji

¹⁸ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 42.

¹⁹ Wyr. TSUE z 21.7.2005 r., C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* przeciwko *Comune di Cingia de' Botti*, ZOTSiS 2005, nr 7B, poz. I-7287, pkt 20.

²⁰ S. Arrowsmith, *The Application of the EC to Public and Utilities Procurement*, PPLR 1995, nr 6, s. 256.

w zamówieniach publicznych. Bezpośrednie stosowanie przepisów prawa pierwotnego Unii Europejskiego okazało się jednak niewystarczające dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w wymiarze wspólnotowym, a zamówienia stanowiły istotną barierę rozwoju wspólnego rynku²¹. Z tego powodu liberalizacja i pełne wdrożenie zasad wspólnego rynku oraz usunięcie protekcjonistycznych rozwiązań krajowych były celem harmonizacji krajowych systemów zamówień publicznych. Wyłącznym celem pierwszych dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych tj.: Dyrektywy Rady 64/429/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. dotyczącej osiągnięcia swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w odniesieniu do działalności osób prowadzących działalność na własny rachunek w branżach wytwórczych i przetwórczych należących do głównych grup ISIC 23-40 (przemysł i małe rzemiosło branże) i Dyrektywy Rady 64/427/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. ustanawiającej szczegółowe przepisy dotyczące środków przejściowych w odniesieniu do działalności osób prowadzących działalność na własny rachunek w branżach wytwórczych i przetwórczych należących do głównych grup 23-40 ISIC (przemysł i małe rzemiosło) było uporządkowanie rynku zamówień publicznych poprzez usunięcie barier narodowych oraz likwidację preferencji krajowych, a więc eliminację zachowań protekcjonistycznych, chroniących własny rynek i stworzenie warunków równej konkurencji dla przedsiębiorców z innych państw członkowskich.

Regulacją, która stała się fundamentem jednolitego wspólnotowego systemu udzielania zamówień publicznych była Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 185 z 16.8.1971 r.), która dotyczyła zamówień publicznych na roboty budowlane. Jej celem było zwiększenie przejrzystości procedur, niedyskryminowanie przedsiębiorców zagranicznych, a także zwiększenie konkurencji na rynku zamówień publicznych. Roboty budowlane, które objęto dyrektywą 71/305 EWG, miały mieć wartość nie mniejszą niż 1 mln ECU²². Z preambuły do dyrektywy 71/305/EWG wynika, że zamiarem Komisji było obniżenie tej wartości w pracach legislacyjnych.

²¹ J.A. Winter, *Public Procurement in the EEC*, CMLR 1991, t. 28, s. 741 i n.

²² ECU – europejska jednostka walutowa (European Currency Unit), utworzona w 1979 r., oparta na koszyku walut państw członkowskich z udziałem proporcjonalnym do wielkości gospodarki. Traktat z Maastricht ustalił skład koszyka walutowego, który tworzyły: w 33,2% marka niemiecka, w 20,7% frank francuski, w 10,4% gulden holenderski, w 10,3% funt brytyjski, w 8,5% frank belgijski, w 7,3% lir włoski, w 4,3% peseta hiszpańska, w 2,7% korona duńska, w 1% funt irlandzki, w 0,7% escudo portugalskie, w 0,5% drachma grecka oraz w 0,3% frank luksemburski. ECU była środkiem

W dniu 18 lipca 1989 r. przyjęto Dyrektywę Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniającą dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty (Dz. Urz. WE L 210 z 21.7.1989 r.) zmieniającą unormowania procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, zaś w dniu 14 czerwca 1993 r. przyjęto Dyrektywę Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993 r.) stanowiącą kompleksową regulację zamówień publicznych w obszarze robót budowlanych. Kolejnym obszarem zamówień publicznych poddanym wspólnotowej regulacji był rynek dostaw. Pierwszym aktem prawnym odnoszącym się do dostaw dokonywanych w ramach zamówień publicznych była Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na dostawy (Dz. Urz. WE L 13 z 15.1.1977 r.). Prawodawca wspólnotowy w dniu 22 marca 1988 r. przyjął Dyrektywę Rady 88/295/EWG zmieniającą dyrektywę 77/62 EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na dostawy (Dz. Urz. WE L 127 z 20.5.1988 r.), a w dniu 14 czerwca 1993 r. przyjęto dyrektywę 93/36/EWG stanowiącą, jak w przypadku dyrektywy 93/37/EWG, kompleksową regulację zamówień publicznych w obszarze dostaw. Wspólnoty europejskie podjęły również działania zmierzające do regulacji zamówień publicznych na rynku usług. W dniu 18 czerwca 1992 r. została przyjęta dyrektywa Rady 92/50/EWG odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. L 209 z 24.7.1992 r.). Dyrektywa ta w przeważającej części była zbieżna z dotychczas uchwalonymi dyrektywami dotyczącymi procedur udzielania zamówień na dostawy i roboty budowlane.

Uchwaleniu dyrektyw 93/36/EWG i 93/37/EWG towarzyszył pogląd, że ochrona konkurencji jest szczególnie istotna w przypadku zamówień o skali wspólnotowej, zaś za niewymagające szczególowej ochrony uznano zamówienia o wartości do 5 mln ECU w przypadku robót budowlanych oraz 200 tys. ECU dla dostaw i usług²³. Ponadto, z uzasadnienia do tych dyrektyw wynikało, że w ocenie Komisji Europejskiej skuteczność ochrony konkurencji została osiągnięta w istotnym stopniu dzięki istniejącym regulacjom wspólnotowym i krajowym, a wprowadzenie do krajowych zasad prawnych rozwiązań zapewniających respektowanie swobód traktatowych pozwala na

obrachunkowym i płatniczym w operacjach międzybankowych, środkiem służącym gromadzeniu rezerw walutowych. Została zastąpiona przez euro – walutę europejską.

²³ W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 26.

podniesienie progów, od których muszą być stosowane przepisy wprowadzone dyrektywami.

Odrębnie od powyżej omówionych aktów prawnych dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi, prawodawca wspólnotowy uregulował tzw. zamówienia sektorowe. Już w połowie lat 80. XX wieku Parlament Europejski w rezolucji z 1985 r.²⁴ wskazał, że wykonywanie czynności stanowiących obowiązek lub domenę władz państwowych przez podmioty zależne od państwa lub działające na podstawie udzielonych przez państwo szczególnych lub wyłącznych uprawnień nie może pozostawać poza swobodą przepływu towarów i usług. Prawodawca wspólnotowy zdecydował się zatem uregulować udzielanie zamówień sektorowych, przyjmując w dniu 17 września 1990 r. Dyrektywę Rady 90/531 EWG dotyczącą zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorze wodnym energii, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 297 z 29.10.1990 r.), której regulacje były zbliżone do obowiązujących podmioty sektora publicznego dyrektyw dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane i dostawy. Następnie na mocy Dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993 r.) rozszerzono zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej o zamówienia na usługi.

W 2004 r. prawodawca unijny przyjął nowe dyrektywy w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi – dyrektywę 2004/18/WE, a także zamówień sektorowych – 2004/17/WE. Przy przyjmowaniu powyższych dyrektyw, ochrona konkurencji nie była jednak jedynym i najważniejszym celem. Z uzasadnienia do dyrektyw wynika bowiem, że przyczyną ich uchwalenia było dążenie prawodawcy unijnego do zapewnienia podatnikom i klientom usług o najwyższej jakości. Cele fiskalne i ekonomiczne, a także polityka redukcji deficytu finansowego stały się zatem nadrzędne wobec ochrony konkurencji²⁵. Ponadto, w punkcie 1 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE wskazano, że dyrektywa, opierając się na orzecznictwie

²⁴ Resolution closing the procedure for consultation of the European Parliament on the communication from the Commission of the European Communities to the Council on public supply contracts – conclusions and perspectives (com(84) 717 final) (rezolucja Parlamentu Europejskiego zamykająca procedurę konsultacji pomiędzy Parlamentem a Komisją Europejską dotyczącą perspektyw legislacji w zakresie zamówień publicznych na dostawy, Dz. Urz. WE C 175 z 15.7.1985, s. 241).

²⁵ W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 28.

Trybunału Sprawiedliwości, umożliwi zaspokojenie przez instytucje zamawiające potrzeb określonej grupy odbiorców publicznych. Prawodawca wspólnotowy zwrócił jednak uwagę na zagrożenie dla zasad konkurencji poprzez uprzywilejowywanie podmiotów publicznych. Zgodnie bowiem z motywem 4 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, państwa członkowskie powinny zapewnić, aby udział instytucji prawa publicznego w charakterze oferenta w procedurze udzielania zamówień publicznych nie powodował zakłócenia konkurencji dla oferentów prywatnych.

W dniu 27 stycznia 2011 r. Komisja Europejska wydała Zieloną księgę, w wyniku której rozpoczęto dyskusję o zmianie przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych²⁶. Komisja Europejska zwróciła uwagę na konieczność powrotu do ochrony konkurencji jako zasadniczego celu przepisów o zamówieniach publicznych, o czym świadczy jej pkt 1, zgodnie z którym przepisy o zamówieniach publicznych powinny służyć zapewnieniu konkurencji.

Po kilku latach dyskusji prowadzonych nad zmianą przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych, przyjęto dyrektywę 2014/24/UE oraz dyrektywę 2014/25/UE. W preambule do dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadami, które wywodzą się z TFUE, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty, zdaniem prawodawcy unijnego, należało jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję. Ponadto, w motywie 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020” – zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”²⁷ – jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego,

²⁶ Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych, W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, (KOM 2011 wersja 15 ostateczna), Bruksela 2011 – zob. [online:] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pl:PDF>, dostęp: 21.1.2021 r.

²⁷ Komisja Europejska, EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, KOM(2010) 2020 wersja ostateczna, Bruksela, 3.3.2010 r.

trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Prawodawca unijny uznał też, że w tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 2004/18/WE. Zmiany te miały doprowadzić do zwiększenia efektywności wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych oraz umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych.

Jak wskazuje W. Dzierżanowski u podstaw wspólnotowego systemu zamówień publicznych legła więc nawet nie tyle ochrona konkurencji, co tworzenie warunków dla zaistnienia konkurencji i eliminacja ochrony własnych rynków poprzez usuwanie barier w handlu²⁸. W doktrynie pojawia się także inny pogląd na temat motywów tworzenia systemu zamówień publicznych w skali europejskiej. Wskazuje on prymat dążenia do racjonalizacji wydatków publicznych, a ochronę konkurencji widzi jako efekt wtórny²⁹. Jednakże, aż do 31 grudnia 1992 r. prawodawca wspólnotowy dopuścił stosowanie przez państwa członkowskie preferencji regionalnych polegających na prawie lub obowiązku zlecenia części zamówień wykonawcom lokalnym lub użycia produktów lokalnych, a także na stosowaniu cenowych preferencji dla wykonawców z danego regionu³⁰. Regulacja ta została poddana krytyce przez TSUE, który wskazywał na jej niezgodność z traktatem³¹. Ponadto, w sprawie *Du Pont de Nemours SpA* przeciwko *Unita sanitaria di Carrara* Trybunał orzekł, że prawo włoskie zobowiązujące zamawiających do uzyskania przynajmniej 30% wszystkich dostaw od przedsiębiorstw rolnych i przemysłowych działających na terenie Włoch Południowych było niezgodne z prawem wspólnotowym. W ocenie Trybunału naruszenia doznawały w tym przypadku zasada swobodnego przepływu towarów oraz zasada konkurencji, ponieważ towary pochodzące z innych państw członkowskich były traktowane w sposób dyskryminacyjny.

²⁸ W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 22.

²⁹ E. Smirnov, *Sounds procurement – making it happen* (w:) *Law in Transition*, Autumn 2010, s. 1.

³⁰ M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, (red.) M. Lemke, Warszawa 2001, s. 28.

³¹ Wyr. TSUE z 20.3.1990 r., C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA* przeciwko *Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, ECR 1990, nr 3, poz. I-889, LEX nr 126149, teza 2; wyr. TS z 3.6.1992 r., C-360/89, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Repubblica Włoskiej*, ECR 1992, nr 6, poz. I-3401, LEX nr 123274, teza 2.

Rząd włoski argumentował, że preferencje nie miały charakteru dyskryminującego ze względu na narodowość, ponieważ odnosiły się także do przedsiębiorstw włoskich z innych regionów. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości należało jednak dostrzec, że wszystkie produkty objęte systemem preferencji były wyłącznie produktami krajowymi. Ponadto fakt, że ograniczający skutek, jaki środek wywierał na import, nie zapewniał uprzywilejowanej pozycji wszystkim krajowym produktom, a jedynie niektórym, nie powodowało wyłączenia tego środka z zakazu zawartego w art. 28 TWE³².

W polskim porządku prawnym konkurencja ma źródło w zasadzie wolności działalności gospodarczej wyrażonej w art. 20 Konstytucji RP, zgodnie z którą wolność działalności gospodarczej jest jedną z podstaw społecznej gospodarki rynkowej. Społeczna gospodarka rynkowa to gospodarka oparta na prawach rynku, w której zasady wolnorynkowe stanowią podstawowe reguły życia gospodarczego, ale państwo aktywnie oddziałuje na gospodarkę. Prognozuje i programuje życie gospodarcze w skali makroekonomicznej, wspomaga mechanizm rynkowy dla zbliżenia go do stanu trwałej równowagi³³. Ponadto, zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, a zatem państwo powinno ingerować w gospodarkę wyłącznie w zakresie ograniczonym jego funkcjami. Jak wskazuje K. Strzyczkowski wolność gospodarcza jest zasadą ustroju gospodarczego państwa, bowiem została wymieniona w rozdziale I Konstytucji RP³⁴. Tak określona wolność gospodarcza, jako zasada ustrojowa, determinuje zarówno treść aktów prawotwórczych, jak i wyznacza granicę stanowienia i stosowania prawa poprzez swoją moc derogującą³⁵. Ograniczenie konkurencji może mieć zatem miejsce ze względu na konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej. W wyroku z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że interes publiczny, a więc problem występujący każdorazowo w przypadku udzielania zamówień publicznych, może być jedną z podstawowych przyczyn ograniczania swobody prowadzenia działalności gospodarczej³⁶. Przeciwnie, niezmiernie istotnym aspektem wolności jest zapewnienie przez państwo powstrzymywania

³² Wyr. TSUE z 20.3.1990 r., C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana Spa*, teza 1, LEX nr 126149.

³³ S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze*, 2013, s. 31.

³⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 89.

³⁵ C. Banasiński (w:) C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, D. Szafrński, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2005, s. 49.

³⁶ Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

utrudnień w prowadzeniu przedsiębiorstw ze strony innych podmiotów (konkurentów)³⁷, w szczególności wsparcie podmiotów, których pozycja jest słabsza.

Państwa członkowskie Unii Europejskiej, w tym również polski ustawodawca, stoją na straży ochrony konkurencji w oparciu o prawo unijne, a także konkurencyjne środowisko regulacyjne w sposób, który wzmacnia konkurencyjność krajowych podmiotów gospodarczych, zniechęcając je do prób ewentualnego poszukiwania innego porządku prawnego względnie też by przyciągnąć do danego państwa podmioty z innych państw³⁸. W polskim prawie zamówień publicznych ustawodawca obejmuje protekcją istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień. W celu ochrony uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ustawodawca wprowadził regulacje przeciwdziałające naruszeniom konkurencji na rynku zamówień publicznych. Zarówno ZamPublU, ZNKU jak i OKiKU zawierają przepisy przeciwdziałające naruszeniom konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania dotyczące naruszeń konkurencji prowadzone są przed KIO, sądami powszechnymi oraz przed Prezesem UOKiK.

³⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 230 i n.; S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze...*, s. 109.

³⁸ M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 13.

3. Zasady udzielania zamówień publicznych w prawie Unii Europejskiej

Wprowadzenie do prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasad bezstronności i obiektywizmu stanowi implementację postanowień dyrektyw unijnych. Zgodnie z motywem 1 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami TFUE, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję. Przepis art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE konstytuuje ogólną zasadę równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasadę przejrzystości i proporcjonalności. Ponadto ustawodawca unijny przyjął, że zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania przedmiotowej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Źródło zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców stanowi art. 18 TFUE wyrażający zakaz dyskryminacji podmiotów z uwagi na przynależność państwową. Przyjmuje się, że zasada wyrażona w tym przepisie jest szczególnym wyrazem zasady równości. Zakaz dyskryminacji i zasada równego traktowania są pojęciami zbliżonymi, z tym że zakaz dyskryminacji obejmuje niektóre tylko stany faktyczne podlegające zasadzie równości. Reguła równego traktowania ma szerszy zakres niż sam zakaz dyskryminacji, który nie nakłada na stosowne podmioty obowiązku podejmowania działań o charakterze pozytywnym, tak jak to czyni w domyśle zasada równości. Dlatego też art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nakazuje zamawiającym nie tylko niedyskryminacyjne, lecz także równe traktowanie wszystkich wykonawców. Obowiązek równego traktowania dotyczy każdego postępowania

dotyczącego udzielenia zamówienia, jeżeli tylko jego prowadzenie objęte jest zakresem przedmiotowo-podmiotowym stosownych regulacji unijnych. Nakaz ten ma zastosowanie zawsze, chyba że co innego przewidują szczególne normy zezwalające na odstępstwa od tej zasady³⁹. Zasady wynikające z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, wzajemnie się uzupełniają, nakładają zatem na zamawiających obowiązek ich przestrzegania i poszanowania w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią bowiem o braku możliwości różnicowania podmiotów prawnych państw członkowskich, które znajdują się w jednakowej sytuacji, a także równe ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych, chyba że ma to rzetelne uzasadnienie. Ponadto, w dyrektywie 2014/24/UE zasada równego traktowania wykonawców została wskazana w:

- 1) motywie 45 („Kryteria udzielenia zamówienia i ich waga powinny być stałe przez cały czas trwania postępowania i nie powinny podlegać negocjacom, w celu zagwarantowania równego traktowania wszystkich wykonawców”);
- 2) motywie 61 („Aby zapewnić przejrzystość i równe traktowanie, instytucje zamawiające powinny wskazać w dokumentach zamówienia dotyczących danej umowy ramowej obiektywne kryteria, które będą regulowały wybór między tymi dwiema metodami realizacji umowy ramowej”);
- 3) motywie 90 („Aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia”);
- 4) art. 24 („Państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców”);

³⁹ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE*, (w:) *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2016.

5) art. 56 ust. 3 („Jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentacje w odpowiednim terminie, pod warunkiem, że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”).

Zasada proporcjonalności jest z kolei uznawana za jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej, a poprzez implementację dyrektywy 2014/24/UE stała się także częścią krajowego prawa zamówień publicznych. Jej elementy wywieść można z licznych orzeczeń TSUE. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Unii Europejskiej z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl* przeciwko *Comune di Milano*) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu⁴⁰. Na uwagę zasługuje także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Królestwu Hiszpanii*), w którym zwrócono uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do celu⁴¹.

Reasumując, przepis art. 18 dyrektywy 2014/24/UE określa najważniejsze zasady udzielania zamówień publicznych na gruncie prawa Unii Europejskiej. Powyższe powoduje, że pozostałe przepisy dyrektywy powinny być interpretowane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 18 dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto, omówione powyżej zasady zostały określone jako obowiązki zamawiających i z uwagi na swoją treść wzajemnie się uzupełniają. Definicja sztucznego zawężania konkurencji stanowi odzwierciedlenie zasady równego traktowania. To zaś oznacza, że konkurencja jest

⁴⁰ Wyr. TSUE z 23.12.2009 r., C-376/08 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl* przeciwko *Comune di Milano*, ZOTSiS 2009, nr 12B, poz. I-12169.

⁴¹ Wyr. TSUE z 16.9.1999 r., C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Królestwu Hiszpanii*, ECR 1999, nr 8-9A, poz. I-5585.

sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców⁴².

⁴² A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ...*, LEX/el.

4. Zasada uczciwej konkurencji w prawie zamówień publicznych

Konkurencja jest integralnym elementem gospodarki rynkowej, umożliwiającym rywalizację przedsiębiorców, oferujących w ramach danych segmentów rynku określone produkty lub usługi. Zagwarantowanie uczciwej konkurencji ma na celu zapewnienie uczestnikom rynku równe warunki oraz sprawiedliwe traktowanie przy jednoczesnym umożliwieniu rozwoju oraz innowacyjności. Zasada uczciwej konkurencji dąży także do eliminacji zachowań sprzecznych z prawem oraz zasadami etyki obrotu. Zamówienia publiczne są jednym z instrumentów umożliwiających inteligentny wzrost gospodarczy, osiągnąć przez najbardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych, które w nowoczesnym systemie możliwe jest dzięki przestrzeganiu zasad zamówień publicznych, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji.

4.1. Zasada uczciwej konkurencji w prawie polskim, w świetle unijnych dyrektyw

W opracowaniu zatytułowanym „Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych” wskazywano, że jedną z najbardziej istotnych funkcji, jaką ma spełnić nowa ustawa jest zapewnienie przedsiębiorcom uczciwej konkurencji. Dzięki tej zasadzie przedsiębiorcy mogą bowiem rywalizować między sobą na rynkowych warunkach. W ocenie autorów tej koncepcji zapewnienie przedsiębiorcom uczciwej konkurencji pozwala również na osiągnięcie najbardziej korzystnego ekonomicznie efektu przez zamawiających w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty⁴³.

W ZamPublU zasadniczo utrzymano dotychczasowy katalog zasad udzielania zamówień publicznych, wzbogacając go o zasadę efektywności ekonomicznej⁴⁴. Przepisy art. 16 i n. ZamPublU określają podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, mające fundamentalne znaczenie dla dokonywania wykładni pozostałych przepisów ustawy. Poszczególne przepisy ustawy powinny być interpretowane w sposób zapewniający poszanowanie ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych. Tak jak w przypadku zasady uczciwej konkurencji, pozostałe zasady wymienione w art. 16 i n.

⁴³ Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych, czerwiec 2018, s. 93 – zob. [online:] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych, dostęp: 4.3.2019 r.

⁴⁴ Art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ZamPublU.

ZamPublU adresowane są do zamawiających, jako organizatorów postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Ustawodawca nakazuje zatem zamawiającym przygotowywać i przeprowadzać postępowanie z poszanowaniem:

- 1) zasady zachowania uczciwej konkurencji;
- 2) zasady równego traktowania wykonawców;
- 3) zasady przejrzystości;
- 4) zasady proporcjonalności;
- 5) zasady efektywności;
- 6) zasady legalizmu podejmowanych czynności;
- 7) zasady bezstronności i obiektywizmu osób podejmujących czynności w postępowaniu, a także związanych z jego przygotowaniem;
- 8) zasady jawności.

Co warte podkreślenia, zasady wyrażone w art. 16 i n. ZamPublU, pomimo ich fundamentalnego charakteru, nie zostały zdefiniowane przez ustawodawcę. Definicje wywodzą się więc z przepisów ustawy, które wprost lub pośrednio do nich się odnoszą, określając, w jaki sposób mogą być one zapewnione w postępowaniu, a także z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz celu, dla którego jest ono prowadzone. Przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych powinny być interpretowane w sposób zapewniający zachowanie podstawowych zasad, przede wszystkim uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych służy zapewnieniu racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. Zasady te mają kluczowe znaczenie dla udzielania zamówień publicznych nie tylko na poziomie krajowym, ale też unijnym. Obowiązek ich przestrzegania na gruncie prawa krajowego przez państwa członkowskie wywodzi się z zasad wyrażonych w TUE oraz TFUE, do których odwołują się dyrektywy unijne. Przepisy dyrektyw stanowią o udzielaniu zamówień z poszanowaniem zasad traktatowych, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Ustanowione przez dyrektywy przepisy służące koordynacji należy interpretować zgodnie z zasadami TFUE.

Ustawodawca nieprzypadkowo wyodrębnił zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, na początku hierarchii zasad zamówień publicznych, ujętych w katalogu zasad udzielenia zamówień publicznych, znajdującym się w Rozdziale II, Działu I ZamPublU. Zasady te mają podstawowe znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że stanowią one wyznaczniki przebiegu postępowania, a przepisy ustawy są skonstruowane tak, aby realizować wyżej wymienione zasady. KIO w wyroku z dnia 22 marca 2016 r., KIO 308/16 wskazała, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych⁴⁵. Celem zasady zachowania uczciwej konkurencji jest uchronienie sprawnie funkcjonującego rynku przez zapobieżenie ograniczeniom w swobodzie dostępu do rynku i przeciwdziałanie wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, dzięki czemu powstają warunki do jak najlepszego wydatkowania publicznych środków, ale również rozwoju nowych technologii lub usług, które powstają dzięki oferowaniu nowych, lepszych produktów będących odpowiedzią na zapotrzebowanie zamawiającego. A. Szyszkowski, podnosi, że zachowanie uczciwej konkurencji jest podstawową przyczyną, dla której funkcjonują przepisy prawa zamówień publicznych. Uczciwa konkurencja pozwala wybrać ofertę, która jest najbardziej optymalna dla zamawiającego. Prawo zamówień publicznych jest zespołem reguł wymuszających uczciwą konkurencję⁴⁶. W wyroku z dnia 17 stycznia 2017 r., II GSK 2472/15, Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że ZamPublU2004 nie daje żadnych wskazówek pozwalających ocenić, kiedy mamy do czynienia z naruszeniem uczciwej konkurencji, co nie oznacza, że kwestia ta jest pozostawiona wyłącznie ocenie organu. Konieczne w takiej sytuacji wydaje się odwołanie choćby do ZNKU, która definiuje pojęcie nieuczciwej konkurencji⁴⁷.

4.2. Wykładnia zasady uczciwej konkurencji

Przez zasadę uczciwej konkurencji uregulowaną w art. 16 pkt 1 ZamPublU rozumie się sytuację, w której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

⁴⁵ Wyr. KIO z 22.3.2016 r., KIO 308/16, Legalis nr 1469276.

⁴⁶ A. Szyszkowski, *Zamówienia publiczne w praktyce*, 2005, s. 21.

⁴⁷ Wyr. NSA z 17.1.2017 r., II GSK 2472/15, Legalis nr 1558796.

o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ciężar zapewnienia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji leży po stronie zamawiającego, który jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do zapewnienia jej przestrzegania na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nakłada zatem na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia i przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między uczestnikami postępowania. Z zasady tej wynika również niejako podwójny obowiązek po stronie zamawiającego, który powinien przeprowadzić swoje czynności w taki sposób, aby nie naruszać uczciwej konkurencji, ale jednocześnie zobowiązany jest do kontroli ofert pod kątem przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Z zasady tej wynika również niejako podwójny obowiązek po stronie zamawiającego, który powinien przeprowadzić swoje czynności w taki sposób, aby nie naruszać uczciwej konkurencji, ale jednocześnie zobowiązany jest do kontroli ofert pod kątem przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Zasada ta dotyczy również wykonawców, którzy winni ją uwzględnić przy tworzeniu oraz składaniu ofert. Najczęściej występującymi przejawami naruszenia uczciwej konkurencji przez wykonawców są: nierynkowe i nierealne obniżenie cen jednostkowych, manipulacja oceną oferty lub przekazanie informacji nieprawdziwych dotyczących okoliczności posiadania doświadczenia koniecznego do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jako przykłady nieuczciwej konkurencji za M. Sieradzką należy wskazać m.in.:

- 1) „*złożenie oferty i zaproponowanie gwarancji na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy (...), który jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania*” w celu "matematycznego" wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty⁴⁸;
- 2) manipulowanie elementami oferty – cenami jednostkowymi oferty⁴⁹;
- 3) brak realności poniesionych kosztów⁵⁰;

⁴⁸ Wyr. ZA z 4.1.2007 r., UZP/ZO/0-3026/06, Legalis.

⁴⁹ Wyr. KIO z 5.4.2011 r., KIO 640/11, Legalis; wyr. KIO z 13.1.2012 r., KIO 2787/11, Legalis; wyr. KIO z 18.1.2013 r., KIO 7/13, Legalis.

⁵⁰ Wyr. KIO z 3.12.2015 r., KIO 2553/15, Legalis): „*Działanie wykonawcy – profesjonalisty obowiązującego do należytego działania – polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.*”

- 4) zadeklarowanie tzw. *response rate* (stopy zwrotu) na poziomie 99% (zaoferowanie wysokości wskaźników *response rate* – jedynie w celu nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i jest to jedynie, oderwany od realiów wykonania zamówienia, zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia⁵¹.

Wykrycie przez zamawiającego dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji obliguje go zaś, zgodnie z dyspozycją art. 226 ZamPublU, do odrzucenia oferty⁵².

Zgodny z zasadą uczciwej konkurencji powinien być w szczególności przygotowywany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia publicznego oraz opis warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasada uczciwej konkurencji była przedmiotem wielu orzeczeń zarówno sądów polskich jak i TSUE. W orzecznictwie Trybunału panuje pogląd, że celem tej zasady jest przeciwdziałanie występowaniu praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami⁵³. W orzecznictwie KIO podkreśla się natomiast, że to na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien bowiem dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania⁵⁴. Ponadto, przejawem uczciwej konkurencji jest jednakowa ocena podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej⁵⁵. W wyroku z dnia 22 lutego 2017 r., II GSK 1732/15, Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, iż do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 ZamPublU2004 nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Dyspozycję normy prawnej dekodowanej z przywołanego przepisu ustawy wyczerpuje już bowiem potencjalne, możliwe i prawdopodobne ograniczenie konkurencji⁵⁶.

Uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej”.

⁵¹ Wyr. KIO z 29.3.2017 r., KIO 543/17, Legalis nr 1591974.

⁵² M. Sieradzka, w: M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022*, kom. do art. 226, Legalis/el.

⁵³ Wyr. TSUE z 3.3.2005 r., w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03, *Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie*, ZOTSiS 2005, nr 3A, poz. I-1559, pkt 42.; na temat zasady uczciwej konkurencji zob. M. Sieradzka, *Glosa do wyroku TS z 19.5.2009 r., C-538/07*, 2014, LEX/el.

⁵⁴ Uchw. KIO z 6.2.2012 r., KIO/KD 14/12, LEX nr 1217605.

⁵⁵ Wyr. KIO z 3.12.2015 r., KIO 2564/15, Legalis nr 1406559.

⁵⁶ Wyr. NSA z 22.2.2017 r., II GSK 1732/15, Legalis nr 1578982.

O istotnym znaczeniu problematyki zapewnienia warunków konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego świadczy uczynienie z uczciwej konkurencji jednej z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, kreującej przede wszystkim określone obowiązki po stronie zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵⁷. Emanacją tego jest wskazany powyżej obowiązek przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Z tego tytułu dla zamawiających wynikają obowiązki dwojakiego rodzaju⁵⁸. Po pierwsze, czynności podejmowane przez zamawiających w ramach przygotowywania i prowadzenia postępowań nie mogą ograniczać lub zniekształcać warunków rywalizacji o zamówienie⁵⁹. Po drugie, na zamawiającym spoczywa obowiązek oceny zachowania warunków uczciwej rywalizacji wśród wykonawców. Obowiązek ten obejmuje ocenę czynności wykonawców w aspekcie zasad uczciwej konkurencji i eliminowania ofert, których złożenie narusza te zasady. Zasada uczciwej konkurencji powiązana została ponadto w prawie zamówień publicznych z zasadą równego traktowania wykonawców⁶⁰.

4.3. Stosowanie zasady uczciwej konkurencji w procedurze udzielania zamówień publicznych

Obowiązek przestrzegania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych, w szczególności odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, gdzie może dochodzić do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Szczegółowe obowiązki zamawiającego w zakresie zachowania warunków uczciwej konkurencji wywodzone bezpośrednio z art. 16 pkt 1 ZamPublU, obejmują:

- 1) rzetelne badanie i wyjaśnienie wszelkich wątpliwości powstałych w związku z dokonywaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, nawet po dokonaniu

⁵⁷ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*, s. 1

⁵⁸ W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 74–75.

⁵⁹ A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Portland 2011, s. 54.

⁶⁰ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*, s. 2.

czynności wyboru, w przypadku wystąpienia nowych okoliczności uzasadniających unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie niezbędnych czynności wyjaśniających⁶¹;

- 2) stosowanie literalnej wykładni odpowiednich postanowień specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu, tak by zapobiegać jakiegokolwiek uznaniowości oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców; za bezpośrednie naruszenie art. 16 pkt 1 ZamPublU uznaje się odstępianie od dokonanego uprzednio opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu na etapie badania spełnienia tych warunków⁶²;
- 3) niezminianie istotnych dla wykonawców warunków w specyfikacji warunków zamówienia na etapie składania ofert przez wykonawców⁶³;
- 4) nieformułowanie wymagań wobec wykonawców w sposób oderwany od przedmiotu zamówienia (wykraczający ponad potrzeby zamawiającego) i do niego nieproporcjonalny, utrudniający dostęp do zamówienia⁶⁴;
- 5) nieróżnicowanie wykonawców, co przejawia się między innymi w tym, że zamawiający nie może umożliwić tylko jednemu z wykonawców dokonania modyfikacji oferty po terminie otwarcia ofert⁶⁵, a także powiadamiać tylko wybranych wykonawców o zmianie ogłoszenia w BZP⁶⁶, jak również ustalić w ogłoszeniu restrykcyjnego zapisu, a następnie uznać go za pozbawiony sankcji w odniesieniu do określonego wykonawcy⁶⁷.

Ponadto, zasadę uczciwej konkurencji dopełniają inne przepisy ZamPublU, a to jest:

- 1) art. 99 ZamPublU, odnoszący się do sposobu, w jaki zamawiający formułuje opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia; zamawiający zobowiązany jest opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

⁶¹ Uchw. KIO z 24.3.2014 r., KIO/KD 20/14, Legalis nr 993087.

⁶² Wyr. KIO z 10.5.2013 r., KIO 964/13, Legalis nr 745981.

⁶³ Wyr. KIO z 30.4.2013 r., KIO 871/13, Legalis nr 735806.

⁶⁴ Wyr. KIO z 6.2.2014 r., KIO 120/14, Legalis nr nr 804187.

⁶⁵ Wyr. KIO z 22.4.2010 r., KIO/UZP 466/10, nr 260237.

⁶⁶ Wyr. WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 6.10.2011 r., II SA/Go 542/11, Legalis nr 474959.

⁶⁷ Wyr. KIO z 15.7.2008 r., KIO/UZP 853/08, Legalis nr 114426.

warunki konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne wspierać ma również zachowanie zasady neutralności, w świetle której wymagania formułowane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie powinny choćby pośrednio wskazywać na konkretnego wykonawcę lub produkt⁶⁸; tym motywowane jest ograniczenie możliwości opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie na przykład znaków towarowych lub patentów, a zarazem wymaganie dopuszczenia do udziału w postępowaniu podmiotów oferujących rozwiązania równoważne; wskazane reguły pozwalają na rozszerzenie kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie o wykonawców będących w stanie zaoferować świadczenia o zbliżonych parametrach i właściwościach funkcjonalnych, które są istotne dla zamawiającego⁶⁹; art. 99 ust. 4 ZamPublU może być naruszony już wówczas, gdy istnieje choćby sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji⁷⁰;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ZamPublU, nakładający na zamawiającego obowiązki w procesie badania i oceny ofert; zasadę uczciwej konkurencji realizuje obowiązek zamawiającego eliminowania podczas oceny ofert czynów nieuczciwej konkurencji; w jego myśl zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ZNKU oraz gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ZamPublU)⁷¹; podstawą odrzucenia oferty może być też jej „niezgodność z ustawą” (art. 226 ust. 1 pkt 3 ZamPublU), co interpretowane jest również jako jej niezgodność z określonymi w ZamPublU zasadami udzielania zamówień publicznych, a zatem między innymi z zasadą uczciwej konkurencji⁷².

Warto podkreślić w tym miejscu, że w przypadku trybów postępowania o zamówienia publicznego, w których konkurencja jest ograniczona, regulacje prawne zobowiązują zamawiającego do przeprowadzenia postępowania tak, by zapewnić warunki konkurencji. W przetargu ograniczonym znajduje to wyraz w obowiązku

⁶⁸ Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 191.

⁶⁹ P. Banasik, *Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Wrocław 2011, s. 50.

⁷⁰ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*, s. 4.

⁷¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2019*, kom. do art. 89, Legalis/el.

⁷² P. Banasik, *Wybór...*, s. 130.

zamawiającego, by do składania ofert zaprosić wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 (art. 48 ust. 1 ZamPublU). Podobną regulację przewidziano w regulacji dotyczącej trybu negocjacji z ogłoszeniem (art. 159 ust. 1 ZamPublU). Wskazany przepis ma zastosowanie również do partnerstwa innowacyjnego (art. 195 ust. 1 ZamPublU). Obowiązek zaproszenia przez zamawiającego do udziału w postępowaniu wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję dotyczy także udzielania zamówień publicznych w trybie dialogu konkurencyjnego (art. 177 ust. 1 ZamPublU) i negocjacji bez ogłoszenia (art. 210 ust. 3 ZamPublU). Należy także wskazać, iż ustawodawca w art. 288 ust. 1 ZamPublU wprowadził możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3 w przypadkach, o których mowa w art. 275 ust. 2 i 3 ZamPublU, w ramach trybu podstawowego, tj. gdy zamawiający:

- 1) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo
- 2) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Do dnia wejścia w życie ZamPublU obowiązek zaproszenia do składania ofert liczby wykonawców, która zapewniała konkurencję istniał również w postępowaniu prowadzonym w uproszczonym trybie wyłaniania wykonawcy poprzez zapytanie o cenę (art. 71 ust. 1 ZamPublU2004).

Co istotne, zachowanie zasad uczciwej konkurencji jest też wymagane od zamawiającego w odniesieniu do sposobu wykorzystania umowy ramowej⁷³, będącej elementem procesu zawierania właściwego kontraktu i stanowiącej swoisty etap pośredni, który może, ale nie musi, doprowadzić do udzielenia zamówień⁷⁴. Zgodnie z art. 311 ust. 4 ZamPublU zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji. W szczególności oznacza to obowiązek zagwarantowania

⁷³ Wyr. KIO z 7.1.2015 r., KIO 2691/14, Legalis nr 1213830.

⁷⁴ G. Wicik, *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych 2013, nr 4, s. 84.

wszystkim wykonawcom jednakowych praw i obowiązków na każdym etapie stosowania umowy ramowej. Wykonawcy powinni bowiem podlegać tożsamym regułom postępowania przetargowego o zawarcie umowy jednostkowej⁷⁵.

Prawo zamówień publicznych zawiera także wiele regulacji szczegółowych, które choć nie odwołują się bezpośrednio do zasady uczciwej konkurencji, to w praktyce służą zapewnieniu warunków wyboru wykonawców w zgodzie z tą zasadą. Wśród tych przepisów należy wymienić art. 275 ZamPublU, który stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Choć przewidziano przy tym możliwość wykorzystywania trybów udzielania zamówień w mniejszym stopniu realizujących zasady konkurencji, to jednak katalogi tych trybów, jak i okoliczności, w których mogą być wykorzystywane, są ograniczone⁷⁶.

Jak wskazuje J. Pieróg, realizacją zasady uczciwej konkurencji są również niektóre przyjęte w prawie zamówień publicznych kryteria wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia⁷⁷. Zawarte w ustawie regulacje z tego zakresu zostały istotnie zmodyfikowane w procesie implementowania dyrektywy 2014/24/UE na mocy ZmZamPublU16. Ustawodawca podzielił przesłanki wykluczenia z postępowania na przesłanki fakultatywne oraz na obligatoryjne, które zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych⁷⁸. O istotnym znaczeniu problematyki zachowania reguł konkurencji przemawia również zaliczenie większości przesłanek wykluczenia do katalogu przesłanek obligatoryjnych z uwagi na to, że prowadzą do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, a poprzez to do niezgodnego z prawem wpływania na wynik postępowania. Do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zalicza się między innymi:

- 1) prawomocne skazanie wykonawcy będącego osobą fizyczną za przestępstwo, o którym mowa w art. 305 KK (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g ZamPublU);
- 2) prawomocne skazanie za przestępstwo, o którym mowa w art. 305 KK, urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza

⁷⁵ J. Pieróg, *Prawo ...* kom. do art. 99.

⁷⁶ G. Wicik, *Charakter prawny umowy ramowej...*, s. 92.

⁷⁷ J. Pieróg, *Prawo ...* kom. do art. 7.

⁷⁸ W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 205–212.

w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta wykonawcy (art. 108 ust. 1 pkt 2 ZamPublU);

- 3) zawarcie przez wykonawcę z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu OKiKU, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie (art. 108 ust. 1 pkt 5 ZamPublU);
- 4) doradztwo lub inny sposób zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia przez wykonawcę lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu OKiKU, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być usunięte inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 108 ust. 1 pkt 6 ZamPublU); reguła ta ma eliminować z udziału w rywalizacji podmioty, które dzięki zaangażowaniu w proces przygotowywania postępowania mogły zdobyć informacje w sprawie danego zamówienia zapewniające im uprzywilejowaną pozycję względem innych wykonawców w procesie przygotowywania oferty i których udział w rywalizacji stawiałby pod znakiem zapytania równość szans w dostępie do zamówienia⁷⁹.

Wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, a dotyczących naruszenia reguł konkurencji, zalicza się między innymi bezprawne wpływanie lub próby wpłynięcia przez wykonawcę na czynności zamawiającego lub pozyskanie lub próbę pozyskania informacji poufnych, mogących dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 9 ZamPublU).

Emanacją dążenia ustawodawcy do zapewnienia wykonawcom składającym oferty równych szans w ubieganiu się o zamówienie jest także reguła, zgodnie z którą wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę (art. 218 ust. 1 ZamPublU), a zarazem przeciwdziałanie składaniu wielu odrębnych ofert przez wykonawców powiązanych ścisłymi więzami gospodarczymi w ramach grupy kapitałowej. Na zasadzie art. 108 ust. 1 pkt 5 ZamPublU wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia

⁷⁹ J. Pieróg, *Prawo ...* kom. do art. 24.

podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu OKiKU, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Normy uprawniające wykonawcę do złożenia tylko jednej oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są jednoznacznie uznawane za przejaw stosowania w procesie wyboru wykonawcy zasad uczciwej konkurencji. Za nieuczciwe, sprzeczne z dobrymi obyczajami uznawane jest działanie mające na celu zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez jednego z wykonawców poprzez złożenie – bezpośrednio lub pośrednio – więcej niż jednej oferty. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji uznaje się równoczesne uczestnictwo wykonawcy w dwóch konsorcjach składających odrębne oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁸⁰. Podobnie oceniany jest przypadek, gdy ten sam podmiot jedną ofertę składa samodzielnie, a inną składa w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z innymi wykonawcami. Analogicznie, jako niedopuszczalne złożenie więcej niż jednej oferty zostało ocenione również wskazanie przez wykonawcę już po upływie terminu składania ofert (po otwarciu ofert) innego przedmiotu świadczenia, pochodzącego od innego producenta i wykorzystującego inną technologię⁸¹. W istocie zgodzić się należy, że umożliwienie wykonawcy takiego zachowania naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ pozwalałoby mu modyfikować ofertę na podstawie wiedzy co do jego sytuacji w postępowaniu na tle ofert innych wykonawców.

Reasumując, zasada uczciwej konkurencji jest w prawie zamówień publicznych rozumiana szeroko i realizowana na kilku płaszczyznach poprzez:

- 1) ściśle reglamentowanie możliwości zastosowania takich trybów wyłaniania wykonawców, które w mniejszym stopniu zapewniają konkurencję wykonawców i uznanie za tryb podstawowy – tryb, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 275 ZamPubIU);

⁸⁰ P. Banasik, *Wybór...*, s. 36.

⁸¹ P. Banasik, *Wybór...*, s. 38–39; tak również: wyr. KIO z 28.9.2010 r., KIO 2016/10, Legalis nr 327784.

- 2) nałożenie na zamawiającego obowiązków uczciwego kształtowania kryteriów wyboru oferty i dokonywania wyboru zwycięzcy w oparciu o uczciwe kryteria oceny, zachowywanie równych szans między oferentami (niedyskryminowanie i niefaworyzowanie oferentów), a także nieograniczanie potencjalnym wykonawcom w sposób nieuzasadniony ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 99 ust. 4 ZamPublU);
- 3) stworzenie ram postępowań o udzielenie zamówienia służących wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców naruszających reguły konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g, art. 108 ust. 1 pkt 2, art. 108 ust. 1 pkt 5-6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 9 ZamPublU) oraz eliminacji w procesie badania i oceny ofert wykonawców nierzetelnych, w szczególności takich, których praktyki naruszają zasady uczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ZamPublU);
- 4) dążenie do zapewnienia wykonawcom składającym oferty równych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, w szczególności poprzez przeciwdziałanie składaniu odrębnych ofert przez wykonawców powiązanych ścisłymi więzami gospodarczymi w ramach grupy kapitałowej (art. 108 ust. 1 pkt 5 ZamPublU) oraz stworzenie podstaw niedopuszczenia do współzawodnictwa (wykluczenia z postępowania) tych wykonawców, którzy z uwagi na zaangażowanie – swoje lub osób uczestniczących w sporządzaniu ich oferty – w pracach przygotowawczych zamawiającego (sporządzaniu dokumentacji projektowej, kosztorysu inwestorskiego) posiadli wiedzę, której nie mają inni wykonawcy, a która może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 6 ZamPublU).

Wszelkie czynności zamawiającego muszą być zatem dokonywane zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ZamPublU. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje najczęściej przy:

- 1) dokonywaniu opis przedmiotu zamówienia publicznego;
- 2) dokonywaniu opisu warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ustalaniu kryteriów oceny ofert.

Ponadto, należy wskazać, że specyfikacja warunków zamówienia publicznego (na gruncie ZamPublU2004 zwana specyfikacją istotnych warunków zamówienia) jest dokumentem, który jest wiążący dla zamawiającego, od chwili jej udostępnienia. Dla

zamawiającego oznacza to obowiązek postępowania w sposób w niej określony. Jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania, to specyfikację warunków zamówienia należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu KC. Tym samym udostępnienie specyfikacji warunków zamówienia jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w specyfikacji. Dlatego też jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków postępowania, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców⁸².

Jak wskazano powyżej, jednym z najczęstszych przejawów naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nieuzasadnione ograniczanie liczby podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne⁸³. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ZamPublU zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Omawiana regulacja odpowiada treści art. 42 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają wyartykułowane w art. 16 pkt 1 ZamPublU zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców⁸⁴. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oznacza, po pierwsze, obowiązek opisu przedmiotu zamówienia i jego cech w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Po drugie, opis przedmiotu zamówienia nie może

⁸² Wyr. KIO z 28.5.2010 r., KIO 868/10 LEX nr 590607. Obiektywne potrzeby zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia publicznego akcentuje M. Wieczorek, *Zachowanie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia w orzecznictwie*, ZPDORADCA 2012, Nr 9, s. 18 i n.

⁸³ Wyr. KIO z 28.5.2009 r., KIO/UZP 641/09, Legalis nr 323295; wyr. SO w Warszawie z 12.5.2006 r., II Ca 93/05; wyr. KIO z 13.8.2009 r., KIO/UZP 972/09, LEX nr 512938; wyr. KIO z 17.7.2009 r., KIO/UZP 857/09, Legalis nr 162676.

⁸⁴ Wyr. KIO z 5.2.2008 r., KIO/UZP 27/08, LEX nr 393447.

utrudniać uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”⁸⁵. W szczególności zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby spełniał je tylko jeden dostępny na rynku produkt. Takie działanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców⁸⁶.

W orzecznictwie wskazuje się, że już zbytnia drobiazgowość opisu przedmiotu zamówienia może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest bowiem zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęży krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, lecz także taki opis, który przez swoją drobiazgowość i rygoryzm umożliwi dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku⁸⁷.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie pozwalają również na taki opis przedmiotu zamówienia, który bez uzasadnionego powodu wyeliminuje wielu producentów, chociaż krąg wykonawców może być stosunkowo szeroki. Ograniczenie konkurencji może mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający przez swój opis przedmiotu zamówienia preferuje jednego producenta, a sprzęt może być dostarczany przez wielu pośredników, przedstawicieli czy dystrybutorów⁸⁸. Zakazane jest zatem formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty⁸⁹. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby

⁸⁵ M. Sieradzka, *Opis przedmiotu zamówienia publicznego przez wskazanie na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie a kwestie równoważności oferty*, PUG 2012, Nr 10.

⁸⁶ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych*, 2008, s. 57.

⁸⁷ Uchw. KIO z 13.5.2016 r., KIO/KD 30/16, LEX nr 2110658.

⁸⁸ Wyr. KIO z 7.4.2016 r., KIO 444/16, LEX nr 2019439.

⁸⁹ Wyr. SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r., II Ca 693/05, niepubl.

sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych⁹⁰.

Do naruszenia art. 99 ust. 4 ZamPublU może także dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji jest bowiem dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz może potencjalnie negatywnie wpłynąć na konkurencję na rynku. Dla postawienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ZamPublU wystarczające jest już uprawdopodobnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji⁹¹. Swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia musi zostać opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia może mieć charakter bezpośredni albo pośredni. Z bezpośrednim naruszeniem mamy do czynienia, gdy zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt⁹². Natomiast z pośrednim naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia, jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt⁹³.

Jak zostało opisane powyżej pomimo tego, że zamawiający ma swobodę w opisywaniu przedmiotu zamówienia publicznego, to jest ona ograniczona przez zasady jego opisu, wynikające z art. 99 i n. ZamPublU. Następstwem opisu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób naruszający art. 99 ust. 4 ZamPublU może być

⁹⁰ Wyr. SO w Lublinie z 9.11.2005 r., II Ca 587/05, , LEX nr 570334; zob. J.M. Nowicki, *Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji*, ZPDORADCA 2007, Nr 5, s. 29 i n.

⁹¹ Wyr. KIO z 18.11.2008 r., KIO/UZP 1240/08, Legalis, LEX nr 479213.

⁹² Wyr. KIO z 27.5.2009 r., KIO/UZP 619/09, LEX nr 508622; zob. M. Sieradzka, *Glosa do wyroku KIO z 3.2.2009 r., KIO/UZP 91/09*, 2010, LEX/el.

⁹³ Uchw. KIO z 27.9.2012 r., KIO/KD 80/12, LEX nr 1230124.

stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, czynów nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności ograniczających dostęp do rynku innych wykonawców lub preferowanych przez nich produktów⁹⁴. Zamawiający poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia publicznego może bowiem zapewnić korzystne warunki dla popelnienia czynów nieuczciwej konkurencji. Jeśli jednak zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży na rynku, to wcale nie oznacza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nie można bowiem mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, gdy zdolnych do realizacji zamówienia jest wąska grupa podmiotów⁹⁵.

Reguły określone w art. 99 ZamPublU nie powodują jednak, że zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia tak, aby każdy chętny mógł złożyć ofertę. Zamawiający może również sporządzić opis przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów, folderów czy innych materiałów konkretnych producentów, przy czym powinien on wybrać z tych dokumentów takie cechy, parametry i właściwości, które są mu niezbędne dla zaspokojenia potrzeb, a jednocześnie nie sprowadzą zamówienia do konkretnego produktu. W przypadku zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta⁹⁶. Zamawiający ma zatem prawo do takiego opisania warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Zamawiający jest bowiem uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, niemniej jednak potrzeby te muszą być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio, preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Natomiast konieczność zachowania naczelných zasad prawa zamówień publicznych w postępowaniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie uwzględniał jego obiektywnych potrzeb. Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego

⁹⁴ Wyr. KIO z 6.5.2010 r., KIO 634/10, Legalis nr 248475.

⁹⁵ Wyr. ZA UZP z 7.3.2007 r., UZP/ZO/0-207/07, Legalis nr 82679.

⁹⁶ Wyr. KIO z 4.2.2010 r., KIO/UZP 1848/09, Legalis nr 465021.

traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia – w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości, czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami jednostki zamawiającej – wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców⁹⁷. Zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym oraz brać pod uwagę bieżący stan wiedzy⁹⁸.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego (art. 57 ZamPublU). W art. 112 ust. 2 ZamPublU ustawodawca wskazał, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

W orzecznictwie wskazuje się, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego⁹⁹. Wskazany przepis jest przepisem blankietowym i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi o zapewnienie, aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego z należytą starannością¹⁰⁰.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wynika także z treści

⁹⁷ Wyr. KIO z 3.10.2019 r., KIO 1828/19, Legalis nr 2256738.

⁹⁸ Wyr. KIO z 28.1.2021 r., KIO 8/21, Legalis nr 2532063.

⁹⁹ Wyr. KIO z 17.7.2008 r., KIO/UZP 680/08, Legalis nr 310142.

¹⁰⁰ Uchw. KIO z 12.8.2011 r., KIO/KU 63/11, Legalis nr 758914.

art. 241 ust. 3 ZamPublU. Powyższy przepis stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Kryteriami oceny ofert są kryteria jakościowe oraz cena lub koszt albo cena lub koszt. Sposób oceny ofert, której zamawiający nie opisał w sposób precyzyjny co spowodowało, że ocena przeprowadzona została zgodnie z ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami, nie narusza zasady uczciwej konkurencji¹⁰¹.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji dotyczy nie tylko zamawiającego, lecz również wykonawców. Ubieganie się o zamówienie publiczne jest przejawem wykonywania wolności (swobody) działalności gospodarczej. Swoboda w konkurowaniu z innymi wykonawcami o zamówienie publiczne stanowi element wolności działalności gospodarczej. Swoboda konkurowania wykonawców o zamówienie publiczne jest natomiast ograniczona przez zasadę uczciwej konkurencji. Poszanowanie zasady uczciwej konkurencji gwarantują przepisy prawa antymonopolowego. Nie tylko jednak uczciwa, ale również wolna konkurencja jest wartością chronioną na gruncie prawa zamówień publicznych. Rywalizacja wykonawców o dostęp do zamówienia publicznego oraz o zawarcie umowy o jego wykonanie musi być uczciwa, co oznacza obowiązek rzetelnego i niezafałszowanego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰². Z uwagi na fakt, iż zamawiający ma obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – działania lub zaniechania wykonawców wymierzone w konkurencję muszą być przez zamawiającego eliminowane.

Zasada uczciwej konkurencji pozwala zamawiającemu wybrać najlepszą dla niego ofertę, jednak jak wskazuje orzecznictwo, zasada ta jest najczęstszym przedmiotem odwołań wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰³. Jednak pomimo znaczenia i roli, jaką pełni w zamówieniach publicznych, nie może stanowić samodzielnej podstawy do wnoszenia środków ochrony prawnej. Przepis art. 16 pkt 1 ZamPublU zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań

¹⁰¹ Wyr. ZAUZP z 8.3.2007 r., UZP/ZO/0-212/07, niepubl.

¹⁰² M. Sieradzka, *Zmowy ...*, s. 7.

¹⁰³ Wyr. KIO z 29.3.2017 r., KIO 470/17, Legalis nr 1581437; uchw. KIO z 19.5.2016 r., KIO/KD 34/16, Legalis nr 1560202; wyr. KIO z 6.12.2016 r., KIO 2180/16, Legalis nr 1558713.

wynikających z ustawy. Wykonawca wnoszący odwołanie jest tym samym zobligowany do uściślenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez powiązanie jej z konkretnym przepisem ustawy. KIO w wyroku z dnia 9 stycznia 2020 r., KIO 2401/19, wskazała bowiem, że naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości, co do zasady, jest skutkiem naruszenia przepisu szczególnego ustawy¹⁰⁴. Powyższe ma istotne znaczenie przy kwestionowaniu przez odwołujących określonych zachowań zamawiającego.

Z punktu widzenia celu pracy, warto również zwrócić uwagę na pogląd J. E. Nowickiego, który wskazuje, że udzielanie zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą powoduje, że tryb ten pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców¹⁰⁵. Pogląd ten jest uzasadniony, bowiem jak wskazano powyżej, zasada zachowania uczciwej konkurencji, podobnie jak inne zasady ogólne udzielania zamówień publicznych, odnosi się do wszystkich czynności zamawiającego w postępowaniu, w tym również do wyboru i zastosowania trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁰⁴ Wyr. KIO z 9.1.2020 r., KIO 2401/19, Legalis nr 2280695.

¹⁰⁵ J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2019, s. 688.

5. Pozostałe zasady ogólne udzielania zamówień publicznych

Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania także pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Do podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poza zasadą uczciwej konkurencji, należą: zasada równego traktowania, zasada przejrzystości oraz zasada proporcjonalności. Wykładnia oraz znaczenie tych zasad pozostają odmienne, jednak są one ze sobą ściśle powiązane. Kolektywna realizacja ich założeń umożliwia osiągnięcie celu, dla którego zostały ustanowione, a celem tym jest w pełni legalne oraz prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z orzecznictwa KIO równe traktowanie, proporcjonalność oraz przejrzystość są elementami uczciwej konkurencji, bowiem *„równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania uczciwej konkurencji, ale pomiędzy tymi pojęciami nie istnieje równość, zawarta też koniunkcja nie powoduje, że są one nierozłączne jako „zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców”.* *Uczciwa konkurencja wiąże się również z uzyskaniem proporcjonalności wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania. Oczywiście pojęcie „uczciwej konkurencji” jest tak rozległe, że nie zamyka się jedynie w ww. trzech elementach: równym traktowaniu wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Dlatego też samo stwierdzenie, że wszyscy wykonawcy są w jednakowej sytuacji, gdyż wymóg dotyczy każdego z nich, czy też, że postanowienie jest przejrzyste, ponieważ jest jasne, nie powoduje jeszcze, że odpowiada ono wymogom uczciwej konkurencji”¹⁰⁶.* Obowiązek przestrzegania tych zasad wiąże zamawiającego na każdym etapie postępowania, w szczególności:

- 1) przed jego wszczęciem przy dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania (wybór odpowiedniego trybu, opracowanie dokumentacji postępowania, w tym przede wszystkim dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, określenie warunków udziału w postępowaniu, obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, kryteriów oceny ofert);
- 2) dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

¹⁰⁶ Wyr. KIO z 25.3.2019, KIO 415/19, Legalis nr 2212427.

- 3) dokonując selekcji wykonawców;
- 4) podejmując decyzję o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 5) badając prawidłowość złożonych ofert w tym ustalając, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem;
- 6) dokonując oceny złożonych ofert.

Weryfikacji zgodności działań zamawiającego z zasadami udzielania zamówień publicznych dokonują w trakcie postępowania wykonawcy, wykorzystując dostępne w ustawie narzędzia, w szczególności możliwość zwracania się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia oraz korzystania ze środków ochrony prawnej, ale też odpowiednie organy kontroli. Naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wiąże się z negatywnymi konsekwencjami dla zamawiającego, w szczególności powoduje powstanie odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów ustawy, a niekiedy może skutkować także unieważnieniem zawartej umowy (art. 457 ust. 1 pkt 1 ZamPublU). Naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wiąże się również z odpowiedzialnością osobistą z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określoną w przepisach ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. 2021 poz. 289). Odpowiedzialność tę ponoszą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych oraz ich pracownicy lub osoby, którym powierzono czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania.

Ustawodawca zdecydował o powiązaniu zasady uczciwej konkurencji z zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza obowiązek równego (takiego samego) traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony dostęp (równy) do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zarówno faworyzować, jak i uniemożliwiać, czy utrudniać udziału w postępowaniu niektórych wykonawców¹⁰⁷, gdyż stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji. W orzecznictwie podkreśla się, że zasada równości polega na równym dostępie wszystkich uczestników

¹⁰⁷ Post. KIO z 17.3.2008 r., KIO/UZP 193/08, Legalis nr 101741; zob. również P. Szustakiewicz, *Zasady zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135; tenże, *Poszanowanie uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2004, Nr 4, s. 92–100; tenże, *System środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2007, Nr 3, s. 67–75; tenże, *Uczciwa konkurencja w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2006, Nr 2, s. 84–94.

do wszelkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawiciele doktryny uznają za niedopuszczalne jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami postępowania, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywistą manipulację przebiegiem postępowania przetargowego¹⁰⁸.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji prac równego dostępu do zamówienia, co odnosi się do wszystkich podmiotów, także tych, które zamówienia na rzecz zamawiającego nie realizowały¹⁰⁹. Zamawiający nie może w żaden sposób uprzywilejowywać czy okazywać niechęci jakimkolwiek z wykonawców. Przestrzeganie omawianej zasady polega na stosowaniu takiej samej miary do wszystkich wykonawców i na jednakowym traktowaniu podmiotów znajdujących się w takiej samej lub zbliżonej sytuacji. U podstaw zasady równego traktowania leży przekonanie, że równy dostęp do rynku, na którym wszystkie podmioty mogą nieskrępowanie konkurować ze sobą o uzyskanie zamówienia publicznego, zapewnia osiągnięcie najlepszej efektywności ekonomicznej, zapobiega nadużyciom i sprzyja rozwojowi solidnych oraz uczciwych przedsiębiorstw. W przeciwieństwie do tego monopol, czy bezprawne porozumienia pomiędzy publicznym zamawiającym, a wykonawcą nie sprzyjają oszczędności w gospodarowaniu pieniędzmi podatników i niszczą zachowania etyczne w biznesie. Przepis art. 16 pkt 1 ZamPublU chroni więc nie tylko i interesy podatników, lecz także przedsiębiorców. Podstawowa różnica pomiędzy zasadą uczciwej konkurencji a zasadą równego traktowania wykonawców odnosi się do zakresu obowiązków zamawiającego. Jeżeli zasada zachowania uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek baczenia na zachowanie swoje i wykonawców, to zasada równości odnosi się tylko do jego działań¹¹⁰. Ponadto, przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej

¹⁰⁸ Wyr. KIO z 2.7.2012 r., KIO 1287/12, Legalis nr 2851182.

¹⁰⁹ Wyr. KIO z 11.4.2017 r., KIO 606/17, Legalis nr 1604472.

¹¹⁰ M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2018*, kom. do art. 8, Legalis/el.

ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert¹¹¹. W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Powyższe oznacza, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny¹¹².

Dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców konieczne jest zapewnienie każdemu z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejsze dokonywanie badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. Jak wskazuje J. Pieróg, znaczenie omawianej zasady objawia się szczególnie na etapie prowadzenia postępowania, gdzie zamawiający musi zapewnić jednakowy dostęp wykonawcom do przekazywanych dokumentów i informacji¹¹³. Służą temu podstawowe czynności w postępowaniu, czyli ogłoszenie (zaproszenie), ale także instytucja wyjaśnień i zmian specyfikacji warunków zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego w tym zakresie jest nie tylko dostarczenie wykonawcom takiej samej wiedzy na temat udzielanego zamówienia, ale także przekazanie tej wiedzy równocześnie, w jednakowym terminie¹¹⁴. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert¹¹⁵.

W kontekście zamówień *in-house* zwrócić uwagę należy przede wszystkim na realizację zasady, w sposób na który uwagę zwraca się w orzecznictwie, a który polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich

¹¹¹ Post. SO w Bydgoszczy z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl, cyt. za wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis nr 741478; wyr. KIO z 9.4.2015 r., KIO 638/15, Legalis nr 1259749.

¹¹² Wyr. TSUE z 7.4.2016 r., C-324/14, *Partner Apelski Dariusz* przeciwko *Zarząd Oczyszczania Miasta, ZOTSiS 2016*, nr 4, poz. I-214, pkt 37-39, 41, 43, 48; wyr. TSUE z 24.5.2016 r., C-396/14, *MT Højgaard A/S i Züblin A/S* przeciwko *Banedanmark*, ZOTSiS 2016, nr 5, poz. I-347, pkt 37-39, 41, 43, 48; wyr. TSUE z 16.12.2008 r., C-213/07, *Michaniki AE* przeciwko *Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, ZOTSiS 2008, nr 12B, poz. I-9999, pkt 54-55, 60, 62-63, 69.

¹¹³ J. Pieróg, *Prawo ...* kom. do art. 7.

¹¹⁴ Uchw. KIO z 16.8.2021 r., KIO/KU 15/21, Legalis nr 2632124.

¹¹⁵ Wyr. KIO z 11.1.2011 r., KIO/UZP 2824/10, LEX 707662.

ofert (tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis). Możliwość udzielenia przez instytucje zamawiającą zamówienia w szczególnym trybie postępowania, jakim jest *in-house* na rzecz podmiotu prawnie odrębnego od tej instytucji zamawiającej, ale kontrolowanego przez nią, uzależniona jest od spełnienia określonych przesłanek, które na gruncie polskiego ustawodawstwa zostały zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. Realizacją zasady równego traktowania w tym przypadku będzie zatem dokonanie przez zamawiającego oceny danego zamówienia w kontekście jego wpływu na innych uczestników rynku, ale przede wszystkim weryfikacja możliwości jego realizacji przez innych wykonawców, którzy uprawnieni byłiby do wzięcia udziału w konkurencyjnych trybach postępowania, a zapewniliby realizację zamówienia na tym samym poziomie jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług. Zamawiający zobowiązani są zatem do określenia warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób, aby nie budziły one wątpliwości co do potencjalnej możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przez innych wykonawców. Ustawodawca zabezpieczył realizację tej zasady poprzez zakreślenie wymogu istnienia okoliczności, uprawniających do udzielenia zamówienia *in-house*, a określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU, przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego¹¹⁶. Dodatkowo zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co umożliwi sprawowanie kontroli nad przestrzeganiem zasady równego traktowania.

Naruszenie art. 16 pkt 1 ZamPublU w zakresie odnoszącym się do zasady równego traktowania wykonawców polega przede wszystkim na wprowadzaniu różnego rodzaju ograniczeń w dostępie do informacji o postępowaniu oraz do dokumentacji umożliwiającej przygotowanie oferty. Naruszenie zasady równości wywodzi się bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób niezajdujący uzasadnienia w postawionych wcześniej wymaganiach lub przepisach prawa, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony, z reguły wąski krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych. Co więcej, na mocy ZmZamPublU16

¹¹⁶ Art. 214 ust. 4 ZamPublU.

wprowadzono do ustawy przepis art. 7 ust. 1a ZamPublU2004, w którym wskazano, że zamawiający w zakresie wskazanym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, jest zobowiązany do zapewnienia wykonawcom z państw – stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. W ten sposób doszło do rozszerzenia zasady równego traktowania na wykonawców z państw wymienionych w art. 7 ust. 1a ZamPublU2004. Przepis ten nie został utrzymany w ZamPublU. Niemniej jednak, w świetle treści art. 16 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, nie ma wątpliwości, że obowiązek zapewnienia przez zamawiającego równego traktowania dotyczy wszystkich wykonawców niezależnie od ich pochodzenia.

Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (podobnie jak zasady zachowania uczciwej konkurencji) może nastąpić na etapie:

- 1) dokonywania opisu przedmiotu zamówienia publicznego;
- 2) dokonywania opisu warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ustalania kryteriów selekcji;
- 4) ustalania kryteriów oceny ofert.

Zasada przejrzystości postępowania, podobnie jak zasada proporcjonalności została wprowadzona do prawa zamówień publicznych na mocy ZmZamPublU16. Nie oznacza to jednak, że zasada ta została wprowadzona do procesu udzielania zamówień publicznych dopiero wraz z tą nowelizacją. Zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania zostały przez orzecznictwo TSUE wyinterpretowane wprost z prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Zasady te wynikały również z dyrektywy klasycznej.

Zasada przejrzystości postępowania definiuje jasność reguł procedury przetargowej, wyznaczając przy tym środki służące weryfikacji ich prawidłowości. Ustawodawca zobowiązuje w ten sposób wszystkich zamawiających do zapewnienia jawności postępowania na każdym jego etapie, a także określania jednoznacznych i możliwie jasnych wymagań związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne. Przestrzeganie wskazanej zasady służy zapewnieniu powiązanej z nią zasady równego traktowania wykonawców. Celem zasady przejrzystości jest redukcja możliwości popełnianych błędów przez wykonawców i zamawiających poprzez określenie

jednoznacznych zasad ubiegania się o zamówienie oraz ograniczenie dowolności w ocenie ofert przez zamawiających¹¹⁷. Zasada przejrzystości może być rozumiana dwojako, jako jawność postępowania, w tym jednak zakresie byłaby powtórzeniem określonej w art. 18 ust. 1 ZamPublU zasady jawności¹¹⁸, lub jednoznaczne określenie reguł postępowania i trzymanie się ich przez cały okres jego trwania. Drugi sposób rozumienia zasady przejrzystości został, jak się wydaje, zaakceptowany przez orzecznictwo KIO, gdzie wskazuje się, że zamawiający narusza zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadając sposobowi oceny kryterium po otwarciu ofert inne znaczenie niż wynikające z literalnego brzmienia specyfikacji warunków zamówienia¹¹⁹. KIO przyjęła zatem, że przejrzystość postępowania oznacza, iż postanowienia specyfikacji warunków zamówienia stanowiącej swego rodzaju „konstytucję zamówienia” powinny być wykładane w jak najprostszy sposób, a zatem zasady zawarte w art. 16 ZamPublU sprzeciwiają się temu, aby oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie treści, które nie zostały jasno zapisane w dokumentach postępowania. W szczególności zasada przejrzystości stoi na straży literalnej wykładni wymagań zamawiającego. Zawila i skomplikowana wykładnia postanowień specyfikacji warunków zamówienia jest sprzeczna z zasadą przejrzystości, ponieważ zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wymóg przejrzystości działań zamawiającego – sprzeciwiają się temu, aby dokonywać oceny w stosunku do sytuacji podmiotowej wykonawców oraz złożonych przez nich ofert na podstawie wymagań, które nie zostały jasno wyrażone w specyfikacji warunków zamówienia. Przyjmuje się zatem, że w procesie wykładni postanowień specyfikacji warunków zamówienia pierwszorzędne zastosowanie znajduje wykładnia literalna. Tak więc, zgodnie z zasadą przejrzystości, należy dokonywać wykładni literalnej postanowień specyfikacji warunków zamówienia, a inny rodzaj wykładni może być uznany za nadużycie omawianej zasady. W orzecznictwie KIO nie budzi zatem wątpliwości, że przejawami zasady przejrzystości są także transparentne dokumentowanie postępowania i określenie w dokumentacji postępowania jednakowych sposobów postępowania zamawiającego z ofertami wykonawców, a także informowanie o czynnościach podejmowanych przez

¹¹⁷ I. Skubiszak-Kalinowska, (w:) *Prawo zamówień publicznych*, I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska (red.), 2017, s. 141.

¹¹⁸ Wyr. NSA z 12.1.2017 r., II GSK 1459/15, Legalis nr 1558797.

¹¹⁹ Wyr. KIO z 16.2.2017 r., KIO 249/17, Legalis nr 1580840.

zamawiającego w postępowaniu z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego¹²⁰. Za przejaw przejrzystości należy także uznać stosowanie tych samych wzorców przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu czy ocenie ofert. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Przestrzeganie zasady przejrzystości postępowania wiąże się także z zakazem wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk¹²¹.

Naruszenie zasady przejrzystości następuje w szczególności poprzez nieudostępnianie lub utrudnianie wykonawcom przez zamawiającego dostępu do dokumentacji postępowania (przede wszystkim przez nieudostępnianie pełnej treści specyfikacji warunków zamówienia czy protokołu z postępowania wraz z jego załącznikami), a także informacji, do udostępnienia których zamawiający jest zobowiązany, w tym:

- a) o planowanych zamówieniach;
- b) podawanych na otwarciu ofert;
- c) zamieszczanych na stronie internetowej po otwarciu ofert;
- d) wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

¹²⁰ Wyr. KIO z 26.11.2018 r., KIO 2319/18, Legalis nr 1881609.

¹²¹ Post. TSUE z 13.7.2017 r., C-35/17, *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu*, LEX nr 2326531, pkt 25-26; wyr. TSUE z 2.6.2016 r., C-27/15, *Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ZOTSiS 2016, nr 6, poz. I-404, pkt 39, 42, 44, 46, 47, 51; wyr. TSUE z 10.5.2012 r., C-368/10, *Komisja Europejska przeciwko Królestwo Niderlandów*, ZOTSiS 2012, nr 5, poz. I-284, pkt 109.

- e) wykluczeniu wykonawców;
- f) o odrzuceniu ofert;
- g) wyniku prowadzonego postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty lub jego unieważnieniu.

Istotne jest przy tym prawidłowe wykonywanie przez zamawiającego obowiązków o charakterze informacyjnym. Dla przykładu nie będzie wystarczające poinformowanie o odrzuceniu ofert czy wykluczeniu wykonawców w sposób nieodpowiadający wymaganiom określonym w art. 253 ust. 1 ZamPublU, bez podania uzasadnienia faktycznego lub prawnego dokonanej czynności. Prawidłowe realizowanie obowiązków informacyjnych jest bowiem niezbędne z punktu widzenia możliwości zweryfikowania przez wykonawcę dokonanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu, a także zapewnia możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej.

Przed wejściem w życie ZmZamPublU16 obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności wywodzony był z różnych przepisów ustawy, odnoszących się do poszczególnych czynności zamawiającego. W odniesieniu do określania warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych zasada ta była wprost wyrażona w art. 22 ust. 4 ZamPublU2004, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ZamPublU2004, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po wejściu w życie ZmZamPublU16 zasada ta została przeniesiona do art. 22 ust. 1a, nakazującego zamawiającemu określać warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obecnie zasada proporcjonalności została uregulowana w art. 16 pkt 3 ZamPublU. Zasada proporcjonalności wyraża się w obowiązku formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Zastosowanie tej zasady wiąże się zatem z zakazem stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Ponadto, zasada proporcjonalności powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków

udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, a także określania dokumentów, służących ocenie spełniania warunków podmiotowych. Kryteria oceny ofert również powinny być określone w sposób pozwalający na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, a więc w sposób proporcjonalny do zakładanych korzyści z przyjęcia określonych kryteriów oceny ofert. Zasada proporcjonalności nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania przy pomocy środków, które byłyby właściwe do realizacji podstawowego celu zamówień publicznych, którym jest zakup najlepszego produktu za jak najniższą cenę. Zasada proporcjonalności została określona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, stąd W. Dzierżanowski, odwołując się do orzecznictwa TK dotyczącego powołanego wyżej przepisu Konstytucji RP, podnosi, że badanie zachowania zasady proporcjonalności wymaga zawsze wskazania konkurujących ze sobą dóbr chronionych, tj. innych zasad ustawowych, a zatem ustalenia, jakie interesy istotniejsze od zachowania zasady jawności, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ochrony uczciwej konkurencji czy też równego traktowania chroni czynność zamawiającego ograniczająca przy stosowaniu szczegółowych przepisów normy wynikające z tych zasad. Dla oceny respektowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny wskazał na trzy wytyczne¹²², które w odniesieniu do czynności przy udzielaniu zamówienia publicznego można sformułować następująco:

- 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków tj. zaspokojenia interesów zamawiającego (zasada przydatności);
- 2) są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego (zasada konieczności);
- 3) ich efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę¹²³.

Jak bowiem zauważono, zasada proporcjonalności stanowi, że wszelkie działania podmiotu zamawiającego w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego winny respektować cele tego postępowania przy zastosowaniu adekwatnych środków zmierzających do uzyskania zamierzonych wyników tego postępowania¹²⁴. Wprowadzenie zasady proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do

¹²² Wyr. TK z 26.3.2007 r., K 29/06, OTK Seria A 2007 nr 3, poz. 30, Legalis nr 81065.

¹²³ W. Dzierżanowski, *Proporcjonalność jako zasada ...*, s. 9.

¹²⁴ Wyr. KIO z 29.3.2017 r., KIO 470/17, Legalis nr 1581437.

niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania¹²⁵. Omawiana zasada służy wzmocnieniu zasady uczciwej konkurencji, ponieważ zabrania ona takiego opisu przedmiotu zamówienia, który pod pretekstem realizacji celu zamówienia preferowałby określony produkt lub konkretnego wykonawcę. Jednocześnie zauważa się, że proporcjonalność powinna być odnoszona przede wszystkim do formułowania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji¹²⁶. Ponadto, zasada proporcjonalności znajdzie szczególne zastosowanie przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, w tym udziału w postępowaniu wykonawców występujących wspólnie, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, przy kształtowaniu postanowień umowy (ograniczając zasadę swobody kształtowania umów w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego). Zasada ta będzie jednak przedmiotem ocen także w mniej skomplikowanych czynnościach – terminach wyznaczanych na składanie ofert lub wniosków, a nawet terminie związania ofertą¹²⁷. Zasada proporcjonalności wzmocnia również stosowanie zasady równości, wymaga bowiem od zamawiającego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, które nie będą dyskryminowały potencjalnych wykonawców. Jak zauważono, zasada proporcjonalności oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów, z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do wykonawców, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych, musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych

¹²⁵ Wyr. KIO z 31.5.2016 r., KIO 786/16, Legalis nr 1482323.

¹²⁶ A. Hryc-Ląd, (w:) *Prawo zamówień publicznych*, A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, 2016, s. 27

¹²⁷ W. Dzierżanowski, *Proporcjonalność jako zasada...*, s. 10.

celów¹²⁸. Omawiana zasada nie odnosi się więc jedynie do zagadnień związanych z opisem przedmiotu zamówienia lub sformułowaniem warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien wziąć ją również pod uwagę, gdy podejmuje działania zmierzające do ukarania wykonawcy. Wydaje się również, że ta zasada powinna być uwzględniana przy konstruowaniu projektu umowy zawartej z wykonawcą, który wygrał postępowanie, w tym przede wszystkim w zakresie kar umownych za niewykonanie lub nieterminowe wykonanie zamówienia.

Zastosowanie przez zamawiającego zasad przejrzystości postępowania i proporcjonalności w przypadku zamówień *in-house* przejawia się w:

- 1) konieczności doboru trybu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 2) obowiązku przeprowadzenia transparentnego postępowania;
- 3) zapewnieniu niezmienności tych warunków;
- 4) konieczności wprowadzenia jednolitych, wiadomych dla wszystkich wykonawców dróg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹²⁹.

Jak wskazano powyższej ustawodawca na gruncie ZamPublU wzbogacił dotychczasowy katalog zasad udzielania zamówień publicznych o zasadę efektywności. Pod reżimem ZamPublU2004 obowiązek efektywnego wydatkowania środków publicznych wywodzą z art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPublU, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zdaniem autorów opracowania pt. „Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych” właściwie prowadzone zamówienie publiczne powinno prowadzić do udzielenia zamówienia efektywnego ekonomicznie, zapewniającego najlepszy stosunek nakładów do uzyskanych efektów w wyniku stosowania sprawnej, szybkiej i otwartej na innowacje procedury. Strategia na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju wskazuje na konieczność zmian w zakresie zamówień publicznych w kierunku poprawy skuteczności działania państwa i jego instytucji. Ponadto, w ocenie autorów tego opracowania, celem nowej ustawy jest zapewnienie wzrostu gospodarczego poprzez prowadzenie

¹²⁸ Wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 348/17, Legalis nr 1581617.

¹²⁹ J. Pawelec (red.), *Zamówienia in-house w praktyce*, Warszawa 2016, s. 2.

zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu. Ich zdaniem zamawiający zbyt małą wagę przywiązywali do efektywnego udzielenia zamówienia publicznego, koncentrując się głównie na realizacji norm prawnych regulujących przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia. Autorzy koncepcji podkreślali, że nowa ustawa wprowadzi natomiast mechanizmy sprzyjające lepszemu wydatkowaniu środków publicznych. Zmiana paradygmatu systemu zamówień publicznych zostanie zaakcentowana poprzez wprowadzenie zasady efektywności rozumianej jako najlepszy stosunek nakładów do efektów uzyskanych zamówień. W ich ocenie korzystanie z instrumentów zawartych w prawie zamówień publicznych powinno zapewniać efektywność budżetową dla zamawiającego (tzw. inteligentne korzystanie), a sprawnie prowadzona procedura obniży koszty postępowania o udzielenie zamówienia generowane tradycyjnie po stronie zamawiającego, związane z zaangażowaniem pracowników w przygotowanie i przeprowadzenie postępowania oraz z ewentualnymi kosztami postępowań odwoławczych (tzw. koszty administracyjne). W konkluzji stwierdzono, że efektywne zamówienia publiczne obniżą również koszty po stronie wykonawców, poprzez stosowanie komunikacji elektronicznej, udzielanie zamówień w odpowiednim trybie, jak również ograniczenie nadmiernego żądania dokumentów przez zamawiających¹³⁰.

W ocenie projektodawcy wprowadzenie do ZamPublU regulacji dotyczącej zasady efektywności miało kluczowe znaczenie wychodzące naprzeciw oczekiwaniom podmiotów publicznych jak i wykonawców. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wskazywano bowiem na kluczowe problemy w dziedzinie zamówień, wymagające nowych rozwiązań, które uzasadniałyby potrzebę zwiększenia efektywności udzielanych zamówień, a mianowicie:

- 1) wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie;
- 2) nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym – od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji;

¹³⁰ Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych, czerwiec 2018, s. 18 – zob. [online:] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, dostęp: 4.3.2019 r.

- 3) koncentrację zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych, zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi¹³¹.

Zasada efektywności ekonomicznej wyraża się w obowiązku udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych pod warunkiem, że którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Ustawodawca wskazując na konieczność osiągnięcia najlepszej jakości z uwzględnieniem środków, które mogą być przeznaczone na realizację zamówienia miał na myśli zarówno środki finansowe, jak i osobowe, techniczne czy organizacyjne. Stosowanie zasady efektywności oznacza podejście oparte na analizie kosztów i korzyści, a w rezultacie nakierowanie na uzyskanie najlepszych efektów z poniesionych nakładów przy jednoczesnej świadomości, że udzielenie zamówienia nie ogranicza się do pozyskiwania dóbr i usług, ale może i powinno stanowić jedno z narzędzi osiągnięcia celów dalej idących, w tym mających wymiar gospodarczy lub środowiskowy. Ekonomiczna efektywność dotyczy stosunku między wartością poniesionych nakładów a wartością efektów uzyskanych dzięki tym nakładom. W szerszym znaczeniu termin efektywność jest używany w sensie skuteczności osiągnięcia zamierzonych celów¹³². Realizacja zasady efektywności w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna przejawiać się zasadniczo w odpowiednim przygotowaniu tego postępowania, poprzez:

- 1) analizę potrzeb i wymagań zamawiającego (art. 83 ZamPublU);
- 2) wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania (art. 84 ZamPublU);
- 3) opis przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego z jednoczesnym dążeniem do poszerzenia kręgu wykonawców zdolnych do świadczenia (art. 99 ZamPublU);
- 4) ustalenie warunków zamówienia, w tym podziału zamówienia na części, uwzględnienie aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, związanych z innowacyjnością i zatrudnieniem (art. 91–98 ZamPublU);

¹³¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 3624.

¹³² Wyr. KIO z 22.8.2022 r., KIO 1929/22, Legalis nr 2715642.

- 5) określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 112 ZamPublU);
- 6) stosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert, pozwalających na wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty, a nie tylko najtańszej w krótkim okresie (art. 241–245 ZamPublU);
- 7) wybór właściwego trybu udzielenia zamówienia, adekwatnego do specyfiki nabywanych robót budowlanych, usług lub dostaw, w tym w trybie podstawowym – wybór wariantów umożliwiających negocjacje (art. 129 i 275 ZamPublU);
- 8) projektowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia, w tym możliwe równoważenie praw i obowiązków stron umowy, a także minimalizowanie ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (art. 433 i 466 ZamPublU);
- 9) współdziałanie zamawiającego i wykonawcy na etapie wykonania umowy w celu należytej realizacji zamówienia (art. 531 ZamPublU);
- 10) ocenę realizacji wykonania umowy i wdrożenie wniosków co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień (art. 446 ZamPublU).

Zasada udzielania zamówienia wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy stanowi, że udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie temu wykonawcy, który został wybrany w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z ustawą. Wykładnia gramatyczna przepisu art. 17 ust. 2 ZamPublU prowadzi do wniosku, że przepis ten wyraża zasadę legalizmu działań zamawiającego i płynący z niej nakaz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem przepisów ustawy. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem jego ulokowanie u konkretnego wykonawcy (dostawcy) oparte na umowie poprzedzonej tym postępowaniem, w którym określone powinny być, jako *minimum minimorum*, wynikające ze specyfikacji warunków zamówienia strony przyszłej umowy przez przedmiot świadczenia ze strony zobowiązanej. Udzielić zamówienia publicznego nie można bowiem bez przeprowadzenia odpowiedniej procedury, zapewniającej przestrzeganie zasad zamówień publicznych i reguł dotyczących możliwości zaskarżania przez wykonawców decyzji zamawiającego. Prawidłowe zastosowanie przepisów ustawy ma bowiem na celu wyłonienie wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia oraz zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada

udzielania zamówień wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy może zostać naruszana na dwa sposoby:

- 1) zamawiający w ogóle nie zastosował przepisów ustawy, a więc podpisał umowę, nie kierując się żadnymi przesłankami określonymi w ZamPublU;
- 2) zamawiający podjął postępowanie, ale wybierając ofertę, naruszył przepis art. 204 ust. 1 ZamPublU, według którego zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W tym wypadku naruszenie omawianej zasady będzie polegało na tym, że zamawiający dokona wyboru oferty, nie opierając się wyłącznie na zasadach i kryteriach ustalonych przez zamawiającego, lub też w ogóle zignoruje określone przez siebie kryteria i dokona wyboru oferty na podstawie zupełnie innych kryteriów niż te, które określił.

Należy jednak wskazać, że bardziej doniosłe znaczenie omawiana zasada znajduje już po zakończeniu postępowania, a więc na etapie udzielania zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że systemowa wykładnia art. 17 ust. 2 ZamPublU prowadzi do wniosku, że wyraża ona również zakaz dokonywania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy, tj. dokonywania przed lub po podpisaniu umowy cesji praw lub przejęcia długu na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne¹³³. Każda umowa o przejęcie długu wymaga zgody wierzyciela (zamawiającego), a ten, w przypadku zamówienia publicznego, zgody musi odmówić. Brak odmowy oznaczałoby postąpienie sprzecznie z dyspozycją art. 17 ust. 2 ZamPublU. Zakaz ten wywodzi się właśnie z obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jej realizowania jedynie z wykonawcą, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, został pozytywnie zweryfikowany podmiotowo i złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania, a tym samym wykazał, że jest podmiotem zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia. Tak więc ustawa praktycznie wyłącza stosowanie w zamówieniach publicznych art. 519 § 2 pkt 2 KC, dotyczącego przejęcia długu, a zatem zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, uwzględniając znaczenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania

¹³³ M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2018, kom. do art. 7, Legalis/el.

cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Podmiot, który nie został wybrany w trakcie postępowania, nie może wstąpić w miejsce wybranego wykonawcy w wyniku przejęcia jego zobowiązań. Spod tego zakazu jednomyślnie wyłączano przypadki tzw. sukcesji generalnej, tj. przejścia ogółu praw i obowiązków z jednego podmiotu na drugi podmiot. W takim wypadku z mocy prawa następuje zmiana podmiotu będącego wykonawcą. Wskazać należy jednak, że na mocy ZmZamPublU16 – ustawodawca wprowadził możliwość zastąpienia dotychczasowego wykonawcy nowym w przypadkach określonych aktualnie w art. 455 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, którego dokonuje się poprzez zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten obejmuje w zasadzie wszystkie, wskazywane dotychczas w doktrynie i orzecznictwie jako dopuszczalne, przypadki sukcesji generalnej, jak i zmiany podmiotowe dokonywane w ramach konsorcjum na skutek upadłości jednego z członków konsorcjum. Na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a ZamPublU możliwe jest też dokonanie zmiany po stronie wykonawcy na podstawie jednoznacznych postanowień umownych, określających zakres, a także charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Pomimo rozszerzenia możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez zastąpienie wykonawcy nowym, nadal jednak aktualne pozostają poglądy, że zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy – wykraczająca poza dopuszczalne przepisami przypadki – umożliwiająca przejęcie zamówienia przez inny podmiot, stanowi nieważną czynność prawną. W takim bowiem wypadku zmianę wykonawcy należy traktować jako czynność niezgodną z ustawą, a zatem nieważną na gruncie art. 58 § 1 KC. Kwalifikacji tej nie zmienia nawet zgoda zamawiającego na dokonanie takiej czynności, albowiem – uwzględniając cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – przejęcie umowy przez innego wykonawcę jest czynnością mającą na celu obejście przepisów ustawy, a tym samym nieważną zgodnie z art. 58 § 1 KC. Jak stwierdził SN na gruncie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹³⁴, przepis art. 12a statuujący zasadę legalizmu podejmowanych czynności, ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być korygowany wolą stron¹³⁵. Pogląd ten zachowuje swoją aktualność na gruncie ZamPublU.

¹³⁴ T.j. Dz.U. 2002 nr 72 poz. 664.

¹³⁵ Wyr. SN z 13.1.2004 r., V CK 97/03, OSP 2005 nr 2, poz. 22, s. 86.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że zasada udzielania zamówienia wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy może zostać naruszona poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, poprzez wybór oferty wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia¹³⁶.

Zasada bezstronności i obiektywizmu została określona w art. 17 ust. 3 ZamPublU. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Wyrażona w wyżej wymienionym przepisie zasada jest gwarancją prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek zapewnienia, aby w postępowaniu brały udział osoby niezwiązane w jakikolwiek sposób z którymkolwiek z wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Z postępowania należy takie osoby wykluczyć. Osoby prowadzące postępowanie powinny bowiem legitymować się dwoma cechami:

- 1) bezstronnością – czyli brakiem jakichkolwiek związków z jednym lub kilkoma wykonawcami, związki te mogą mieć charakter osobisty (członek rodziny, przyjaciel) lub zawodowy (były pracodawca);
- 2) obiektywizmem – a więc umiejętnością oceny oferty niezależnie do własnych odczuć czy uprzedzeń.

Bezstronność ma zatem charakter zewnętrzny, dotyczący stosunku do innych podmiotów, natomiast obiektywizm ma charakter wewnętrzny, który dotyczy pewnych cech osobowych pracownika zamawiającego. Omawiana zasada stanowi rozwinięcie zasady równości z tym, że dotyczy ona nie tyle zachowania zamawiającego, jako pewnej instytucji prowadzącej postępowanie, ile już bezpośrednio pracowników zamawiającego. Bezstronność oraz obiektywizm osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego strzeże prawidłowość wydatkowania publicznych środków. Pracownik zamawiającego, który nie jest zainteresowany osobiście wynikiem postępowania, daje gwarancję prowadzenia czynności postępowania w taki sposób, aby wydać jak najmniej pieniędzy podatników na jak najlepszy produkt. Emanacją tej zasady jest przepis art. 56

¹³⁶ Uchw. KIO z 30.4.2019 r., KIO/KD 36/19, Legalis nr 2278189.

ust. 2 ZamPublU, określający okoliczności, w których osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu, tj. gdy osoby te:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 KK.

Z zasadą bezstronności i obiektywizmu wiąże się obowiązek złożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczenia w formie pisemnej, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 ZamPublU. Obowiązek odbierania oświadczenia w formie pisemnej, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w przedmiocie okoliczności określonych w art. 56 ust. 2 i 3 ZamPublU, dotyczy również innych osób mogących wpłynąć na wynik tego postępowania lub osób udzielających zamówienia. Odebranie oświadczenia powinno nastąpić przez kierownika zamawiającego lub osobę, której powierzył on czynności w postępowaniu oraz poprzedzone pouczeniem osoby je składającej o odpowiedzialności

karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Oświadczenie to składają osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po jego wszczęciu. Na etapie wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie jest możliwe złożenie tego oświadczenia z uwagi na brak możliwości stwierdzenia okoliczności nim objętych. Ustalenie istnienia, bądź nieistnienia tych okoliczności, możliwe jest co do zasady (poza przesłanką określoną w art. 56 ust. 3 ZamPublU) dopiero w momencie, gdy ujawnione zostaną wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu (wykonawcy)¹³⁷.

Z punktu widzenia przedmiotowej dysertacji szczególne znaczenie nabiera zasada jawności, która znajduje normatywny wyraz w art. 18 ust. 1 ZamPublU, stanowiąca, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zasada ta wzmocniona jest treścią art. 18 ust. 2 ZamPublU, zgodnie z którym zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ustawodawca formułując zasadę jawności uwzględnił wymagania w zakresie ochrony danych osobowych wynikające z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)¹³⁸.

Zasada jawności od początku towarzyszy przepisom o zamówieniach publicznych, jednak dopiero w ZamPublU2004 została tak wyraźnie określona. Zasada jawności zobowiązuje zamawiającego do zapewnienia powszechnego dostępu do informacji o zamówieniu. Genezy zasady jawności postępowania o udzielenia zamówienia publicznego należy szukać w art. 61 Konstytucji RP, który stanowi, że obywatelowi przysługuje prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także

¹³⁷ Por. Opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. Składanie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ZamPublU, przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/skladanie-oswiadczen-o-braku-lub-istnieniu-okolicznosci,-o-ktorych-mowa-w-art.-17-ust.-1-ustawy-pzp,-przez-osoby-wykonujace-czynnosci-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>, dostęp: 20.3.2020 r.

¹³⁸ Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, str. 1, ze zm.

innych osób oraz jednostek organizacyjnych w takim zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Ponadto zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu. Ograniczenie powyższego prawa może nastąpić wyłącznie ze względu na określoną w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa. Wskazana powyżej norma konstytucyjna dotycząca prawa do informacji publicznej ma jednak charakter ogólny i jej rozwinięcie następuje w przepisach rangi ustawowej. Zgodnie bowiem z art. 61 ust. 4 Konstytucji RP tryb udzielania informacji publicznej określają ustawy. Aktualnie są nimi ZamPublU oraz DostInfPublU. Przepis art. 18 ZamPublU stanowi zatem *lex specialis* w stosunku do DostInfPublU, której przepisy przyznają uprawnienie każdej osobie zainteresowanej do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne¹³⁹. Wobec powyższego, brak możliwości skorzystania z przepisów ZamPublU do wyegzekwowania dostępu do dokumentów powstałych w trakcie postępowania o zamówienie publiczne nie oznacza utraty możliwości ubiegania się o to na podstawie przepisów DostInfPublU. Prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu. Dostęp do dokumentów nieopublikowanych w BIP bądź też centralnym repozytorium odbywa się na wniosek zainteresowanego, który nie musi podawać żadnych powodów, dla których chce uzyskać informację publiczną. Udostępnienie informacji publicznej powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki, co do zasady – nie później niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku (art. 13 ust. 1 DostInfPublU).

Zamówienia publiczne jako instrument wydatkowania publicznych środków, nie mogą być pozostawione poza możliwością ujawniania informacji, a w ramach realizacji zasady jawności są niezbędnym elementem kontroli także przez społeczeństwo sposobu wydatkowania pieniędzy publicznych. W ocenie M. Sieradzkiej jawność zamówień publicznych ma więc bardzo duże znaczenie w zwalczaniu patologii systemu. Osoby, które chcą używać zamówień do bezprawnych celów, muszą bowiem liczyć się z tym,

¹³⁹ Wyr. NSA z 9.10.2009 r., I OSK 322/09, Legalis nr 213139.

że postępowanie jest jawne nie tylko dla uczestników, lecz także dla innych osób. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo ujawnienia nieuczciwych działań. Ponadto, według M. Sieradzkiej, jawność w zamówieniach publicznych ma dwojaki charakter, tj.: wewnętrzny (wobec uczestników postępowania, co do których stosuje się przepisy ZamPublU) oraz zewnętrzny (wobec wszystkich osób zainteresowanych postępowaniem o udzieleniu zamówienia publicznego, co do których stosuje się przede wszystkim przepisy DostInfPublU)¹⁴⁰. Podział ten nie jest jednak ostry, przejawy jawności wewnętrznej i zewnętrznej mogą wzajemnie się przeplatać (dokumenty lub czynności jawne dla wykonawców są z reguły jednocześnie jawne dla innych zainteresowanych osób).

Jak wskazano powyżej, zasadą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a zatem zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w sytuacjach określonych w ustawie. Ustawodawca w celu zapewnienia jawności wydatkowania środków publicznych, wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które odnoszą się do:

- 1) tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ZamPublU);
- 2) informacji wyjawianych przez strony:
 - a) na etapie dialogu prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego (art. 182 ZamPublU) oraz
 - b) w trakcie negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 166 ust. 1 i 2 ZamPublU);
- 3) informacji udzielanych przez wykonawców w trakcie postępowania prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 206 ust. 5 ZamPublU).

Powyżej wskazane wyjątki powinny być ściśle interpretowane przez zamawiającego, w szczególności pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą

¹⁴⁰ M. Sieradzka (red.), *Prawo ...*, kom. do art. 8.

konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa¹⁴¹. W ZamPublU dokonano zmian w porównaniu do poprzednio obowiązującej ustawy w zakresie zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W obecnym stanie prawnym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ZNKU, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonana zmiana dotyczy więc momentu zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, który nie jest limitowany terminem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z brzmienia przepisu art. 18 ust. 3 ZamPublU wynika, że wykonawca może skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa również na dalszym etapie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, o ile wykaze, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ze względu na fakt, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności, to jednostka sektora publicznego nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, co do jej istnienia, ale powinna samodzielnie dokonać oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ZNKU. Złożone zastrzeżenie może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany do ujawnienia informacji, po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU. Jeżeli w wyniku weryfikacji okaże się, że zastrzeżona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, to zadeklarowane zastrzeżenie staje się bezskuteczne¹⁴².

Możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wykonawców zamówień *in-house* – z reguły podmiotów publicznych lub podmiotów gospodarujących mieniem publicznym (środkami publicznymi) – będzie ograniczona. W szczególności należy mieć na względzie brak możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa

¹⁴¹ Wyr. KIO z 12.1.2015 r., KIO 2784/14, Legalis nr 1231659.

¹⁴² Wyr. WSA w Warszawie z 12.10.2012 r., II SA/Wa 1483/12, Legalis nr 554594; wyr. WSA w Gdańsku z 4.9.2013 r., II SA/Gd 321/13, Legalis nr 766511.

niektórych danych dotyczących spółek komunalnych, wynikającej z DostInfPublU. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., II SA/WA 171/14, dotyczącym nieprawidłowej odmowy udostępnienia informacji dotyczących miejskiej spółki komunalnej: „*W świetle art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. c i d ustawy o dostępie do informacji publicznej, udostępnieniu podlega informacja publiczna o majątku publicznym, w tym o majątku osób prawnych samorządu terytorialnego i podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5, pochodzących z zadysponowania majątkiem, o którym mowa art. w lit. c, oraz pożytkach z tego majątku i obciążeniach. W piśmiennictwie przyjmuje się, że informacje dotyczące majątku publicznego powinny obejmować między innymi dane dotyczące majątku jednostek samorządu terytorialnego, dane dotyczące spłat pożyczek udzielonych ze środków publicznych i otrzymanych pożyczek i kredytów. Informacje w tym zakresie powinny więc obejmować wszelkie procesy związane z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowaniem (M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji, Wrocław 2008, s. 186–187)*”. Orzeczenie to zostało utrzymane w mocy wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 września 2015 r., I OSK 1773/14. Jawne będą również wszelkie opinie i ekspertyzy zamawiającego (oraz wykonawców), na których zamawiający oparł uzasadnienie faktyczne i prawne stwierdzenia przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie przewidzianym w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. Zgodnie bowiem z art. 73 ust. 1 ZamPublU oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia UPUE, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania. Takimi opiniami i ekspertyzami będą sporządzone na potrzeby postępowania dokumenty ustalające wystąpienie przesłanek zastosowania *in-house*, w tym oszacowanie skali działalności wykonawcy w odniesieniu do zadań powierzonych przez zamawiającego, jak również analizy zasadności udzielenia zamówienia *in-house* z punktu widzenia zasad właściwego gospodarowania środkami publicznymi określonymi w FinPublU, a także analizy dotyczące braku naruszenia przepisów o pomocy publicznej¹⁴³.

¹⁴³ J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecnictwem*. Wzory pism 2016, wyd. 1, s. 123.

Odnosnie do pozostałych wyjątków od zasady jawności należy wskazać, że poufność negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wynika ze specyfiki tych trybów, które z uwagi na przedmiot zamówienia wymagają wymiany informacji, między zamawiającym a wykonawcą, dotyczących możliwości wykonania zamówienia w sposób najpełniej odpowiadający potrzebom zamawiającego. Przedmiotem negocjacji mogą być bowiem rozwiązania techniczne i handlowe związane z zamówieniem. W przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki ustawodawca nie sprecyzował w takim stopniu przepisów dotyczących przebiegu negocjacji. Ustawodawca nie zawarł również odniesienia do przepisów o negocjacji z ogłoszeniem.

W zamówieniach *in-house* tylko w wyjątkowych przypadkach będzie można mówić o tajemnicach handlowych przedsiębiorcy będącego podmiotem publicznym. Objęte tajemnicą nie będą chociażby dokumenty finansowe wykazujące stopień zaangażowania wykonawcy w wykonywaniu zadań na rzecz zamawiającego, a także wykazujące zdolność do wykonania zamówienia. Ponadto, składniki przedsiębiorstwa państwowego należy rozpatrywać jako składniki wchodzące w zasób majątku publicznego, a jednocześnie należy uznać, że traktowanie spółki komunalnej jako przedsiębiorcy działającego na rynku konkurencyjnym stoi w sprzeczności z ideą postrzegania takiej spółki jako pomiotu *quasi* wewnętrznego, co jest warunkiem udzielenia zamówienia w trybie *in-house*¹⁴⁴.

Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca w art. 619 ust. 2 ZamPublU wprowadził sankcje w postaci kary pieniężnej dla zamawiającego nieprzestrzegającego zasad udzielania zamówień publicznych. W szczególności karze pieniężnej będzie podlegał zamawiający, który:

- 1) określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2) opisuje przedmiot zamówienia lub przedmiot konkursu w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 18 ZamPublU (jawność postępowania).

¹⁴⁴ J. Pawelec (red.), *Zamówienia in-house ...*, s. 6.

Rozdział II

Zamówienia *in-house* w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim

1. Wprowadzenie

Przez pojęcie zamówień *in-house* należy rozumieć zamówienia udzielane przez instytucje publiczne podległym sobie podmiotom, z którymi łączy ich specyficzna relacja prawna umożliwiająca niestosowanie przepisów o udzieleniu zamówień publicznych¹⁴⁵. Podległość ta polega na tym, że instytucja publiczna sprawuje nad innym podmiotem kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi wydziałami, natomiast podmiot ten wykonuje większą część swych działań na rzecz podmiotu publicznego¹⁴⁶. Koncepcja zamówień *in-house* ukształtowała się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w latach 90. Ubiegłego wieku. Trybunał zezwalał bowiem na bezpośrednie udzielenie zamówienia publicznego odrębnemu podmiotowi prawa, jeśli zamawiający sprawował nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi oraz jeśli podmiot ten wykonywał swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz zamawiającego. W wyroku w sprawie *Teckal* Trybunał zaprezentował pogląd, że bezpośrednie udzielenie przez zamawiającego zamówienia publicznego podmiotowi odrębnemu od niego pod względem prawnym było dopuszczalne, gdy: po pierwsze – zamawiający sprawował nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi (służbami), po drugie – podmiot ten wykonywał swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz zamawiającego. Niewątpliwie sprawa *Teckal* należy z jednej strony do zbioru orzeczeń, które potwierdzają istniejący stan prawny wynikający wprost z przepisów, z drugiej zaś do tych, które taki stan prawny kreują. O jej znaczeniu może świadczyć również fakt, że sędziowie nie podzielili opinii wyrażonej przez rzecznika generalnego *Georges'a Cosmas'a*, który w sposób jednoznaczny stwierdził, że akceptacja stanowiska, zgodnie z którym zamawiający mieliby możliwość odwołania

¹⁴⁵ H. Nowicki, P. Nowicki, *O potrzebie zamówień „in-house” w gospodarce odpadami. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, (w:) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, Katowice 2013, s. 473.

¹⁴⁶ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006, s. 28–36.

się, w celu dostaw towarów, do odrębnych podmiotów, nad którymi sprawowałyby całkowitą lub ograniczoną kontrolę, z naruszeniem właściwego ustawodawstwa wspólnotowego, otworzyłaby zalew form sprzecznych z celami zapewnienia wolnej i niezagrożonej konkurencji, którą próbuje osiągnąć prawo wspólnotowe poprzez koordynację procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy¹⁴⁷. Stanowisko Trybunału zostało wielokrotnie potwierdzone późniejszymi orzeczeniami, które w pewnym zakresie sprecyzowały warunki pozwalające na uszczegółowienie wskazanych w nim przesłanek¹⁴⁸. Orzecznictwo to dotyczy przypadków, w których osoba trzecia (podmiot wewnętrzny) nie jest podmiotem z kapitałem prywatnym i jest zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo zależna od instytucji zamawiającej. W późniejszym orzecznictwie Trybunał wskazał także, że nie jest możliwe bezpośrednie udzielenie zamówienia spółce, w której udział, nawet mniejszościowy, posiada podmiot prywatny¹⁴⁹.

W związku z tymi, iż instytucja zamówień *in-house* przez wiele lat występowała wyłącznie w orzecznictwie, co skłoniło unijnego prawodawcę do uregulowania tej kwestii na gruncie prawa wtórnego, wiążącego państwa członkowskie. W tym zakresie niezbędne okazało się szczegółowe przeanalizowanie dyrektywy 2014/24/UE, a także orzecznictwa TSUE. Z uwagi na fakt, iż polski ustawodawca zdecydował o włączeniu zamówień *in-house* do zamówień publicznych udzielanych w trybie z wolnej ręki i wprowadzeniu w tym zakresie nakazu stosowania reguł ogólnych zamówień publicznych, przy uwzględnieniu odmienności wynikających z art. 214 ZamPublU, badaniu poddano także przepisy ZamPublU oraz orzecznictwa sądów polskich.

W rozdziale tym omówiono zatem przesłanki zastosowania trybu *in-house* na

¹⁴⁷ Opinia Rzecznika Generalnego S. Alber z 18.3.1999 r., C-108/98, *RI.SAN. Srl*, pkt 65.

¹⁴⁸ Por. w szczególności wyr. TSUE: z 11.1.2005 r., C-26/03, *Stadt Halle* i *RPL Recyclingpark Lochau GmbH* przeciwko *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*; z 10.11.2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republika Austrii*; z 6.4.2006 r., C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)* przeciwko *Comune di Bari* i *AMTAB Servizio SpA*; z 19.4.2007 r., C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* przeciwko *Transformación Agraria SA (Tragsa)* i *Administración del Estado*; z 9.6.2009 r., C-460/08, *Komisja Europejska* przeciwko *Republika Grecka*; z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea Srl* przeciwko *Comune di Ponte Nossa*; z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA* przeciwko *Comune di Cagno* i *Comune di Varese (C-182/11)* i *Comune di Solbiate* i *Comune di Varese (C-183/11)*; z 19.12.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* i *Universita del Salento* przeciwko *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in.; z 8.5.2014 r., C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* i *Hochschul-Informationssystem GmbH* przeciwko *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*.

¹⁴⁹ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49; wyr. TSUE z 6.4.2006 r., C-410/04 *ANAV*, pkt 31.

gruncie prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego – odpowiednio art. 12 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. W dalszej kolejności dokonano wyróżnienia i scharakteryzowania rodzajów zamówień *in-house*. Dodatkowo, w ramach tego rozdziału, dokonano omówienia instytucji kontroli i nadzoru nad udzielaniem zamówień *in-house*. Rozdział zamykają dane statystyczne dotyczące ilości udzielonych zamówień z wolnej ręki, w tym zamówień *in-house* w krajowym systemie zamówień publicznych oraz ich wpływu na europejski rynek zamówień publicznych.

2. Proces kształtowania się instytucji zamówień *in-house*

2.1. Proces kształtowania się instytucji zamówień *in-house* na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości

Jak już kilkakrotnie wskazywano w przedmiotowej dysertacji, instytucja zamówień *in-house* została ukształtowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który określił warunki, na jakich instytucja zamawiająca może odstąpić od stosowania prawa zamówień publicznych udzielając zamówienia publicznego. Regulacje prawne w tym zakresie zostały zaś wprowadzone dopiero w drodze dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE odpowiednio w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 28 dyrektywy 2014/25/UE. Należy wskazać, że na gruncie *acquis communautaire* zamówienia *in-house* to w rzeczywistości świadczenie dostaw, usług i robót budowlanych przez podmioty wewnętrzne, nad którymi instytucje zamawiające mają pełną kontrolę. Trybunał niejednokrotnie rozstrzygał, czy dany rodzaj świadczenia, z uwagi na podmiot, który tego świadczenia dokonuje, jest zamówieniem publicznym w rozumieniu dyrektyw, czy też nie. Uznać należy zatem, że Trybunał nie traktował zamówień wewnętrznych jako zamówień publicznych, argumentując to tym, że organy publiczne państw członkowskich mają swobodę w sposobie określania sposobu realizacji swoich zadań służących realizacji misji społecznej, czy to przez wykorzystanie własnych zasobów, współpracę z innymi organami, tworzenie jednostek wykonawczych lub osób prawnych, czy też przez udzielanie zleceń podmiotom prywatnym. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości zwracano również uwagę na to, iż nie wszystkie rodzaje świadczeń, jakie mogą być zlecone przez instytucje zamawiające, są zleceniami wewnętrznymi. Trybunał ustanowił także reguły, według których powinna być dokonywana ocena, czy dane świadczenie jest świadczeniem *in-house*, czy też stanowi zamówienie publiczne i podlega dyrektywom albo ogólnym zasadom traktatowym, w tym zasadzie uczciwej konkurencji¹⁵⁰.

Po raz pierwszy możliwość odstąpienia od stosowania reżimu prawa zamówień publicznych przez instytucje publiczne w przypadku udzielania zamówienia podległym sobie podmiotom Trybunał dopuścił wydając w trybie prejudycjalnym wyrok

¹⁵⁰ A. Trojankowska, *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, PZP 2017, Nr 2, s. 77.

w sprawie *Teckal*¹⁵¹. Orzeczenie to wywarło decydujący wpływ na dalsze prace nad wdrożeniem mechanizmu, który zapewniałby możliwość współpracy publiczno-publicznej w ramach realizacji zamówień publicznych, bez znacznego uszczerbku dla konkurencji na rynku. Sprawa *Teckal* dotyczyła odpowiedzi na pytanie sprowadzające się do tego, czy przepisy prawa wspólnotowego dotyczące udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie w sprawie, w której organ lokalny powierza odpłatnie dostawę produktów i wykonywanie usług konsorcjum, którego jest członkiem. Trybunał w zaprezentowanym wyroku stwierdził, że instytucja zamawiająca nie ma obowiązku stosowania przepisów o udzieleniu zamówień publicznych wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, natomiast podmiot ten wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz tej jednostki bądź jednostek samorządu terytorialnego¹⁵². W orzeczeniu tym Trybunał sformułował zatem dwa warunki, w których powierzenie wykonania robót budowlanych, dostaw lub usług nie stanowi zamówienia publicznego:

- 1) umowa zostaje zawarta pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami, z których jeden jest instytucją zamawiającą, a drugi podmiot wykonuje istotną część działalności instytucji zamawiającej i jednocześnie
- 2) instytucja zamawiająca ma wobec drugiego podmiotu uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami.

Należy także zwrócić uwagę, że w tym wyroku Trybunał dostrzegł, że instytucje zamawiające, realizując zadania publiczne, powołują do życia osoby prawne, które wprawdzie formalnie stanowią podmioty odrębne od zamawiających, niemniej jednak z uwagi na powiązania organizacyjne i możliwość wywierania na nie wpływu przez instytucję zamawiającą *de facto* stanowią część samego zamawiającego¹⁵³.

¹⁵¹ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98, *Teckal*, pkt 44, 50-51.

¹⁵² Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 50.

¹⁵³ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017*, kom. do art. 67, LEX/el.

Warunki sformułowane w wyroku w sprawie *Teckal* zostały doprecyzowane przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Stadt Halle*¹⁵⁴, w sprawie *Parking Brixen*¹⁵⁵ oraz w sprawie *Carbotermo*¹⁵⁶.

Wyrok w sprawie *Stadt Halle* dotyczył udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom, w których kapitale udział mają podmioty publiczne oraz podmioty prywatne. Trybunał badał, czy dyrektywy mają zastosowanie do zamówień udzielanych odrębnej jednostce, która była w całości kontrolowana przez organy władzy publicznej, a udziały mniejszościowe w kapitale tej spółki należały do przedsiębiorstwa prywatnego. Trybunał orzekł, że w takim przypadku nie można zastosować wyłączenia spod obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, bowiem udział podmiotu prywatnego w kapitale spółki przekreśla możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami. Trybunał podkreślił, że związek pomiędzy organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca, i jej własnymi służbami jest określony względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega natomiast względom interesu prywatnego i dąży do celów odmiennej natury. Pominięcie zatem procedury konkurencyjnej powodowałoby, że przedsiębiorstwo prywatne obecne w kapitale spółki miałyby przewagę w stosunku do jego konkurentów. Ponadto w prezentowanym orzeczeniu Trybunał podjął próbę doprecyzowania zakresu kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad osobą prawną, której ma zostać udzielone zamówienie. Trybunał wskazał, że w odniesieniu do przedmiotu kontroli w wyroku w sprawie *Teckal*, ustanawiającym omawiany wyjątek, nie ograniczył jej do określonych decyzji kontrolowanej jednostki. Sama kontrola decyzji o udzielaniu zamówień ogólnie lub nawet konkretnej decyzji o udzieleniu zamówienia nie jest zatem wystarczająca. W ocenie Trybunału, mając na uwadze brzmienie i cel kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami, należy raczej wymagać możliwości całkowitej kontroli. Nie powinna się ona jednak ograniczać do strategicznych decyzji rynkowych, ale obejmować również poszczególne decyzje z zakresu zarządzania.

¹⁵⁴ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, m.in. pkt 49, 51.

¹⁵⁵ Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, m.in. pkt 58, 67-69.

¹⁵⁶ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, m.in. pkt 37-38, 51.

Natomiast w sprawie *Carbotermo* Trybunał Sprawiedliwości badał pojęcie wykonywania działalności w przeważającym zakresie na rzecz instytucji zamawiającej. Trybunał przyjął, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wyroku w sprawie *Teckal*, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny zakresu działalności na rzecz instytucji zamawiającej, zdaniem Trybunału, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy. Uwzględnić należy zatem wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia, wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. Bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone. W przypadku gdy kilka jednostek samorządu terytorialnego kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części jego działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej lub kilku z tych jednostek, jak i na rzecz wszystkich ich łącznie. W konsekwencji, w przypadku przedsiębiorstwa kontrolowanego przez kilka jednostek samorządu terytorialnego działalnością, którą należy wziąć pod uwagę, jest działalność wykonywana na rzecz wszystkich tych jednostek łącznie. Ponadto Trybunał stwierdził, że kontrola sprawowana przez podmiot publiczny musi mieć charakter pewny i być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich obowiązujących przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności w danej sprawie. Ponadto spółka, której przyznano zamówienie publiczne, musi być poddana kontroli, która umożliwi instytucji zamawiającej wywieranie decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne jak i inne ważne decyzje podejmowane przez tę spółkę. W ocenie Trybunału okoliczność, iż instytucja zamawiająca dysponuje sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi całością kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, stanowi podstawę do przyjęcia, iż instytucja ta sprawuje nad spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi jednostkami.

W sprawie *Parking Brixen* Trybunał Sprawiedliwości badał granice autonomicznej kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad podmiotem, z którym zawierana jest umowa bez procedury przetargowej. W omawianym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że postanowienia art. 43 WE i art. 49 WE, jak również zasady

równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu spółki akcyjnej, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i za granicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką, które może sprawować w sposób autonomiczny. Zatem w przedmiotowej sprawie Trybunał określił katalog przypadków, które osłabiają kontrolę podmiotu publicznego nad podmiotem, wobec którego ma zostać udzielone zamówienie publiczne. Trybunał zaliczył do tego katalogu przypadki, w których:

- 1) przedsiębiorstwo przekształciło się w spółkę akcyjną ze względu na sam charakter tej spółki;
- 2) przedsiębiorstwo rozszerzyło działalność na nowe sektory;
- 3) nastąpiło obowiązkowe otwarcie spółki na kapitał zewnętrzny, nawet w krótkim czasie;
- 4) miało miejsce rozszerzenie terytorialnego zasięgu działalności spółki w skali krajowej i międzynarodowej oraz przyznano znaczne uprawnienia władcze zarządowi, które może sprawować w sposób autonomiczny¹⁵⁷.

Ponadto należy zwrócić uwagę na inne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, które ukształtowały instytucje zamówień *in-house*. W wyroku w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii* Trybunał stwierdził, iż Hiszpania dokonała wadliwej implementacji dyrektywy do porządku prawa hiszpańskiego. Podkreślono, że prawodawstwo hiszpańskie będące przedmiotem sporu w tej sprawie, wyłączając z zakresu stosowania ujednoliconej ustawy stosunki między jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi i, ogólnie, między podmiotami prawa publicznego niemającymi charakteru handlowego, niezależnie od natury tych stosunków, stanowi

¹⁵⁷ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia "in-house" i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyński (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej. Międzynarodowa konferencja naukowa 21–22 czerwca 2010 r. w Łodzi*, Warszawa 2010, s. 121.

nieprawidłową transpozycję dyrektyw 93/36 i 93/37¹⁵⁸. Z kolei orzeczenie w sprawie *Komisja przeciwko Austrii* dotyczyło skargi Komisji Europejskiej na dopuszczenie przez austriackie władze do udzielenia zamówienia na usługi zbierania i utylizacji odpadów bez przeprowadzania procedury przetargowej spółce oddzielonej od jednej z gmin austriackich pod względem prawnym, w której 49% udziałów należało do przedsiębiorstwa prywatnego. Rząd austriacki twierdził, że zawarcie umowy o usuwanie odpadów ze spółką *Abfall*, co nastąpiło w okresie, gdy kapitał tej spółki należał jeszcze w całości do gminy *Mödling*, nie miało na celu ustanowienia stosunku prawnego między niezależnymi podmiotami prawnymi, gdyż gmina ta sprawowała nad spółką *Abfall* kontrolę analogiczną jak nad swoimi służbami. Trybunał wziął jednak pod uwagę fakt, że sprzedaż 49% udziałów w spółce *Abfall* nastąpiła dwa tygodnie po powierzeniu tej spółce na zasadach wyłączności i na czas nieokreślony zbierania i utylizacji odpadów w gminie *Mödling*, a ponadto spółka ta rozpoczęła działalność dopiero po objęciu przez spółkę *Saubermacher* części udziałów. Zatem za pomocą sztucznej konstrukcji składającej się z odrębnych etapów: utworzenia spółki *Abfall*, zawarcia z nią umowy o usuwanie odpadów i sprzedaży 49% udziałów spółce *Saubermacher*, udzielono zamówienia publicznego spółce z kapitałem mieszanym, w której 49% udziałów należało do prywatnego przedsiębiorstwa. Trybunał uznał więc, że rząd austriacki dopuścił się naruszenia dyrektyw¹⁵⁹.

W sprawie *Asemfo* Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że dyrektywy nie stoją na przeszkodzie ustanowieniu reżimu prawnego, by jako przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna wielu organów administracji publicznej wykonywała czynności, nie podlegając regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, dane organy administracji publicznej sprawują nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, spółka ta wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów¹⁶⁰.

W wyroku w sprawie C-220/06 – usługi pocztowe, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, kiedy działalność podmiotu nie jest działalnością przeważającą na rzecz

¹⁵⁸ Wyr. TSUE z 13.1.2005 r., C-84/03, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ZOTSiS 2005, nr 1, poz. I-139, pkt 38, 40 i sentencja.

¹⁵⁹ Wyr. TSUE z 10.11.2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii*, ZOTSiS 2005, nr 11, poz. I-9705, pkt 31, 46, 49, 50 i sentencja.

¹⁶⁰ Wyr. TSUE z 19.4.2007 r., C-295/05, *Asemfo*, pkt 55.

instytucji zamawiającej stwierdzając, że art. 43 WE, art. 49 WE i art. 86 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których postanowienia te mają zastosowanie:

- a) nie osiągają odpowiedniego progu określonego w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50 i
- b) nie stanowią w rzeczywistości jednostronnego aktu administracyjnego nakładającego obowiązki obciążające jedynie operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne, czyniącego znaczące odstępstwo od jego zwykłych warunków oferty handlowej, sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego¹⁶¹.

W sprawie *Komisja przeciwko Republice Włoch* Trybunał Sprawiedliwości podtrzymał stanowisko zgodnie z którym udział kapitału czy udziałów podmiotu prywatnego w podmiocie, z którym instytucja zamawiająca zawiera umowę, nie stanowi zamówienia *in-house*¹⁶².

Podobnie jak w sprawie *Carbotermo*, w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Coditel Brabant* stwierdzono, że ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy tej musi wynikać, że spółdzielnia, której udzielono zamówienia, jest poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółdzielnię. W ocenie Trybunału musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje¹⁶³. W przypadku gdy decyzje podejmowane przez spółdzielnię międzygminną są kontrolowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli

¹⁶¹ Wyr. TSUE z 18.12.2007 r., C-220/06, *Asociación Profesional*, pkt 70, 82 i 88.

¹⁶² Wyr. TSUE z 8.4.2008 r., C-337/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ZOTSiS 2008, nr 4A, poz. I-2173, pkt 39.

¹⁶³ Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 28 i 34.

władz publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczony władze publiczne może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami. Orzecznictwo wymaga, by kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą była analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, a nie by była identyczna z nią we wszystkich aspektach¹⁶⁴. Istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna. W przypadku gdy wiele organów publicznych to właściciele koncesjonariusza, któremu powierzają realizację ich misji świadczenia usług publicznych, kontrola sprawowana przez te organy publiczne nad koncesjonariuszem może być sprawowana przez nie łącznie, przez podejmowanie decyzji, w danym przypadku, większością głosów.

W wyroku w sprawie *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec* Trybunał Sprawiedliwości dostrzegł, że prawo wspólnotowe wcale nie nakazuje władzom publicznym wykorzystania szczególnej formy prawnej w celu zapewnienia wspólnego wykonywania ich misji publicznej¹⁶⁵. Ponadto zauważono, że taka współpraca pomiędzy władzami publicznymi nie podważa głównego celu zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych, a mianowicie swobody przepływu usług oraz otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, jeżeli ustanowienie tej współpracy określone jest względami i wymogami dążenia do celów leżących w interesie publicznym oraz jeżeli zasada równego traktowania zainteresowanych, o której mowa w dyrektywie 92/50, jest zagwarantowana w taki sposób, że żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej względem jego konkurentów.

W sprawie *Sea* Trybunał Sprawiedliwości poruszył kwestie dotyczącą otwarcia spółki, której udzielono zamówienia publicznego na kapitał prywatny. Trybunał wskazał, że nie można wykluczyć, że części spółki zostaną zbyte w jakimkolwiek momencie podmiotom trzecim, przy czym uznanie, że ta możliwość może przez nieograniczony czas utrzymywać w zawieszeniu ocenę publicznego charakteru – lub jego braku – kapitału spółki, której udzielono zamówienia publicznego, nie byłoby zgodne z zasadą pewności

¹⁶⁴ Por. Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 62.

¹⁶⁵ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 47.

prawa. W ocenie Trybunału jeżeli kapitał zakładowy spółki w całości należy do instytucji zamawiającej, samej lub wraz z innymi władzami publicznymi, w chwili udzielenia danego zamówienia tej spółce, otwarcie tego kapitału na inwestorów prywatnych może zostać uwzględnione, wyłącznie jeśli istnieje, w tym momencie, konkretna perspektywa takiego otwarcia w krótkim terminie¹⁶⁶. Wynika z tego, że w sytuacji takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym w omawianej sprawie, gdy spółka, której udzielono zamówienia, jest w całości własnością publiczną i gdy brak jest jakichkolwiek konkretnych wskazówek przyszłego otwarcia jej kapitału dla akcjonariuszy prywatnych, zwykła możliwość udziału osoby prywatnej w kapitale rzeczonyj spółki nie wystarcza, by stwierdzić, że przesłanka w zakresie kontroli władz publicznych nie jest spełniona. Jeśli uprawnienia przyznane spółce, której udzielono zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie świadczenia usług przedsiębiorcom prywatnym jest tylko akcesoryjne w stosunku do jej działalności głównej, czego weryfikacja należy do sądu krajowego, to istnienie tego uprawnienia nie stanowi przeszkody, by celem głównym tej spółki było zarządzanie usługami publicznymi. Zatem istnienie takiego uprawnienia nie wystarcza, by uznać, że spółka ta ma cel rynkowy, który naraża na szwank kontrolę będących jej współnikami samorządów. Kontrola sprawowana przez samorządy będące akcjonariuszami nad tymi spółkami może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym rozpoznany w przedmiotowej sprawie przez Trybunał, a więc gdy:

- a) działalność tej spółki jest ograniczona do terytorium tych podmiotów i jest zasadniczo wykonywana na ich rzecz oraz
- b) sprawują one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele tych podmiotów.

W orzeczeniu w sprawie *Acoset* Trybunał orzekł, że art. 43 WE, art. 49 WE i art. 89 WE nie sprzeciwiają się bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej obejmującej wcześniejsze wykonanie pewnych prac, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, spółce o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, tworzonej specjalnie

¹⁶⁶ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea s.r.l.* przeciwko *Comune di Ponte Nossa*, ZOTSiS 2009, nr 8-9B, poz. I-8127, pkt 50-52.

w celu świadczenia tej usługi i posiadającej wyłączny cel działalności, w której prywatny udziałowiec został wyłoniony w trybie przetargu publicznego, po sprawdzeniu wymogów finansowych, technicznych, operacyjnych i zarządczych w związku z wykonywaną usługą oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona, pod warunkiem że omawiane postępowanie przetargowe jest zgodne z zasadami wolnej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania przewidzianymi w traktacie w odniesieniu do koncesji¹⁶⁷.

Trybunał Sprawiedliwości w połączonych sprawach *Econord* doprecyzował ustanowiony w orzecznictwie Trybunału warunek, według którego aby organy władzy publicznej były zwolnione ze spoczywającego na nich obowiązku zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami prawa Unii, muszą łącznie sprawować nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli, jaką sprawują nad swymi własnymi służbami. Trybunał wskazał, że warunek jest spełniony, jeżeli każdy z tych organów uczestniczy zarówno w kapitale tej jednostki, jak i w jej organach kierowniczych¹⁶⁸.

W wyroku w sprawie *ASL Lecce* Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że zamówienia *in-house* mogą zachodzić w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy chodzi o zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami i osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami. Po drugie w przypadku zawierania umów, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej. Ponadto zdaniem Trybunału zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, jeżeli umowy takie są zawierane wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych i żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie. Umowa

¹⁶⁷ Wyr. TSUE z 15.10.2009 r., C-196/08, *Acoset SpA* przeciwko *Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym*, ZOTSiS 2009, nr 10B, poz. I-9913, pkt 59-61 i sentencja.

¹⁶⁸ Wyr. TSUE z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA* przeciwko *Comune di Cagno i in.*, ZOTSiS 2012, nr 11, poz. I-758, pkt 27-31, 33 i sentencja.

może być jednakże wyłączona z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, wyłącznie gdy spełniała wszystkie te kryteria. Jak wskazał Trybunał prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – przedmiotem takiej umowy nie jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów, umowa ta nie jest wyłącznie dyktowana względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie lub może ona prowadzić do uprzywilejowania prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów¹⁶⁹.

Ponadto w wyroku w sprawie *Piepenbrock* Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że umowa, mocą której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać poniesionym kosztom przy realizacji tego zadania, przy czym druga jednostka ponadto jest uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, ewentualnie posiadających zdolność funkcjonowania na rynku, w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18¹⁷⁰.

W wyroku w sprawie *Technische Universität Hamburg-Harburg* Trybunał Sprawiedliwości uznał, że kontrola sprawowana przez miasto Hamburg nad uniwersytetem obejmuje tylko część jego działalności, to znaczy wyłącznie zamówienia, ale nie dziedziny badań i nauczania, w których uniwersytet dysponuje szeroką autonomią. Uznanie istnienia „kontroli analogicznej” w takiej sytuacji częściowej kontroli byłoby sprzeczne z orzecznictwem Trybunału, w tym w sprawach *Econord*. Zdaniem Trybunału współpraca ustanowiona pomiędzy uniwersytetem, a spółką nie służy bowiem

¹⁶⁹ Wyr. TSUE z 19.12.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento* przeciwko *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, ZOTSiS 2012, nr 12, poz. I-817, pkt 31-36, 40 i sentencja.

¹⁷⁰ Wyr. TSUE z 13.6.2013 r., C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG* przeciwko *Kreis Düren*, ZOTSiS 2013, nr 6, poz. I-385, pkt 41 i sentencja.

wykonywaniu wspólnych zadań publicznych w rozumieniu orzecznictwa, a ponadto uznał, że umowa, której przedmiotem jest dostawa produktów zawarta między uniwersytetem będącym instytucją zamawiającą, kontrolowanym w dziedzinie nabywania produktów i usług przez miasto, a przedsiębiorstwem prawa cywilnego posiadającym przez państwo i jego jednostki terytorialne, w tym rzeczony miasto, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu tego przepisu, a zatem powinna podlegać zasadom udzielania zamówień publicznych przewidzianym przez rzeczoną dyrektywę¹⁷¹.

Orzeczenie w sprawie *EPE i SUCH* zapadło w sprawie, w której *SUCH* było stowarzyszeniem o celu niezarobkowym, a prywatnymi członkami wchodzącymi w skład tego stowarzyszenia, w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, były instytucje prywatne solidarności społecznej, niemające również celu zarobkowego¹⁷². W ocenie Trybunału Sprawiedliwości to, że Trybunał w wyroku w sprawie *Stadt Halle* odwołał się do pojęć takich jak „przedsiębiorstwo” lub „kapitał zakładowy”, wynika z konkretnych okoliczności sprawy zakończonej tym wyrokiem i nie oznacza, że Trybunał chciał ograniczyć swe wnioski wyłącznie do przypadków udziału – w ramach podmiotu wykonującego zamówienie – przedsiębiorstw handlowych posiadających cele zarobkowe. W omawianym orzeczeniu Trybunał wskazał również, że interesy i cele prywatnych członków *SUCH*, niezależnie od tego, jak mogą być one istotne z socjalnego punktu widzenia, mają charakter różniący się od charakteru celów interesu publicznego, realizowanych przez instytucje zamawiające, które są jednocześnie członkami *SUCH*. Ponadto jak zauważył rzecznik generalny w opinii poprzedzającej wydane orzeczenie, nie jest wykluczone, że prywatni członkowie *SUCH*, niezależnie od ich statutu instytucji solidarności społecznej działających w celach niezarobkowych, mogą prowadzić działalność gospodarczą w konkurencji z innymi podmiotami gospodarczymi. W rezultacie zdaniem Trybunału bezpośrednie udzielenie zamówienia *SUCH* mogłoby przynieść prywatnym jego członkom korzyść względem konkurentów. W świetle powyższych uwag Trybunał stanął na stanowisku, że jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia, są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne

¹⁷¹ Wyr. TSUE z 8.5.2014 r., C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informationssystem GmbH* przeciwko *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ZOTSiS 2014, nr 5, poz. I-303, pkt 36 i sentencja.

¹⁷² Wyr. TSUE z 19.6.2014 r., C-574/12, *EPE i SUCH*, pkt 33, 42, 44 i sentencja.

solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli” ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję *in-house*, nie jest spełniona, co oznacza, że dyrektywa 2004/18 znajduje zastosowanie.

Z kolei wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Undis Servizi* zapadł na gruncie stanu faktycznego, w którym decyzją rady gminy *Sulmona* udzieliła zamówienia na usługę zarządzania zintegrowanym cyklem odpadów komunalnych *Cogesie*, spółce o całkowicie publicznym kapitale posiadanym przez kilka gmin *Regione Abruzzo* (regionu Abruzja, Włochy), w tym przez gminę *Sulmona*. Gmina ta posiada 200 akcji spośród wszystkich 1200 akcji, które składają się na kapitał tej spółki, to znaczy posiada w tym kapitale udział w wysokości około 16,6%. Jeszcze przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia z *Cogesą*, jednostki samorządu terytorialnego będące jej współnikami zawarły porozumienie w celu wspólnego wykonywania nad nią kontroli analogicznej do tej, jaką sprawowały nad własnymi służbami. Trybunał zbadał, że jednostki samorządu terytorialnego, które nie były współnikami *Cogesy*, należało uznać za osoby trzecie, gdyż brak było jakiegokolwiek stosunku kontroli pomiędzy tymi jednostkami a tą spółką, tak że brak było szczególnego związku, który w orzecznictwie uzasadnia wyjątek odnośnie do udzielania zamówień *in-house*. Trybunał uznał, że w ramach stosowania orzecznictwa dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień *in-house*, 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 trzecich¹⁷³.

W sprawie *Remondis* Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku zgodnie z którym autonomia działania nie oznacza też, że zarządzane przeniesienie kompetencji czy dobrowolne przekazanie kompetencji muszą być nieodwracalne. Podziału

¹⁷³ Wyr. TSUE z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl* przeciwko *Comune di Sulmona*, ZOTSiS 2016, nr 12, poz. I-935, pkt 40-42 i pkt 2 sentencji.

kompetencji w państwie członkowskim nie można uznawać za ustanowiony na stałe, więc można wyobrazić sobie kolejne zmiany. Trybunał przypomniał również, że dopuszczenie lub zakaz wykonywania przez podmioty publiczne państw członkowskich lub niektóre ich kategorie działalności rynkowej, poza ich działalnością prowadzoną w interesie ogólnym, podlega wewnętrznym uregulowaniom państw członkowskich, które same powinny oceniać, czy taka działalność jest zgodna z instytucjonalnymi i statutowymi celami tych podmiotów. Tym samym to, czy podmioty publiczne, których dotyczy przekazanie kompetencji, mogą prowadzić pewną działalność na rynku, również jest kwestią wewnętrznej organizacji państw członkowskich, a poza tym jest nieistotne w odniesieniu do charakteru takiego przekazania, jeżeli spełnione są przesłanki określone w niniejszym wyroku. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte przez dwie jednostki samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na podstawie którego jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego. Jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sprawdzić sąd odsyłający¹⁷⁴.

Reasumując, regulacje dotyczące zamówień *in-house* zostały wprowadzone do dyrektywy 2014/24/UE jako wyraz akceptacji utrwalonej linii orzeczniczej TSUE zapoczątkowanej przede wszystkim wyrokiem w sprawie *Teckal*. Analiza orzecznictwa uzasadnia wnioski, że o ile Trybunał dopuszcza uchylenie obowiązku stosowania reżimu prawa zamówień publicznych, o tyle wyjątek ten interpretuje bardzo ściśle, mając na względzie podstawowe zasady prawa Unii – równego traktowania, konkurencji, niedyskryminacji oraz przejrzystości. Zdaniem Trybunału definicja zamówienia publicznego nie obejmuje umów zawieranych pomiędzy podmiotami, które spełniają jedynie warunek formalnej odrębności, jeśli istnieje pomiędzy nimi ścisła więź

¹⁷⁴ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r., C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord* przeciwko *Region Hannover*, ZOTSiS 2016, nr 12, poz. I-985, pkt 40-47, 49, 55 i sentencja.

ekonomiczna i organizacyjna tego rodzaju, że udzielenie zamówienia podmiotowi zależnemu od zamawiającego można porównać do realizacji zadań publicznych przez instytucję zamawiającą za pomocą własnych sił i środków. Eliminacja barier w dostępie do krajowych rynków zamówień publicznych dotyczy jedynie tych umów, które są zawierane z przedsiębiorcami działającymi na rynku, albowiem tylko tego rodzaju zamówienia mogą naruszyć swobody ustanowione w TFUE. Realizacja zadań publicznych przy udziale jednostek, nad którymi zamawiający sprawuje kontrolę analogiczną do kontroli nad własnymi oddziałami i które świadczą usługi w przeważającej mierze na rzecz zamawiających, wychodzi poza zakres regulacji unijnych dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych. Przedstawiona w wyroku w sprawie *Teckal* koncepcja została podtrzymana w kolejnych orzeczeniach Trybunału w sprawach *Coditel Brabant*, *Asemfo*, a także *Stadt Halle*, w której Trybunał podtrzymał przyjętą wcześniej ocenę, że władza publiczna, jaką jest zamawiający, ma możliwość wypełniania własnymi środkami ciężących na niej w interesie publicznym zadań o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym bez potrzeby zwracania się o pomoc do jednostek zewnętrznych. W takim przypadku nie mamy do czynienia z procesem udzielenia zamówienia i przepisy dyrektywy klasycznej nie mają zastosowania. Ponadto w sprawie *Parking Brixen* Trybunał Sprawiedliwości potwierdził tezy przyjęte w sprawie *Teckal* uznając, że wystarczające jest co do zasady, aby zamówienie zostało zawarte między zamawiającym a podmiotem prawnie od niego odrębnym. Nie jest tak jedynie w przypadku, gdy zamawiający sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje większą część swojej działalności wspólnie z zamawiającym lub kilkoma zamawiającymi, w których dyspozycji pozostaje.

Analizując zaprezentowaną powyżej linię orzecznictwa, odnoszącą się do instytucji zamówień *in-house*, zidentyfikować można następujące główne cechy zamówień *in-house*, wyodrębnienia których, dokonuje Trybunał Sprawiedliwości:

- 1) zamówienia *in-house* to świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych przez podmioty wewnętrzne, nad którymi instytucje zamawiające sprawują pełną kontrolę;
- 2) umowy o udzielenie zamówienia *in-house* zawierane są pomiędzy podmiotami, które spełniają jedynie warunek formalnej odrębności, pomiędzy którymi istnieje ścisła więź ekonomiczna i organizacyjna tego

rodzaju, że udzielenie zamówienia podmiotowi zależnemu od zamawiającego można porównać do realizacji zadań publicznych przez instytucję zamawiającą za pomocą własnych sił i środków;

- 3) zamówienie *in-house* wiąże instytucję zamawiającą oraz wykonawcę, wobec której instytucja ta posiada uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących jej wobec własnych jednostek wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami;
- 4) relacja instytucji zamawiającej oraz wykonawcy w zamówieniach *in-house* opiera się na możliwości wywierania przez instytucję zamawiającą decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne jak i inne ważne decyzje podejmowane przez tę spółkę;
- 5) zamówienie *in-house* powierzane jest jednostce, która wykonuje przeważającą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej, ocenianą zarówno pod względem jakościowym, jak i ilościowym;
- 6) spółka, której przyznano zamówienie publiczne, musi być poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i inne ważne decyzje podejmowane przez tę spółkę;
- 7) udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega względem interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury niż cele leżące w interesie publicznym, a w konsekwencji wyłącza możliwość zastosowania instytucji *in-house*.

2.2. Instytucja zamówień *in-house* w polskim systemie prawnym przed przyjęciem dyrektywy 2014/24/UE

Prawo zamówień publicznych nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinno być również stosowane w swoistej próżni legislacyjnej, nieuwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wymienionych w FinPublU zasad dotyczących racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucania

zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności, nie daje pogodzić się z postulatem racjonalności ustawodawcy¹⁷⁵. Dokonywanie zakupów powinno w pierwszym względzie odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, nie zaś stanowić pewną linię bezrefleksyjnego, jedynie poprawnego, wydatkowania pieniędzy publicznych¹⁷⁶.

Jednym z przejawów ograniczenia konkurencji w polskim systemie prawnym było stopniowe dopuszczanie przez prawodawcę udzielania zamówień wewnętrznych do czasu wejścia w życie dyrektywy 2014/24/UE. Jak wskazano na wstępie, pojęcie zamówienia *in-house* zostało ukształtowane w orzecznictwie TSUE, a następnie uregulowane w prawie wtórnym Unii Europejskiej w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, w art. 28 dyrektywy 2014/25/UE oraz w art. 17 dyrektywy 2014/23/UE. Zamówienia *in-house* w ścisłym znaczeniu oznaczają wszelkie operacje, w przypadku których podmiot publiczny udziela zamówienia swojej jednostce organizacyjnej pozbawionej odrębnej osobowości prawnej. Z kolei o zamówieniach wewnętrznych *sensu largo* można mówić w sytuacjach, w których podmiot publiczny zawiera umowę z odrębnym podmiotem trzecim, który jest wprawdzie obdarzony osobowością prawną, ale jest równocześnie kontrolowany przez podmiot publiczny¹⁷⁷.

Na gruncie prawa polskiego, na długo przed implementacją dyrektyw unijnych dotyczących zamówień *in-house*, próby przeniesienia dorobku orzecznictwa TSUE podejmowały sądy administracyjne. W szczególności należy zwrócić uwagę na wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, w którym zaprezentowano zasadnicze stanowisko dotyczące braku obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych w relacjach pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a jej spółką prawa handlowego. Wyrok ten miał charakter przełomowy, ponieważ stał się podstawą szerokiego stosowania zamówień *in-house* na gruncie prawa polskiego. W omawianym orzeczeniu NSA orzekł, że przepisy o zamówieniach publicznych nie mają zastosowania do przypadków powierzania przez gminę utworzonej przez nią jednostce organizacyjnej wykonywania zadań użyteczności publicznej drogą aktu kreującego tę jednostkę organizacyjną, zaś wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie

¹⁷⁵ Wyr. KIO z dnia 3.2.2009 r., KIO/UZP 91/09, LEX nr 487646.

¹⁷⁶ J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018, s. 39.

¹⁷⁷ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ...*, s. 28.

wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania na podstawie GospKomU. NSA wskazał ponadto, że w stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy, jednakże pod warunkiem że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę¹⁷⁸. Choć NSA w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05 nie odniósł się wprost do pojęcia zamówienia *in-house* wypracowanej przez TSUE, to jednak jak słusznie zauważa W. Hartung¹⁷⁹, w znacznej większości kolejnych rozstrzyganych spraw interpretacje składów orzekających odwoływały się do dorobku orzeczniczego dotyczącego zamówień *in-house* wypracowanej przez TSUE¹⁸⁰.

Polski prawodawca już w 2008 r. podjął próby wyłączenia zamówień wewnętrznych spod reżimu prawa zamówień publicznych w ramach rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁸¹. Projekt ten przewidywał odstępnie od obowiązku stosowania przepisów ZamPublU2004 w przypadku zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu terytorialnego, jednostki samorządu terytorialnego lub związek jednostek samorządu terytorialnego spółce kapitałowej, o której była mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, jeżeli:

- 1) działalność spółki dotyczyła wykonywania na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego;
- 2) spółka podlegała kontroli jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej;

¹⁷⁸ Wyr. NSA z 11.8.2005 r., II GSK 105/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 62.

¹⁷⁹ W. Hartung, *Samodzielność podstawowej jednostki samorządu terytorialnego w organizacji i świadczeniu usług komunalnych*, 2018, s. 190.

¹⁸⁰ Wyr. WSA w Bydgoszczy z 6.10.2011 r., II SA/Bd 966/11, Legalis nr 446289; wyr. WSA w Szczecinie z 22.8.2013 r., II SA/Sz 274/13, Legalis nr 789853.

¹⁸¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 471.

- 3) wszystkie udziały lub akcje spółki należały do jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek.

Proponowaną zmianę projektodawcy uzasadniali dążeniem do przejrzystego uregulowania kwestii związanych z udzielaniem zamówień własnym spółkom przez zamawiających z sektora samorządowego w ramach wykonywania przez nich zadań własnych. Ponadto w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że wyłączenie takie nie jest jednoznacznie zdefiniowane w prawie wspólnotowym, jednak jest dopuszczalne w świetle orzecznictwa TSUE, które znalazło odzwierciedlenie również w orzecznictwie polskich sądów, np. w wyroku NSA z 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05¹⁸². Projektowana zmiana wzbudziła jednakże istotny sprzeciw organizacji przedsiębiorców, świadczących usługi komunalne, którzy wskazywali na antykonkurencyjny charakter wyłączenia, prowadzący do wyeliminowania z rynku usług tego rodzaju przedsiębiorstw prywatnych, które pozbawia się szans wykazania w otwartych przetargach swojej przewagi nad spółkami gminnymi. Wskutek tak formułowanych argumentów, Sejm ostatecznie nie przychylił się do propozycji przedstawionej przez Radę Ministrów i postulowany przepis został skreślony z projektu. Propozycja ułatwienia wykonywania zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego powróciła przy uchwalaniu FinPublU, kiedy to na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych¹⁸³ wprowadzono zmianę w ZamPublU2004, dodając przepis zgodnie z którym ustawa nie miała mieć zastosowania do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ administracji rządowej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie spełnione były następujące warunki:

- 1) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu administracji rządowej;
- 2) organ administracji rządowej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji;

¹⁸² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, VI kadencja, druk sejmowy nr 471.

¹⁸³ Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1241.

- 3) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 FinPublU.

W ocenie W. Dzierżanowskiego ograniczenie wyłączenia spod ustawy zamówień wewnętrznych do sektora rządowego było wyrazem zaspokajania przez ustawodawcę przede wszystkim potrzeb administracji rządowej i ułatwianie jej dokonywania wydatków nawet kosztem ograniczania konkurencji i zróżnicowania pozycji rządu i samorządów¹⁸⁴. Na mocy ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych¹⁸⁵ dokonano jednakże nowelizacji przepisu art. 4 pkt 13 ZamPublU2004, która umożliwiła nie tylko organom administracji rządowej, ale każdemu organowi władzy publicznej utworzenie i powierzanie zadań instytucji gospodarki budżetowej¹⁸⁶. Przepis art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 w brzmieniu po nowelizacji miał jednak zastosowanie wyłącznie do zamówień udzielanych instytucjom gospodarki budżetowej, tj. jednostkom sektora finansów publicznych tworzonych w celu realizacji zadań publicznych.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nowelizacja ZamPublU2004 odpowiadała zakreślonym przez Trybunał Sprawiedliwości ramom dopuszczalnych odstępstw od stosowania dyrektyw o zamówieniach przy udzielaniu zamówień *in-house*. W szczególności należy wskazać, że kierując się wytycznymi Trybunału, nie dopuszczono do szerokiego odstąpienia od konkurencji przy zleceniu zadań własnym spółkom zależnym o szerokim zakresie samodzielności. W wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal* Trybunał, dokonując analizy konieczności stosowania przepisów dyrektyw o zamówieniach publicznych, doszedł do wniosku, że ponieważ celem dyrektyw jest otwarcie rynku zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, to należy uznać, że dyrektywy o zamówieniach znajdują zastosowanie, gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć z jednostką odrębną pod względem prawnym umowę o charakterze odpłatnym niezależnie od tego, czy ta jednostka sama jest instytucją zamawiającą (taką instytucją są niektóre spółki komunalne świadczące usługi użyteczności publicznej). Trybunał wskazał jednak, że zasada ta znajduje swoje

¹⁸⁴ W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 129-130.

¹⁸⁵ Dz.U. 2010 nr 161 poz. 1078.

¹⁸⁶ Ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 161, poz. 1078).

ograniczenie, a konkurencja i jej ochrona nie jest zawsze nadrzędna wobec swobody wyboru formy realizacji zadań publicznych. Istotą jest jednak ustalenie, czy do powierzenia zadań dochodzi innemu podmiotowi, czy też odrębność ma charakter jedynie organizacyjny, a w praktyce jednostki (zamawiający i wykonawca) są bardzo ściśle powiązane¹⁸⁷. W wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle* Trybunał wskazał, że głównym celem uregulowań unijnych w zakresie zamówień publicznych jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Jego realizacja wymaga zobowiązania wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań unijnych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki. Nie może więc być przesłanką do ograniczania konkurencji fakt, że oferentem jest podmiot publiczny¹⁸⁸. Ponadto, w wyroku z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA* przeciwko *Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, Trybunał stwierdził, że zasady równości i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie sprzeciwiają się temu, by organ publiczny udzielił, bez przeprowadzenia przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych międzygminnej spółdzielni, której wszystkimi członkami są organy publiczne, jeśli te organy publiczne sprawują nad tą spółdzielnią kontrolę analogiczną do sprawowanej nad ich własnymi służbami i o ile spółdzielnia ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tymi organami publicznymi.

Przepis art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 został poddany kolejnej zmianie w związku z wejściem w życie dyrektywy 2014/24/UE wyznaczającej ramy prawne oraz cele dla implementacji przepisów w zakresie udzielania zamówień *in-house*¹⁸⁹. Przepis ten w brzmieniu po nowelizacji przewidywał, że ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

¹⁸⁷ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98, *Teckal Srl* przeciwko *Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECR 1999, nr 11, poz. I-8121, pkt 49-51.

¹⁸⁸ Wyrok TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH* przeciwko *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ZOTSiS 2005, nr 1, poz. I-1.

¹⁸⁹ Przedmiotowa regulacja określana jest przez UZP jako tzw. mały *in-house*, zob. opinia UZP pt. Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2>, dostęp: 20.12.2021 r.

- 1) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;
- 2) 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;
- 3) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 FinPublU.

Powyższe oznaczało, że jednostki samorządu terytorialnego nie były upoważnione do odstępiania od stosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 13 ZamPublU2004.

Kolejna nowelizacja ZamPublU2004 dotycząca udzielania zamówień wewnętrznych weszła w życie z dniem 24 września 2013 r. w ramach której do art. 4 dodano pkt 14 stanowiący, że ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości lub jednostki organizacyjne Służby Więziennej przywieziennym zakładom pracy prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- 1) zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności;
- 2) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ZamPublU2004;
- 3) zasadnicza część działalności przywieziennego zakładu pracy dotyczy zadań wykonywanych na rzecz Ministra Sprawiedliwości lub jednostek organizacyjnych Służby Więziennej; przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej przywieziennego zakładu pracy.

Przepis ten pozostał w mocy do wejścia w życie ZmZamPublU16.

W wyroku z dnia 30 grudnia 2014 r., II SA/Kr 1391/14, WSA w Krakowie przyjął, że gmina jest uprawniona do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka taka stanowi instrument, za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. Przedmiot działania takiej spółki przede wszystkim określony powinien być w akcie powołującym ten podmiot do życia, który zarazem stanowi podstawę zlecenia spółce wykonywania zadań publicznych jednostki samorządu terytorialnego. Przedmiotem działania takiej spółki jest wykonywanie zadań publicznych (własnych

bądź zleconych), należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła. Uchwała powierzająca spółce wykonywanie zadań własnych gminy stanowi podstawę zlecenia spółce wykonywania tych zadań. Możliwe jest powierzenie spółce komunalnej realizacji zadania własnego gminy zagospodarowania odpadów komunalnych bez konieczności przeprowadzenia procedury przetargowej.

Ponadto w uchwale z dnia 4 grudnia 2014 r., KIO/KD 104/14, KIO zwróciła uwagę na to, że zarówno przepisy ZamPublU2004, jak i dyrektywy sektorowej 2004/17/WE (także dyrektywy 2004/18/WE), nie przewidywały wprost unormowań dotyczących wyłączenia obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do udzielania tego typu zamówień. Izba, odnosząc się do przesłanek dotyczących zamówień *in-house* wypracowanych w orzecznictwie TSUE stwierdziła, że przez dysponowanie 100% udziałami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zamawiający sprawuje kontrolę nad tą spółką podobną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, choć dodatkowo wymagałoby to potwierdzenia stosownymi dokumentami, a ponadto wymagałoby to oceny, że mamy do czynienia z kontrolą skuteczną, na którą wskazuje orzecznictwo Trybunału. Natomiast w ocenie Izby istniały poważne wątpliwości, czy w sprawie zachodziła druga z wymienionych przesłanek (zasadnicza działalność spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wykonywana była na rzecz zamawiającego), bowiem podstawowym kierunkiem działania wskazanej spółki było świadczenie usług transportowych, naprawczych oraz serwisowych dla całej floty pojazdów będącej w bieżącym użytkowaniu zamawiającego, ale zamawiający nie przedłożył w tym zakresie żadnych dokumentów, potwierdzających, do jakich celów została powołana wskazana spółka, przedmiotem kontrolowanej umowy była zaś dostawa pojazdów, a nie świadczenie wskazanych usług.

Wskutek implementacji prawa Unii Europejskiej do polskiego systemu prawnego na mocy ZmZamPublU16 wprowadzono w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ZamPublU2004 zamówienia *in-house* jako przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Polski ustawodawca nie zdecydował się na całkowite wyłączenie zamówień *in-house* spod przepisów reżimu prawa zamówień publicznych, tak jak w przypadku dyrektywy 2014/24/UE, a zatem na wyłączenie ich spod reguł konkurencji. Przepisy regulujące zamówienia *in-house* nie uległy zmianom na gruncie aktualnie obowiązującej ZamPublU.

Reasumując, zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców choć są nadrzędnymi zasadami udzielenia zamówień publicznych,

to w konkretnych przypadkach mogą doznawać pewnych ograniczeń. W przypadku udzielania zamówień *in-house* niewątpliwie następuje ograniczenie konkurencji. Konkurencja i jej ochrona nie jest jednak zawsze nadrzędna wobec swobody wyboru formy realizacji zadań publicznych, a stosowanie przepisów ZamPublU powinno uwzględniać zasady wyrażone w innych przepisach, w szczególności w FinPublU dotyczące racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W wyniku implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy 2014/24/UE zamówienia te nie zostały jednak wyłączone z krajowego systemu zamówień publicznych. Zamawiający zobowiązani są bowiem do stosowania przepisów ustawy, w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To zaś oznacza, że zamówień wewnętrznych nie wyłączono całkowicie spod reguł konkurencji, a wyłącznie ograniczono ich zakres.

3. Przesłanki zastosowania oraz rodzaje zamówień *in-house* na gruncie prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego

3.1. Przesłanki zastosowania zamówienia *in-house* na gruncie prawa Unii Europejskiej

Przechodząc do zagadnienia przesłanek zastosowania zamówienia *in-house* na gruncie prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego należy na wstępie wskazać, że pomimo spójnego i konsekwentnego stanowiska TSUE dotyczącego zamówień *in-house*, instytucja ta aż do czasu uchwalenia dyrektywy 2014/24/UE nie była uregulowana w prawie unijnym. Negatywny wpływ braku rozwiązań prawnych, na praktykę obrotu prawnego dostrzegł prawodawca unijny, wskazując w motywie 31 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, iż istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Ponadto w przywołanym motywie zwrócono uwagę, że stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające, co powoduje, że konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Ze wskazanych powodów prawodawca unijny podjął próbę ujęcia dotychczasowego dorobku Trybunału w zakresie zamówień *in-house* w ramy normatywne i usankcjonowania ich w postanowieniach dyrektyw: 2014/23/UE, 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Pomimo wprowadzenia regulacji prawnych umożliwiających udzielenie zamówień wewnętrznych na poziomie prawa stanowionego, dotychczasowy dorobek orzeczniczy TSUE pozostaje w pełni aktualny i powinien być brany pod uwagę przy interpretacji postanowień dyrektywy. Ponadto jak wskazano w motywie 31 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, wyjaśnienie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych, powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Ustawodawca unijny podkreślił także, iż celem unijnych regulacji nie jest ingerencja w swobodę organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań w drodze wykorzystania ich własnych zasobów lub poprzez współpracę z innymi podmiotami

publicznymi – pod warunkiem, że tego rodzaju porozumienia nie skutkują zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców.

Co interesujące, a przy tym doskonale obrazujące niechętnie podejście Komisji Europejskiej do kwestii ograniczania zasad konkurencji¹⁹⁰, pomimo kilkunastu lat od wydania orzeczenia w sprawie *Teckal*, istotnej zmiany regulacji dotyczących zamówień publicznych w 2004 r., a także kolejnych z 2007 r.¹⁹¹ oraz 2009 r.¹⁹² Komisja długo nie podejmowała próby ogólnego uregulowania kwestii współpracy publiczno-publicznej. Co prawda, Parlament Europejski zgłosił w 2003 r. w trakcie prac legislacyjnych nad dyrektywą 2004/18/WE poprawkę wprowadzającą art. 18a dotyczący właśnie instytucji podmiotu wewnętrznego, ale nie znalazła ona wystarczającego poparcia.

W ramach kompleksowego uregulowania zamówień publicznych przepisami trzech nowych dyrektyw prawodawca unijny wprowadził również regulacje będące podstawą wyłączenia stosowania przepisów dyrektywy w zakresie zamówień *in-house*. Zamówienia te zostały usankcjonowane w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, w art. 28 dyrektywy 2014/25/UE oraz w art. 17 dyrektywy 2014/23/UE¹⁹³. Nowe dyrektywy, pomimo swego zróżnicowania co do kręgu podmiotów podlegających ich przepisom, w porządkach prawnych państw członkowskich określają niezbędne przesłanki zastosowania zamówień *in-house*¹⁹⁴. Dyrektywa 2014/24/UE (tzw. dyrektywa klasyczna), określając zakres podmiotowy, wskazuje na instytucje zamawiające, którymi są: państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego, związki tych podmiotów oraz związki z udziałem takich podmiotów. Dyrektywa 2014/25/UE (tzw. dyrektywa sektorowa), określając podmioty zamawiające, wskazuje, obok instytucji zamawiających prowadzących określony rodzaj działalności, w tym korzystających z praw specjalnych lub wyłącznych, również na przedsiębiorstwa publiczne. Prawodawca unijny za

¹⁹⁰ Tendering or Direct Awarding of Public Services – Plea for the Right to Choose for Territorial Authorities On the Need for Legal Provisions on the *In-house* Concept in the European Union, Statement of the Scientific Council of the Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft drawn up under the direction of Prof. Dr. Helmut Cox, Universität Duisburg-Essen, Berlin 2007, s. 3.

¹⁹¹ Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31.

¹⁹² Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, Dz.Urz. UE L Nr 216, s. 76.

¹⁹³ H. Nowicki, *Zamówienia in-house na tle nowych rozwiązań normatywnych*, Zamówienia publiczne, ZPDORADCA 2016, Nr 1, s. 22.

¹⁹⁴ H. Nowicki, *Zamówienia in-house ...*, s. 195-198.

przedsiębiorstwo publiczne uznaje każde przedsiębiorstwo, na które instytucja zamawiająca może wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ, korzystając z prawa własności, udziału finansowego lub zgodnie z zasadami działania danego przedsiębiorstwa. Przepisy dyrektywy określają przesłanki występowania dominującego wpływu instytucji zamawiającej na przedsiębiorstwo publiczne. Z kolei przepisy dyrektywy 2014/23/UE (tzw. dyrektywy koncesyjnej), wskazując podmioty, które będą zobowiązane do stosowania jej przepisów, wymieniają instytucje zamawiające i podmioty zamawiające. Prawodawca unijny regulując zakres podmiotów poddanych przepisom dyrektyw, wskazuje jedynie na bardzo szeroki i różnorodny krąg podmiotów działających jako zamawiający, które to podmioty będą mogły korzystać z przepisów dotyczących zamówień *in-house*. Należy wskazać, że wprowadzony przepisami dyrektyw podział na instytucje zamawiające i podmioty zamawiające ma istotne znaczenie dla wyodrębnienia drugiej szczególnej kategorii zamówień, które są zawierane tylko pomiędzy instytucjami zamawiającymi.

W każdej z wyżej wymienionych dyrektyw prawodawca unijny, wprowadzając wyłączenie w zakresie zamówień *in-house*, zamówienia takie określa jako zamówienia publiczne. Zarówno dyrektywa klasyczna jak i koncesyjna określają je jako udzielane pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Dyrektywa sektorowa określa zaś tego typu zamówienia jako zamówienia między instytucjami zamawiającymi. Zarówno w dyrektywie 2014/24/UE, jak i dyrektywie 2014/25/UE prawodawca unijny uwzględnił wcześniejsze orzecznictwo TSUE, wprowadzając możliwość udzielania zamówień *in-house* tylko przy spełnieniu następujących warunków:

- 1) zamawiający sprawuje nad wykonawcą będącym odrębną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami wewnętrznymi;
- 2) ponad 80% działalności wykonawcy jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego;
- 3) w wykonawcy, co do zasady, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przed wszystkim należy podkreślić, że koncepcja zamówień publicznych udzielanych pomiędzy podmiotami z sektora publicznego, o której mowa w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, stanowi regulację, której wprowadzenie oraz ostateczny kształt

i zakres są uzależnione od decyzji państw członkowskich¹⁹⁵. W art. 12 dyrektywy 2014/24/UE przewidziano dwa modele współpracy publiczno-publicznej, które określa się jako „współpracę wertykalną” oraz jako „współpracę horyzontalną”. Przepisy art. 12 ust. 1-3 dyrektywy 2014/24/UE regulują wertykalną współpracę publiczno-publiczną, która oparta jest na relacji wewnętrznej. Współpraca ta obejmuje:

- a) zamówienia udzielane podmiotom kontrolowanym;
- b) zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany dla podmiotu sprawującego nad nim kontrolę;
- c) zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami, nad którymi sprawowana jest kontrola tego samego podmiotu; oraz
- d) zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu przez co najmniej dwa podmioty sprawujące kontrolę.

Z kolei przepis art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE określa horyzontalną współpracę publiczno-publiczną obejmującą zawarcie umowy pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi.

Wertykalna współpraca publiczno-publiczna opiera się na koncepcji tzw. transakcji wewnętrznej, tj. zawieranej wewnątrz danej instytucji, bez udziału innych, a szczególnie prywatnych podmiotów (określanej również jako zamówienia *in-house*) przedstawionej w kluczowym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*¹⁹⁶ i rozwiniętej następnie w kolejnych orzeczeniach. Pojęcie podmiotu wewnętrznego zostało uznane przez Trybunał zarówno w odniesieniu do zamówień publicznych, jak i koncesji, a zatem wszelkie poniższe wskazówki dotyczące oceny statusu danego podmiotu jako podmiotu wewnętrznego znajdują zastosowanie do obu opisywanych form powierzenia świadczenia usług komunalnych¹⁹⁷. Współpraca horyzontalna zaś opiera się na założeniu współdziałania podmiotów publicznych w celu wspólnego realizowania właściwego im zadania¹⁹⁸.

Przypomnieć należy, że Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Teckal* wskazał, że zamówienia *in-house* oznaczają sytuacje, w których pod pewnymi warunkami

¹⁹⁵ Por. pkt 10 Rezolucji Parlamentu Europejskiego z 18.5.2010 r. w sprawie zmian w procedurze udzielania zamówień publicznych (2009/2175(INI)) – P7 TA(2010)0173.

¹⁹⁶ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*.

¹⁹⁷ Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 61.

¹⁹⁸ Motyw 33 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

samorząd (lub inny podmiot publiczny) nie będzie zobowiązany do przeprowadzania konkurencyjnego postępowania przetargowego, mimo że powierza wykonywanie pewnych zadań odrębnemu od siebie, przynajmniej w sensie formalnym, podmiotowi. Trybunał przesądził, że nawet w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dwiema osobami prawnymi, powierzenie realizacji określonego świadczenia może być wyjątkowo uznane za transakcję wewnętrzną (*in-house*). Początkowo Trybunał Sprawiedliwości określił dwa generalne warunki, których łączne spełnienie warunkuje uznanie danej transakcji za wewnętrzną: instytucja zamawiająca powinna sprawować nad osobą, której powierza realizację danego zadania, kontrolę analogiczną (ang. *Similar*, fr. *Analogue*) do tej, jaką sprawuje nad swoimi wydziałami czy oddziałami, oraz osoba ta powinna wykonywać zasadniczą część (ang. *Essential*, fr. *Essentiel*) swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających, które ją kontrolują¹⁹⁹.

Zamówienia *in-house sensu stricto* to transakcje, w których dana instytucja zamawiająca powierza realizację określonego zadania (może ono obejmować świadczenie usług, dostawę towarów lub realizację robót budowlanych) jednej ze swych jednostek organizacyjnych, nieposiadającej osobowości prawnej. W sensie szerokim do zamówień wewnętrznych należy jednak również zaliczyć sytuacje, w których instytucja zamawiająca zawiera umowę z kontrolowaną przez siebie jednostką posiadającą osobowość prawną²⁰⁰ (zamówienie *quasi in-house* – opinia rzecznika generalnego *Christine Stix-Hackl* przedstawiona 23 września 2004 r. w sprawie C-26/03, pkt 49, 55 i 58). Jako że zamówieniem w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE jest umowa, w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE mowa jest wyłącznie o relacjach określanych jako *quasi in-house*. W przypadku relacji wertykalnej, przepis art. 12 ust. 1 przewiduje trzy warunki, doprecyzowując tym samym wcześniejsze orzecznictwo TSUE. I tak, dla możliwości wyłączenia danej transakcji spod obowiązku jej przeprowadzenia zgodnie z przepisami dyrektywy 2014/24/UE konieczne jest, aby:

- 1) instytucja zamawiająca sprawowała nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- 2) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej było prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję

¹⁹⁹ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 50.

²⁰⁰ Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z 1.3.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, EU:C:2005:123, pkt 2.

zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz

- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie było bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem takich sytuacji, które są wynikiem regulacji krajowych, które to przepisy krajowe powinny być zgodne z przepisami TFUE.

Co więcej, wspomniany udział kapitału prywatnego nie powinien w żadnym razie zagrażać podległości decyzyjnej takiej osoby prawnej w stosunku do instytucji zamawiającej. Warto podkreślić, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE jednoznacznie wyróżniają przesłankę „kontroli” (lit. a) i przesłankę dotyczącą udziału „kapitału prywatnego” (lit. c), które to przesłanki w dotychczasowym orzecznictwie ujmowane były łącznie. Wydaje się jednak, że nie chodzi tu o wprowadzenie zupełnie nowego elementu, ale raczej o próbę ich uporządkowania i dookreślenia. Stwierdzenie, czy dany podmiot spełnia powyższe warunki i w związku z tym może być uznany za podmiot wewnętrzny, powinno opierać się na szczegółowej analizie konkretnego przypadku. Jednocześnie ocena spełnienia przedstawionych wyżej przesłanek, pomimo ich doprecyzowania w kolejnych orzeczeniach Trybunału oraz w przepisie dyrektywy 2014/24/UE, w odniesieniu do konkretnych podmiotów może powodować określone wątpliwości.

W dalszych przepisach prawodawca unijny precyzuje poszczególne przesłanki obligatoryjne zastosowania zamówień *in-house*, przy czym obok powiązań bezpośrednich dopuszcza się spełnienie powyższych warunków również w sposób pośredni. Przez sprawowanie kontroli rozumie się kontrolę podobną do kontroli nad własnymi jednostkami lub takie uprawnienia kontrolne, które dają możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność danej osoby prawnej przez określanie jej celów strategicznych oraz innych istotnych decyzji. Kontrola ta może również przybierać formę kontroli pośredniej, przez inną osobę prawną kontrolującą daną osobę prawną i jednocześnie bezpośrednio kontrolowaną przez instytucję zamawiającą. Ponadto zamawiający może udzielić zamówienia *in-house* pomimo braku bezpośredniego wykonywania kontroli pod warunkiem, że wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną na podobnych zasadach jak nad własnymi jednostkami. Konieczne jest także spełnienie warunku wykonywania przez tę osobę prawną ponad 80% działalności na rzecz instytucji zamawiających sprawujących

kontrolę oraz brak kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Spełnienie wymogu sprawowania kontroli w takim przypadku uzależnione jest od spełnienia łącznie następujących przesłanek:

- 1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich instytucji zamawiających;
- 2) instytucje zamawiające mają możliwość wywierania decydującego wpływu na istotne decyzje oraz cele strategiczne kontrolowanej osoby prawnej;
- 3) działania kontrolowanej osoby prawnej nie są sprzeczne z interesami instytucji zamawiających sprawujących kontrolę.

Należy dodatkowo wskazać, że ograniczenie występowania kapitału prywatnego w kontrolowanej bezpośrednio i pośrednio osobie prawnej dopuszcza występowanie kapitału prywatnego, którego występowanie wynika z przepisów prawa krajowego, o ile nie ma on charakteru kontrolującego i blokującego oraz nie wywiera decydującego wpływu na działalność kontrolowanej osoby prawnej²⁰¹.

W zakresie spełnienia warunku kontroli warto przywołać tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, wydanego w sprawie C-606/17, *IBA Molecular Italy*. W postępowaniu krajowym zakwestionowano udzielenie zamówienia *in-house* na dostawę produktu leczniczego, które zostało udzielone Sacro Cuore – religijnemu zakładowi prawa prywatnego. Zakład ten był uczestnikiem publicznego systemu planowania opieki zdrowotnej, bowiem na podstawie zawartego *ad hoc* porozumienia klasyfikowano go jako szpital „klasyfikowany, a więc traktowano go jako zakład publiczny. W związku z tym sąd odsyłający poddał w wątpliwość, czy takie szpitale „klasyfikowane” – zrównywane ze szpitalami publicznymi na mocy szczególnych umów – spełniają wymogi do uznania ich za podmioty prawa publicznego spełniające przesłanki udzielenia zamówienia *in-house*. Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy 2004/18/WE „należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które, zrównując szpitale prywatne «klasyfikowane» ze szpitalami publicznymi ze względu na ich włączenie do systemu planowania krajowej publicznej opieki zdrowotnej, uregulowane w umowach *ad hoc*, które są różne od zwykłych stosunków akredytacji, panujących w przypadku innych prywatnych podmiotów uczestniczących w systemie

²⁰¹ H. Nowicki, *Zamówienia in-house ...*, s. 193.

opieki zdrowotnej, wyłącza te szpitale spod zakresu działania krajowych i unijnych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, w tym również w przypadkach, w których szpitalom tym zleca się wytwarzanie i dostarczanie bezpłatnie do publicznych zakładów opieki zdrowotnej specyficznych produktów niezbędnych do świadczenia usług opieki zdrowotnej w zamian za publiczne finansowanie przyznane w celu wytwarzania i dostawy tych produktów”²⁰². Szpitale „klasyfikowane” – których dotyczyła sprawa zawisła przed Trybunałem – są osobami prawnymi, w których powołanie zarządu, ustanowienie regulaminu oraz finansowanie pozostaje w pełni prywatne²⁰³. Nie można zatem uznać, że podmioty te spełniają warunek, zgodnie z którym zamawiający powinien sprawować kontrolę nad *Sacro Cuore*, analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami. Ponadto *Sacro Cuore* nie mogło zostać uznane za podmiot publiczny. Powyższe okoliczności wykluczyły możliwość udzielenia zamówienia *in-house*, z pominięciem procedur przetargowych.

Jeśli chodzi o badanie istnienia prywatnego udziału w kapitale spółki, ale również każdej innej przesłanki mogącej wskazywać na brak sprawowania „kontroli analogicznej”²⁰⁴, której powierza się realizację zadania, to decydujący powinien być moment powierzenia²⁰⁵. Jednak konieczne jest uwzględnienie okoliczności, które miały miejsce po dniu, w którym instytucja zamawiająca powierzyła danemu podmiotowi realizację określonego zadania (zamówienia). Ma to szczególnie miejsce w przypadku, gdy udziały w spółce zostaną przeniesione na podmiot prywatny tuż po formalnym powierzeniu. W takim przypadku niezbędne jest zbadanie, czy nie doszło w rzeczywistości do sztucznego mechanizmu stworzonego w celu obejścia odpowiednich przepisów unijnych²⁰⁶. Ewentualne późniejsze objęcie udziałów przez podmioty prywatne w kapitale tej spółki jest brane pod uwagę wyłącznie, jeżeli w momencie powierzenia istnieje faktyczna perspektywa takiego zaangażowania w krótkim horyzoncie czasowym²⁰⁷.

Powstaje przy tym pytanie, czy sprawowanie kontroli analogicznej powinno

²⁰² Wyr. TSUE z 18.10.2018 r., C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* przeciwko *Azienda ULSS n. 3 i in.*, ZOTSiSPI 2018, nr 10, poz. I-843, pkt 43.

²⁰³ Wyr. TSUE z 18.10.2018 r., C-606/17, *IBA Molecular Italy*, pkt 42.

²⁰⁴ Art. 12 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE.

²⁰⁵ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 15 i 52; wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 47.

²⁰⁶ Wyr. TSUE z 10.11.2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 38–41.

²⁰⁷ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 50.

pozostać realne przez cały okres obowiązywania umowy powierzenia (wykonywania zadania powierzonego podmiotowi wewnętrznemu). Jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości, czysto teoretyczna możliwość udziału podmiotu prywatnego w kapitale podmiotu wewnętrznego sama w sobie nie podważa istnienia wewnętrznego powiązania między samorządem, a spółką²⁰⁸. Nie można bowiem wykluczyć, że część udziałów w spółce zostanie zbyta w jakimkolwiek momencie podmiotom trzecim. Jednakże uznanie, że ta możliwość może przez nieograniczony czas utrzymywać w zawieszeniu ocenę tego, czy zachowano przesłankę kontroli analogicznej, nie byłoby zgodne z zasadą pewności prawa²⁰⁹. Tym samym dla oceny możliwości powierzenia świadczenia usług komunalnych podmiotowi wewnętrznemu ważny jest sam moment takiego powierzenia oraz okoliczności bezpośrednio mu towarzyszące.

Jeżeli jednak powierzenie nastąpiło bez postępowania przetargowego na podstawie zasad dotyczących podmiotu wewnętrznego, późniejsze nabycie udziałów w spółce przez inwestorów prywatnych w dowolnym momencie w okresie obowiązywania powierzenia uznaje się za zmianę podstawowego warunku istnienia relacji wewnętrznej. Powoduje to, że dotychczasowa podstawa wybranego sposobu świadczenia usług przestaje istnieć.

TSUE wskazuje, że w takim przypadku umowa powinna zostać rozwiązana, a świadczenie danej usługi wymaga organizacji postępowania konkurencyjnego na wybór jej wykonawcy²¹⁰. Stanowisko to wydaje się jednak zbyt rygorystyczne, nie uwzględnia bowiem okoliczności towarzyszących ewentualnemu zbywaniu udziałów w spółce. Dla oceny zachowania zasad konkurencji za zrozumiały i uzasadniony można uznać pogląd, zgodnie z którym brak adekwatnej procedury konkurencyjnej poprzedzającej wybór wspólnika do spółki mającej dotychczas status podmiotu wewnętrznego powinien skutkować utratą tegoż statutu. Możliwa jest jednak również sytuacja, w której proces prowadzący do zbycia udziałów będzie przejrzysty i zapewni wszystkim potencjalnie zainteresowanym możliwość udziału w procedurze opartej na uczciwych zasadach. Takie też stanowisko zajął Trybunał w innej sprawie, której przedmiotem była ocena warunków wyboru wspólnika do spółki świadczącej usługi komunalne. Trzeba przy tym zaznaczyć,

²⁰⁸ Wyr. TSUE z 17.7.2008 r., C-371/05, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, Dz.Urz. UE.C 2008, nr 223, poz. 3, pkt 29.

²⁰⁹ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 49.

²¹⁰ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 53.

że chodziło o wybór wspólnika do nowo tworzonego podmiotu, któremu miało być powierzone świadczenie usługi komunalnej, a nie o zbycie udziałów w istniejącej spółce. Z punktu widzenia zachowania zasad, sytuacje te można jednak uznać za porównywalne. Przede wszystkim – jak wskazuje rzecznik generalny *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer* – nie ma przeszkód, aby jednostki samorządu terytorialnego w celu świadczenia usług komunalnych utworzyły wspólnie z podmiotem prywatnym osobę prawną. Niczego nie można również zarzucić procedurze ogłoszenia oferty mającej na celu wprowadzenie do spółki podmiotów prywatnych gotowych do przekazania spółce zasobów gospodarczych wspierających prowadzenie przez nią działalności²¹¹. Aby uniknąć sytuacji, gdy udziałowiec prywatny jest w nienależny sposób uprzywilejowany w stosunku do swoich konkurentów²¹², należy zbadać, czy jego wybór został przeprowadzony zgodnie z zasadami wynikającymi z odpowiednich przepisów dotyczących zamówień publicznych lub koncesji. To powinno wykluczyć sytuację, że „pod płaszczykiem” wyboru wspólnika do spółki ukryte są warunki zamówienia na usługi lub koncesji na roboty budowlane²¹³. Współpraca mająca na celu świadczenie usług komunalnych przedsiębiorcy prywatnego i samorządu w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie powinna uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji podczas udzielania zamówień publicznych lub koncesji temu przedsiębiorcy prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym²¹⁴. Jak dalej wskazał Trybunał Sprawiedliwości, jeśli wybór prywatnego udziałowca zadośćuczyni regulacjom dotyczącym zamówień publicznych lub koncesji (w zależności od formy świadczenia usługi przez spółkę), a kryteria wyboru prywatnego udziałowca są oparte nie tylko na wnoszonym kapitale, ale również jego wiedzy, doświadczeniu i kompetencji oraz cechach przedstawionych w jego ofercie nabycia udziałów w świetle szczegółowych świadczeń podlegających wykonaniu przez spółkę, można uznać, że wybór takiego udziałowca nastąpił w postępowaniu, które zachowuje zasady prawa unijnego. Tym samym, drugie postępowanie przetargowe w celu wybrania wykonawcy usługi nie byłoby uzasadnione²¹⁵. Wydaje się, że ten tok rozumowania przyświecał również prawodawcy

²¹¹ Opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiza-Jarabo Colomera, z 2.6.2009 r., C-196/08, *Acoset*, EU:C:2009:332, pkt 107–108; Wyr. TSUE z 15.10.2009 r., C-196/08, *Acoset*, pkt 107-109.

²¹² Por. U. Neergaard, *The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national Law*, s. 149–181.

²¹³ Opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiza-Jarabo Colomera, z 2.6.2009 r., C-196/08, *Acoset*, pkt 121.

²¹⁴ Wyr. TSUE z 15.10.2009 r., C-196/08, *Acoset*, pkt 57.

²¹⁵ Wyr. TSUE z 15.10.2009 r., C-196/08, *Acoset*, pkt 60.

unijnemu przy redagowaniu ostatecznej wersji dyrektywy 2014/24/UE. Nie zawiera ona w tym kontekście żadnej szczegółowej regulacji, ale biorąc pod uwagę wcześniejsze wersje projektu dyrektywy, można postawić tezę, że ten brak świadczy przynajmniej o pozostawieniu tej kwestii do uznania państw członkowskich oraz sądom.

W projekcie przedstawionym przez Komisję Europejską²¹⁶, jak również w późniejszych wersjach prezentowanych podczas prac w Radzie Unii Europejskiej²¹⁷ znajdował się przepis art. 11 ust. 5, który przewidywał, że udział, a raczej jego brak, podmiotów prywatnych, miał być weryfikowany na etapie udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy. Jednak wyłączenia *in-house* miały przestać obowiązywać w chwili nabycia udziałów przez podmiot prywatny, skutkując obowiązkiem otwarcia realizowanych zamówień na konkurencję przez zastosowanie zwykłych procedur udzielania zamówień²¹⁸. Postanowienie to nie zostało jednak uwzględnione w ostatecznej wersji dyrektywy 2014/24/UE, co może prowadzić do dwóch wniosków. Po pierwsze, że pomimo jego braku, domniemywać należy, że udział przedsiębiorcy prywatnego w spółce mającej dotychczas status podmiotu wewnętrznego powoduje istotną zmianę okoliczności, a tym samym, że mamy do czynienia z nowym powierzeniem świadczenia usługi. Na tę interpretację wskazuje stanowisko Trybunału Sprawiedliwości, który podkreśla, że spółka o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, której powierzono świadczenie usługi na zasadzie właściwej dla doktryny *in-house*, powinna zachować ten sam status i przedmiot działalności, a każda istotna zmiana umowy powoduje obowiązek przeprowadzenia postępowania przetargowego²¹⁹. Jest to związane z wypracowaną przez Trybunał i skodyfikowaną dopiero w dyrektywie 2014/24/UE zasadą zakazującą wprowadzania do umów o zamówienie publiczne lub koncesję istotnych zmian. Przesłanki określające istotność zmian umowy zostały początkowo opisane w orzecznictwie TSUE, szczególnie w orzeczeniu wydanym w sprawie C-337/98 i kolejnych, tj. w sprawie C-496/99P oraz C-454/06. Trybunał wskazał w nich, że aby

²¹⁶ Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – KOM(2011) 896 wersja ostateczna, 2011/0438 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r. – zob. [online:] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=DA>, dostęp: 23.3.2021 r.

²¹⁷ Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych - tekst kompromisowy prezydencji; wersja ujednolicona, dokument Nr 12878/12, Bruksela, 24.7.2012 r.

²¹⁸ Analogicznie w przypadku dyrektywy 2014/23/UE – por. art. 17 oraz wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji – KOM(2011) 897 wersja ostateczna, 2011/0437 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r. – por. art. 15 ust. 5.

²¹⁹ Wyr. TSUE z 15.10.2009 r., C-196/08, *Acosef*, pkt 62.

można było mówić o istotnej zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego, nowe postanowienia powinny w sposób istotny odbiegać od postanowień pierwotnego zamówienia w taki sposób, by racjonalnie można było mówić o zamiarze ponownego negocjowania przez strony podstawowych warunków tego zamówienia, a tym samym o udzielaniu nowego zamówienia²²⁰. Po drugie, powyższa wykładnia byłaby uzasadniona, gdyby wybór udziałowca prywatnego do spółki nie był poprzedzony konkurencyjną procedurą, co zostało opisane wyżej. Prawodawca unijny – w imię pewności prawa – mógł pokusić się o uregulowanie tej kwestii bezpośrednio w przepisach dyrektywy 2014/24/UE lub chociaż zaznaczyć pewną intencję, wyrażając ją odpowiednio w preambule do tego aktu prawnego. W świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE oraz stanowiska Komisji Europejskiej opisane wyżej postępowanie pozwala na zachowanie podstawowych zasad, zapewnia zgodność z prawem unijnym i jednocześnie jest praktyczne – pozwala bowiem uniknąć problemów związanych z podwójną procedurą²²¹. Kluczowe powinny być regulacje prawa krajowego, prawo unijne bowiem ustanawia jedynie ogólne wytyczne w tym zakresie.

W art. 12 ust. 1 lit. a-c dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny zawarł warunki udzielenie zamówienia *in-house*, stanowiące odzwierciedlenie dotychczasowych koncepcji prawnych, prezentowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W przywołanym przepisie ujęto trzy kategorie porozumień występujących pomiędzy podmiotami sektora publicznego, których jednak nie poddano harmonizacji. Wśród nich wyróżnia się:

- 1) wymóg sprawowania kontroli podobnej – ma miejsce, gdy instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- 2) zależność ekonomiczna – występuje, gdy ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej

²²⁰ Wyr. TSUE: z 19.6.2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* przeciwko *Republik Österreich (Bund)*, *APA-OTS Originaltext-Service GmbH* i *APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, Zb.Orz. 2008, s. I-04401, pkt 34 i 54; z 5.10.2000 r., C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republique Francuskiej*, Zb.Orz. 2000, s. I-08377, pkt 44 i 46.

²²¹ Por. Komunikat Wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), Bruksela, 5.2.2008 r. COM(2007) 6661, s. 5 – zob. [online:] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0412%2802%29>, dostęp: 21.2.2021 r.

przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą;

- 3) zakaz występowania bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Pierwsza kategoria odnosi się do zamówień *in-house* udzielanych podmiotowi zależnemu dwupłaszczyznowo – ekonomicznie i organizacyjnie. Pierwszą z przesłanek zależności, ujętą w art. 12 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE, utożsamiać należy z wymogiem sprawowania kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Przesłanka ta zostaje spełniona w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Zwrócić uwagę należy, iż do ziszczenia omawianej przesłanki wystarczające jest sprawowanie przez instytucję zamawiającą kontroli podobnej, nie zaś identycznej do tej, jaką dana instytucja sprawuje nad własnymi jednostkami. Rozwiązanie to wynika z faktu, iż pomimo zależności osoba prawna jest formalnie odrębnym podmiotem. Przyjęte przez prawodawcę unijnego definicje legalne w sposób funkcjonalny wskazują ostateczny efekt wywierania wpływu na podmiot zależny, nie determinując jednocześnie sposobu sprawowania kontroli przed instytucje zamawiającą. Oznacza to, że ocena wystąpienia przesłanki kontroli między podmiotami zależnymi powinna być dokonywana indywidualnie dla danego postępowania, przy uwzględnieniu całokształtu przepisów prawnych (w tym również norm krajowych) oraz stanu faktycznego. Wynikiem przeprowadzonej analizy musi być stwierdzenie, że dana osoba prawna jest poddana kontroli przez podmiot zamawiający, umożliwiającej mu wywieranie decydującego wpływu na jej działalność.

Jako przykład sposobu weryfikacji spełnienia przesłanki kontroli oraz zakresu oddziaływania odpowiadającemu definicji ujętej w dyrektywie wskazać można sprawę dotyczącą *Parking Brixen GmbH*, w której Trybunał Sprawiedliwości po analizie spełnienia przesłanki kontroli ocenił, że spółka Stadtwerke Brixen AG nie jest jednostką w pełni kontrolowaną przez zamawiającego – gminę Brixen. Spółka była podmiotem gminnym, tym samym rada gminy ustalała sposób działalności, linie postępowania, decydowała o przydzielanych środkach finansowych, weryfikowała jej działalność oraz

sprawowała nad nią nadzór strategiczny. Jednak spółkę poddano prawom wolnego rynku, co skutkowało brakiem posiadania przez gminę kontroli zupełnej nad jej działalnością. Trybunał stwierdził, iż nie można mówić o kontroli podobnej sprawowanej przez organy władzy publicznej w stosunku do własnych służby, gdy jednostka posiada tak szeroką autonomię²²².

Warunek sprawowania decydującej kontroli jest spełniony także wtedy, gdy kontrola ta jest sprawowana przez inną osobę prawną, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez zamawiającego. Zamówienia *in-house* umożliwiają zatem instytucjom zamawiającym na tworzenie jednostek wyspecjalizowanych w świadczeniu danych usług, co umożliwia im – dzięki zależnej działalności – realizację funkcji publicznych. Udzielanie, w zamkniętym systemie powiązań, zamówień dąży zatem do nienabywania produktów lub usług na konkurencyjnym rynku. Dlatego też prawodawca unijny wyłącza stosowanie dyrektywy 2014/24/UE również w stosunku do innych zamówień udzielanych w ramach powiązań podmiotów. W art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE wyraźnie wskazuje, że wyłączenie obejmuje także sytuację, gdy to kontrolowana osoba prawna będąca instytucją zamawiającą udziela zamówienia instytucji zamawiającej sprawującej nad nią kontrolę lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę samą instytucję zamawiającą. Obie osoby prawne muszą być zatem kontrolowane przez tego samego zamawiającego.

W wyroku z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że umowa, której przedmiotem jest dostawa produktów, zawarta między uniwersytetem będącym instytucją zamawiającą, który jest kontrolowany w dziedzinie nabywania produktów i usług przez niemiecki kraj związkowy, a przedsiębiorstwem prawa prywatnego posiadanych przez państwo federalne i niemieckie kraje związkowe, w tym przez rzeczony kraj związkowy, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu tego przepisu, a zatem powinna podlegać zasadom udzielania zamówień publicznych przewidzianym przez dyrektywę klasyczną. Analizując stan faktyczny Trybunał ocenił, że nie występuje żaden stosunek kontroli pomiędzy uniwersytetem – instytucją zamawiającą, a HIS – wykonawcą, bowiem uniwersytet nie posiada żadnych udziałów w kapitale tego podmiotu, ani prawnego przedstawiciela w jej organach kierowniczych,

²²² Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 68.

tym samym nie jest w stanie sprawować nad wykonawcą kontroli podobnej²²³. Przywołując wyrok w sprawie *Sea* Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że kontrola powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna. Co do zasady kontrola taka musi rozciągać się na całość działalności wykonawcy i nie może zostać ograniczona jedynie do segmentu zamówień. Jednostka *in-house* musi bowiem w istocie działać jako organ administracji publicznej, zaś ta ostatnia musi wywierać determinujący wpływ na strategiczne cele i ważne decyzje podmiotu przez nią kontrolowanego²²⁴. Kontrola sprawowana przez miasto Hamburg nad uniwersytetem dotyczyła jedynie części działalności uczelni, tzn. wyłącznie zamówienia, ale nie dziedziny badań i nauczania, w których jednostka naukowa dysponuje szeroką autonomią.

Zależność ekonomiczna to drugi warunek udzielenia zamówienia *in-house*. Ma ona miejsce, gdy kontrolowany podmiot wykonuje działalność gospodarczą w przeważającej mierze na rzecz zamawiającego. Zgodnie z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy 2014/24/UE ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno być prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub inne osoby prawne kontrolowane przez tę samą instytucję zamawiającą. Wykonywanie działalności na rzecz zamawiającego uzależnia zatem byt danej jednostki od realizacji umów zawartych z instytucją zamawiającą, które jednocześnie uniemożliwiają jej usamodzielnienie się poprzez uzyskiwanie zysków z działalności na rynku konkurencyjnym. Spełnienie powyższego warunku jest również równoznaczne z tym, że celem danej osoby prawnej nie jest prowadzenie działalności na rynku konkurencyjnym i korzystanie z uprzywilejowanej pozycji, a funkcjonuje jako oddział lub jednostka organizacyjna zamawiającego. Zaznaczyć jednak należy, że wystąpienie zależności ekonomicznej wyłącza całkowicie działalność rynkową danego podmiotu, którą uznać należy za dopuszczalną w wąskim zakresie, z uwagi na niemożliwość jej uniknięcia w przypadku przedsiębiorstw realizujących zadania gospodarcze może być nie do uniknięcia.

Trzecim warunkiem udzielenia zamówienia *in-house* jest natomiast zakaz występowania bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym

²²³ Wyr. TSUE z 8.5.2014 r., C-15/13 *Technische Universität Hamburg*, pkt 27-29.

²²⁴ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 90 i sentencja.

i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Jak wynika z orzecznictwa TSUE nawet znikomy udział kapitału prywatnego może wywierać ograniczający wpływ na kontrolę sprawowaną przez zamawiającego.

W wyroku *Stadt Halle* Trybunał wskazał, że zaproszenie do składania ofert nie jest obowiązkowe, mimo że kontrahent jest jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Może tak być w przypadku, gdy władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, sprawuje nad daną jednostką odrębną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy. Jednakże udziały, nawet mniejszościowe, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udziały należą również do danej instytucji zamawiającej wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami²²⁵. Trybunał podkreślał także, że związek pomiędzy organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca, i jej własnymi służbami określony jest względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega natomiast względom interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury²²⁶. W ocenie Trybunału udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania zainteresowanych, w szczególności dlatego, że taka procedura wiązałaby się z przewagą przedsiębiorstwa prywatnego obecnego w kapitale tego przedsiębiorstwa w stosunku do jego konkurentów.

Poza najbardziej klasyczną formą udzielania zamówień, czy też inaczej mówiąc formą współpracy horyzontalnej polegającej na zleceniu określonego zadania przez instytucję zamawiającą na rzecz tzw. podmiotu wewnętrznego, prawo unijne przewiduje również inne możliwości, o których mowa w art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Dotyczy to przypadku, w którym to podmiot wewnętrzny udziela zamówienia instytucji zamawiającej (instytucjom zamawiającym), które go kontrolują. Ponadto, możliwe jest

²²⁵ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49.

²²⁶ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 50.

również udzielanie zamówień przez jeden podmiot wewnętrzny na rzecz innego, kontrolowanego przez tę samą (te same) instytucję zamawiającą. Przewiduje to wyraźnie art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że nie są to rozwiązania nowe, w tym znaczeniu, że dopiero po przyjęciu dyrektywy 2014/24/UE takie możliwości zostały usankcjonowane w prawie unijnym. Stanowi to jedną z możliwych form współpracy publiczno-publicznej i należy ją traktować jako dopuszczoną na zasadach identycznych jak klasyczny model *in-house*, o którym wypowiadał się wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości. Nie chodzi w tym przypadku o konkretną formę współpracy, ale o zasady ogólne pozwalające je wyłączyć spod reżimu udzielania zamówień publicznych. Przypomnieć należy, że art. 12 dyrektywy 2014/24/UE odpowiada dotychczasowemu orzecznictwu TSUE i jest z nim zgodny, co wynika z przywoływanego już motywu 31 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

W dokumencie dotyczącym ogólnych ram współpracy publiczno-publicznej w odpowiedzi na postawione pytanie o możliwość i dopuszczalność z punktu widzenia prawa unijnego udzielenia zamówienia przez jednostkę kontrolowaną jednostce sprawującej kontrolę, Komisja Europejska wskazała, że jest to stosunek o charakterze „wewnętrznym”, dla którego aktualne pozostają tezy wynikające z orzeczenia w sprawie *Teckal*²²⁷. Stanowisko to zaprezentowano w dokumencie stanowiącym wyjaśnienia Komisji Europejskiej do projektu dyrektywy 2014/24/UE, które zostały przedstawione w trakcie prac legislacyjnych w ramach Rady Unii Europejskiej. Komisja Europejska stwierdza w dokumencie, że w stosunkach o charakterze *in-house* podstawą wyłączenia stosowania regulacji dotyczących zamówień publicznych jest fakt, że umowy pomiędzy takimi podmiotami zawierane są w ramach „grupy”, w której nie ma mowy o niezależności. Tym samym, dopóki w podmiocie kontrolującym nie ma udziałów żaden podmiot prywatny, dopóty logicznym wydaje się poddanie takiego stosunku zasadom analogicznym, jakie obowiązują dla „zwykłego” *in-house*, ponieważ podstawa wyłączenia jest identyczna. Co więcej, Komisja Europejska wskazywała, że odmienne traktowanie tych dwóch sytuacji wydaje się nadmiernie formalistyczne²²⁸. Taki też

²²⁷ Por. Dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”), SEC (2011) 1169 wersja ostateczna z 4.10.2011 r., s. 14 – zob. [online:] <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/?locale=pl>, dostęp: 27.3.2022 r.

²²⁸ Por. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 10: Scope, Brussels, 27.4.2012, 2011/0438 (COD), dokument Nr 9315/12, s. 33–34 – zob.

pogląd zdaje się dominować w literaturze²²⁹.

W ramach sprawowania „kontrolni analogicznej” uznano za dopuszczalną sytuację, w której kilka jednostek samorządu terytorialnego posiada udziały lub akcje w spółce, o ile pozostaje ona w całości własnością tych jednostek samorządu i nie mają w niej udziałów podmioty prywatne. W sytuacji gdy jest kilku udziałowców danej spółki, trudno mówić o tym, że którykolwiek z udziałowców sprawuje nad spółką „kontrolę analogiczną”. Nie jest nieodzowne, aby każda z tych jednostek sama posiadała indywidualne uprawnienia kontrolne w stosunku do tej spółki²³⁰. Konieczne jest jednak, aby każda z jednostek samorządu będąca udziałowcem spółki miała zagwarantowany udział w podejmowanych przez tę spółkę decyzjach dotyczących co najmniej jej zasadniczej działalności. Jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości, pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii 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 zgodnie z przepisami prawa unijnego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką²³¹.

Zdaniem rzecznika generalnego *Pedro Cruz Villalona*, dla celów wyjątku *in-house* zasadniczo pozostaje bez znaczenia, czy jednostka samorządu terytorialnego w spółce jest udziałowcem mniejszościowym, czy większościowym. Z kolei nie można mówić o zasadzie „braku znaczenia” w stosunku do pozycji możliwości sprawowania skutecznej kontroli nad działalnością spółki przez tę jednostkę samorządu terytorialnego. Przedstawiciele wskazani przez daną jednostkę samorządu terytorialnego powinni zatem

[online:] <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71292/20130913ATT71292EN.pdf>, dostęp: 21.3.2022 r.

²²⁹ J. Wiggen, *Public procurement law and public-public cooperation*, 2019, s. 228 i przywołana tam literatura: T. Bergmann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft*, s. 220–224; G. Dabringhausen, *Horizontale Inhouse-Geschäfte*; M. Dreher, *Das In-house-Geschäft*; M. Krajewski, N.M. Wethkamp, *Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben* oraz S. Storr, *Public-public-partnerships*.

²³⁰ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 63.

²³¹ Por. wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 31.

być członkami organów zarządzających spółki i ostatecznie brać czynny udział w podejmowaniu przez nią ważnych decyzji, co najmniej w sposób proporcjonalny do jej wpływu w ramach wszystkich jednostek samorządu terytorialnego, które wspólnie kontrolują spółkę²³². Przyjęcie odmiennego stanowiska skutkowałoby dużym niebezpieczeństwem obejścia prawa, ponieważ przyznano by podmiotom publicznym możliwość uniknięcia wymogów wynikających z przepisów o zamówieniach publicznych, poprzez posiadanie minimalnego udziału w kapitale oraz czysto formalne uczestnictwo w zarządzaniu i podejmowaniu decyzji spółki²³³. Jak wskazuje *Pedro Cruz Villalon*, udział w sprawowaniu kontroli, nawet jeśli jest sprawowany łącznie, musi być skuteczny, a porozumienie między akcjonariuszami, które wprowadza wyłącznie „kosmetyczne” lub symboliczne zmiany w organach zarządzających spółką, nie wydaje się wystarczające do zapewnienia takiej skuteczności²³⁴.

W wyroku z dnia 12 maja 2022 r., C-719/20²³⁵ Trybunał wypowiedział się również w zakresie zagadnienia spełnienia warunku „kontroli podobnej”, sprawowanej w następstwie połączenia przedsiębiorstw. Orzeczenie to zapadło w związku z powierzeniem przez gminę *Lerici* spółce *ACAM*, w trybie *in-house*, zarządzania zintegrowanym cyklem gospodarowania odpadami, a zarządzanie operacyjne tą usługą powierzono jej spółce zależnej, *ACAM Ambiente*. W dniu udzielenia tego zamówienia kapitał spółki *ACAM* należał w całości do niektórych gmin, w tym do gminy *Lerici*. W trakcie trwania umowy akcjonariusze spółki *ACAM* postanowili ogłosić przetarg w celu wyłonienia wykonawcy, z którym miała się połączyć. W wyniku przeprowadzonego postępowania spółka *IREN* nabyła wszystkie akcje spółki *ACAM*. Gminy, będące uprzednio akcjonariuszami spółki, nabyły odpowiadającą im część akcji spółki *IREN* w ramach podwyższenia kapitału rezerwowego tej spółki, natomiast gmina *Lerici* postanowiła wyrazić zgodę na wspomnianą powyżej umowę jedynie w zakresie, w jakim wiązała się ona ze zbyciem jej akcji w spółce *ACAM*. Prowincja *La Spezia*, posiadająca kompetencje do zarządzania usługami publicznymi w dziedzinie zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi dla gmin należących do jej

²³² Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z 19.7.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, EU:C:2012:494, pkt 64.

²³³ Por. R. Cavallo Perin, D. Casalini, *Control over In-house Providing Organisations*, 2009, s. 238.

²³⁴ Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z 19.7.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 65.

²³⁵ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune de Lerici* przeciwko *Provincia di la Spezia*, LEX nr 3341354.

właściwości terytorialnej, do której należy gmina *Lerici*, zatwierdziła aktualizację planu obszaru dotyczącego zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi prowincji, wyznaczając spółkę *ACAM Ambiente* jako podmiot zarządzający usługami na rzecz tej gminy, na podstawie zamówienia *in-house*. Skutkiem połączenia spółek było to, że usługa gospodarowania odpadami miejskimi gminy *Lerici*, która pierwotnie została powierzona, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, spółce *ACAM* jest obecnie powierzona spółce *IREN*, a za pośrednictwem spółki *IREN* – jej spółce zależnej *ACAM Ambiente*, przy czym gmina *Lerici* nie sprawowała takiej kontroli nad żadną z tych spółek. Nie tylko bowiem udziały w spółce *IREN* nabyte przez tę gminę były bardzo niewielkie, ale ponadto od chwili, gdy wspomniana gmina zbyła owe udziały, zniknął wszelki związek między ową gminą a spółką *IREN*²³⁶. Trybunał wskazał, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, spółce z kapitałem publicznym, nabycie tej spółki przez innego wykonawcę w okresie obowiązywania tego zamówienia może stanowić zmianę podstawowego warunku zamówienia wymagającego przeprowadzenia przetargu²³⁷. Mając na uwadze kryteria umożliwiające udzielenie zamówienia typu *in-house* Trybunał uznał, że spółki *IREN* nie można utożsamiać ze spółką o kapitale mieszanym, której właścicielem jest jednocześnie instytucja zamawiająca, choćby pośrednio, oraz podmiot wybrany przez tę instytucję w ramach przejrzystej i otwartej na konkurencję procedury w rozumieniu wyroku z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08, *Acoset*²³⁸. Spółka *IREN* nie była bowiem związana z gminą *Lerici* zarówno przed połączeniem ze spółką *ACAM*, jak i po tym, jak pozostałe gminy *Lerici* nabyły udziały w jej kapitale. Spółka *IREN* nie utrzymywała także z gminą *Lerici* stosunków, które umożliwiałyby uznanie, że warunki określone w art. 12 ust. 1 lub 2 dyrektywy 2014/24, zostały spełnione. W związku z tym Trybunał uznał, że postępowanie w zakresie przetargowego wybrania spółki *IREN* nie może w żadnym wypadku być uznane, za postępowanie o udzielenie zamówienia zgodne z wymogami przewidzianymi w dyrektywie 2014/24/UE, ponieważ spółka *IREN* była podmiotem niezwiązanym z gminą *Lerici* zarówno przed połączeniem ze spółką *ACAM*, jak i po tym, jak pozostałe gminy *Lerici* nabyły udziały w jej kapitale²³⁹.

²³⁶ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune di Lerici*, pkt 21.

²³⁷ Por. wyr. TSUE: z 6.4.2006 r., C-410/04 *ANAV*, pkt 30-32; a także z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 53.

²³⁸ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune di Lerici*, pkt 53.

²³⁹ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune di Lerici*, pkt 54.

W ocenie Trybunału przepis art. 12 dyrektywy 2014/24 nie mógł stanowić podstawy udzielenia przez prowincję *La Spezia* spółce *ACAM Ambiente* zamówienia publicznego na usługi bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, albowiem instytucja zamawiająca nie posiada udziału w kapitale spółki *IREN*, a zatem w kapitale spółki *ACAM Ambiente*, ani nie posiadania uprawnień kontrolnych nad tymi podmiotami²⁴⁰. Trybunał orzekł, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego, udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej, nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę organizacyjną w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą i nie posiada udziałów w kapitale tego wykonawcy²⁴¹.

Kolejną kategorią wyłączeń stosowania przepisów dyrektywy klasycznej, uprawniających do udzielenia zamówienia *in-house* są zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu przez grupę zamawiających. Prawodawca unijny sprecyzował warunek kontroli, wskazując że wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające muszą posiadać reprezentację w decyzyjnych organach osoby prawnej, nad którą sprawują kontrolę, przy czym niektórzy przedstawiciele mogą być reprezentantami niektórych lub wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Sprawowanie wspólnej kontroli umożliwia wpływanie na istotne decyzje oraz strategiczne cele danej jednostki. Ponadto kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Zgodnie z dotychczasowym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości, w sytuacji gdy liczne organy publiczne korzystają ze wspólnej jednostki w celu wypełniania wspólnych zadań w zakresie usług publicznych, rzeczywiście nie jest nieodzowne, aby każdy z tych organów sam posiadał indywidualne uprawnienia kontrolne w stosunku do tej jednostki, to sprawowana nad tą jednostką kontrola nie może opierać się na samych uprawnieniach kontrolnych organu publicznego posiadającego

²⁴⁰ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune di Lerici*, pkt 59.

²⁴¹ Wyr. TSUE z 12.5.2022 r., C-719/20, *Comune di Lerici*, pkt 62.

udział większościowy w kapitale danej jednostki, i to pod rygorem pozbawienia znaczenia samego pojęcia łącznej kontroli. Jedyne czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu ‘analogicznej kontroli’ nad tą jednostką²⁴².

Próba uporządkowania dotychczasowego orzecznictwa TSUE były postanowienia dyrektywy 2014/24/UE. Podstawę regulacji zawartej w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE stanowiły rozważania Trybunału zaprezentowane w sprawie *Coditel Brabant*²⁴³. Zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu w przypadku, gdy udziały w podmiocie wewnętrznym ma kilka jednostek, przyjmuje się, że przesłanka kontroli jest spełniona, gdy łącznie zachodzą następujące warunki:

- 1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich jednostek, przy czym poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować więcej niż jedną jednostkę;
- 2) wspomniane jednostki są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej;
- 3) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami jej udziałowców.

Pomimo podjęcia trudu regulacji w rzeczywistości to Trybunał w dalszym ciągu będzie rozstrzygał wątpliwości w zakresie dotyczącym kontroli sprawowanej nad jednostką, badając każdą ze spraw indywidualnie. Powyżej wskazane przesłanki, choć stanowią pewien postęp na drodze ku pewności prawa, są dalej tak generalne, że nie umożliwiają w jednoznaczny sposób oceny danego stanu faktycznego w prosty i przejrzysty sposób.

Odrębnym zagadnieniem od możliwości powierzenia realizacji zadania podmiotowi wewnętrznemu jest nawiązywanie współpracy między instytucjami zamawiającymi w celu wspólnej realizacji zadania²⁴⁴. Charakter takiej współpracy

²⁴² Wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 30-31, por. także: Wyr. TSUE z 21.7.2005 r., C-231/03, *Coname*, pkt 24.

²⁴³ Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA* przeciwko *Commune d’Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, ZOTSiS 2008, nr 11, poz. I-8457.

²⁴⁴ Por. B. Pirker, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de premiere instance. Chronique des arrêts. Arrêt „Commission c. Autriche et Commission c. Suède”*, Revue du droit de l’Union

powinien być przy tym rozpatrywany w świetle definicji zamówienia publicznego, szczególnie w związku z uwarunkowaniami prawa unijnego, w tym orzecznictwa TSUE. Z punktu widzenia Trybunału współpracę instytucji zamawiających powinno charakteryzować dążenie wszystkich zaangażowanych instytucji do wspólnego zapewnienia skutecznego wykonania określonego zadania w interesie publicznym. Za podstawę legitymizującą wyłączenie tej dziedziny z zakresu zastosowania regulacji dotyczących zamówień publicznych służy – podobnie jak ma to miejsce w przypadku współpracy wertykalnej – stwierdzenie, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych spoza własnych służb²⁴⁵. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości ta swoboda oznacza również możliwość współpracy z innymi jednostkami i łączenia w ten sposób własnych środków²⁴⁶. Na podstawie tej argumentacji Trybunał przyznał instytucjom zamawiającym również swobodę wyboru formy, w jakiej zamierzają współpracować przy wspólnym wykonywaniu zadań publicznych. Trybunał uzasadnił to, po pierwsze, formalnym argumentem, że brak jest przepisu prawa Unii, które nakazuje w tym względzie wykorzystanie określonej formy prawnej²⁴⁷. Po drugie, opierając się na wykładni celowościowej, wskazał na brak konieczności narzucania formy prawnej współpracy, jeżeli współpraca ta nie zakłóca konkurencji na wewnętrznym rynku zamówień publicznych poprzez preferowanie jednego przedsiębiorstwa prywatnego kosztem innych. Jednakże, jak już wskazywano, z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału, dotyczącego zamówień *in-house*, wywieść można kilka istotnych kryteriów, które muszą zostać spełnione łącznie. Trybunał Sprawiedliwości wyłącza zatem współpracę między instytucjami zamawiającymi z zakresu zastosowania zamówień publicznych, na podstawie następujących kryteriów:

- 1) wykonywanie wspólnego zadania, leżącego w interesie publicznym;
- 2) udział wyłącznie podmiotów publicznych, bez udziału podmiotów prywatnych;
- 3) działanie na podstawie umowy bądź w zinstytucjonalizowanej formie prawnej;
- 4) brak uprzywilejowania jakiegokolwiek przedsiębiorstwa prywatnego względem

européenne 2009 n° 2, s. 574; E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire*, s. 1542, którzy uważają, że w rzeczywistości mamy do czynienia z nowym – odrębnym od ustanowionego w orzeczeniu Teckal – wyjątkiem od stosowania regulacji dotyczących zamówień publicznych.

²⁴⁵ Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 48.

²⁴⁶ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 45.

²⁴⁷ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 47.

- jego konkurentów w związku z zawarciem rozpatrywanej umowy;
- 5) zgodność umowy z przepisami prawa zamówień publicznych²⁴⁸.

Podnosi się przy tym, że współpraca taka może być ukształtowana w różny sposób albo na podstawie instytucjonalnej poprzez stworzenie jednostki organizacyjnej (spółki), albo na podstawie umownej, poprzez zawarcie umowy o współpracę bądź umowy o wspólną realizację zadania w interesie publicznym²⁴⁹.

W orzeczeniu w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republique Fédérale de Belgique* Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do współpracy pomiędzy kilkoma jednostkami samorządu terytorialnego wykraczającej poza koncepcję zakładającą wykorzystywanie podmiotu wewnętrznego. W rozpatrywanej sprawie Trybunał ocenił, że umowa ustanawiająca współpracę pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego nie stanowi umowy o charakterze zamówienia publicznego lub koncesji, o ile jej przedmiotem jest wspólne zapewnienie wykonania zadania własnego tych jednostek. Trybunał wskazał przy tym, że umowa dotycząca współpracy międzygminnej nie prowadzi do przesunięć finansowych między jej stronami, innych niż odpowiadające zwrotowi części kosztów obciążających daną gminę w zamian za realizowane na jej potrzeby usługi²⁵⁰. Takie wspólne wykonanie zadania charakteryzuje się zaangażowaniem i wzajemnymi zobowiązaniami stron umowy i przyczynia się do powstania wzajemnych efektów synergii. Niekoniecznie oznacza to, że każda ze stron uczestniczy w faktycznym wykonaniu zadania w równym stopniu – współpraca może opierać się na podziale zadań. Przedmiotem takiej umowy powinna być zatem rzeczywista współpraca, inaczej niż w przypadku normalnego zamówienia publicznego, gdy jedna strona wykonuje pewne zadanie w zamian za określone wynagrodzenie. Nie mieści się w zakresie wyjątku sytuacja, w której jedna gmina powierza „swojemu” podmiotowi wewnętrznemu wykonanie zadania przypisanego innej gminie.

Istotne i charakterystyczne dla elementu współpracy jest również to, że nie powinna ona obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi

²⁴⁸ Por. Opinia Rzecznika Generalnego V. Trstenjak z 23.5.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento*, EU:C:2012:303, pkt 66.

²⁴⁹ Opinia Rzecznika Generalnego V. Trstenjak z 23.5.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento*, pkt 78 oraz przywołane tam stanowisko doktryny; J.D. Dreyfus, S. Rodrigues, *La coopération intercommunale confortée par la CJCE?*, *L'actualité juridique – droit administratif*, 2009, s. 1720.

²⁵⁰ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 47.

gminami, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów ponoszonych w związku z realizacją określonego zadania – niezależnie od tego, czy to zadanie będzie powierzane w formie konkurencyjnej partnerowi prywatnemu, czy też w formie bezpośredniej podmiotowi wewnętrznemu kontrolowanemu przez jedną lub kilka gmin – stron umowy współpracy²⁵¹. Wskazuje się przy tym, że nie chodzi tu o brak jakichkolwiek przepływów finansowych, ale o to, by ograniczały się one do kosztów i opłat faktycznie poniesionych w celu świadczenia usługi i nie zakładały marży lub innej formy osiągnięcia zysku w stosunkach wewnętrznych pomiędzy współpracującymi podmiotami²⁵².

Udzielenie zamówienia *in-house* jest możliwe także w przypadku zawarcia umowy wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi. Na tę możliwość Trybunał wskazywał uwagę już w 2013 r., w wyroku wydanym w sprawie C-386/11 *Piepen Dienstleistungen GmbH & Co. KG* przeciwko *Kreis Düren*. Trybunał orzekł, że zasady zawarte w prawie Unii dotyczącym zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, w sytuacji gdy żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie, a stronami umowy są wyłącznie podmioty publiczne²⁵³. Powyższa reguła nie ma jednak zastosowania w przypadku, gdy umowa, mocą której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać poniesionym kosztom przy realizacji tego zadania, przy czym druga jednostka ponadto jest uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, ewentualnie posiadających zdolność funkcjonowania na rynku, w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18²⁵⁴. Stanowisko Trybunału uznać

²⁵¹ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 43 – na ten temat szerzej: R. Williams, *Public-Public Cooperation*, s. 1 i n.

²⁵² Por. Opinia Rzecznika Generalnego P. Mengozziego z 23.1.2014 r., C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, EU:C:2014:23, pkt 65-66.

²⁵³ Wyr. TSUE z 13.6.2013 r., C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*, pkt 37; por. także: wyr. TSUE z 19.12.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, pkt 35.

²⁵⁴ Wyr. TSUE z 13.6.2013 r., C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*, pkt 41.

należy za uzasadnione bowiem treść umowy umożliwiała instytucjom zamawiającym skorzystanie ze wsparcia podmiotów trzecich, w tym uczestniczących w obrocie rynkowym, a więc mogłoby wpłynąć na konkurencję na danym rynku.

Jednolite stanowisko Trybunału Sprawiedliwości również w tym zakresie stanowiło źródło wprowadzenia opisanych wyżej zasad do przepisów prawa wtórnego. Skodyfikowanie dotychczasowego orzecznictwa TSUE w tym zakresie znalazło swój wyraz w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- 1) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- 2) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym;
- 3) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

Co prawda nie ma tu mowy o finansowym aspekcie takiej współpracy, ale niewątpliwie będzie ona ograniczona do przywołanego już w orzecznictwie zwrotu kosztów, tak aby nie okazało się, że współpraca taka może stanowić źródło dochodów dla któregośkolwiek z jej uczestników. Współpraca horyzontalna nie dotyczy wyłącznie podmiotów czysto publicznych, ale w ogóle współpracy instytucji zamawiających. Tym samym, z punktu widzenia dyrektywy 2014/24/UE nie ma przeszkód, aby instytucje zamawiające, takie jak podmioty prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy, które mogą mieć udział kapitału prywatnego, mogły skorzystać z wyłączenia dotyczącego współpracy horyzontalnej. W związku z tym, w przypadku gdy wszystkie inne warunki związane ze współpracą horyzontalną zostały spełnione, wyłączenie dotyczące takiej współpracy może mieć zastosowanie do takich instytucji zamawiających, gdy umowę zawiera się wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi²⁵⁵.

Nie sposób pominąć, iż instytucje zamawiające podejmują próby obchodzenia

²⁵⁵ Zob. motyw 32 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

przepisów dyrektywy 2014/24/UE, które polegają na wprowadzeniu zmian w strukturze kontrolowanej osoby prawnej poprzez sprzedaż udziałów. Na praktykę tą zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-29/04. Orzeczenie to zapadło w sprawie, w której umowę o zamówienie publiczne zawarto pomiędzy zamawiającym, a utworzoną przez niego spółką. Trybunał uznał, bowiem, że zamawiający za pomocą sztucznej konstrukcji składającej się z odrębnych etapów – utworzenia spółki, zawarcia z nią umowy o usuwanie odpadów, a następnie sprzedaży 49% udziałów spółce *Saubermacher* – udzielił zamówienia publicznego spółce z kapitałem mieszanym, w której 49% udziałów należy do prywatnego przedsiębiorstwa²⁵⁶. W konsekwencji w ocenie Trybunału, w przypadku gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę pod tytułem odpłatnym dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych przewidziane w tej dyrektywie powinny być zawsze stosowane²⁵⁷.

Dodatkowo zwrócić uwagę należy na praktyczny aspekt normy art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, która nie wymaga posiadania osobowości prawnej przez podmiot zależny. Ustawodawca unijny jako adresata normy wskazuje „osobę prywatną” lub „publiczną”. Biorąc pod uwagę aspekt celowościowy wprowadzenie wymogu posiadania przez podmiot zależny określonej osobowości prawnej doprowadziłoby do zbędnego ograniczenia grona wykonawców, uprawnionych do otrzymania bezpośredniego zamówienia. Element „osobowości” zawarty w omawianej regulacji dyrektywy klasycznej w rzeczywistości eksponuje odrębność podmiotu zależnego od instytucji zamawiającej. Przyjęcie odmiennej wykładni doprowadziłoby do sytuacji, w której odróżnienie podmiotu zależnego od jednostki organizacyjnej instytucji zamawiającego byłoby niemożliwe, a w konsekwencji nie byłoby podstaw do zastosowania trybu *in-house*. Ponadto rozwiązanie to umożliwia udzielenie bezpośrednio zamówienia również instytucji nieposiadającej pełnej zdolności prawnej, a więc tzw. ułomnej osobie prawnej, przy spełnieniu przesłanek przewidzianych w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE oraz jeśli prawo krajowe nie przewiduje w tym zakresie dodatkowych

²⁵⁶ Wyr. TSUE z 10.11.2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 40.

²⁵⁷ Wyr. TSUE z 10.11.2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 49, por. także: wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 52.

wymogów. Treść art. 12 dyrektywy 2014/24/UE umożliwia bowiem uregulowanie trybu *in-house* przez normy prawa krajowego w sposób bardziej restrykcyjny niż przyjęty w dyrektywie. Tym samym prawo krajowe może przewidywać wymagania w zakresie osobowości prawnej podmiotu zależnego. Rozwiązanie takie będzie pozostawać zgodne z dyrektywą klasyczną, ale może stanowić zagrożenie ograniczenia kręgu podmiotów zależnych, w stosunku do których możliwe jest zastosowanie procedury *in-house*. Państwa członkowskie mogą zatem przyjąć rozwiązania sprzyjające rozszerzeniu zakresu rynku zamówień publicznych²⁵⁸.

Przechodząc do przesłanek zastosowania zamówień *in-house* w polskim porządku prawnym, na wstępie należy wskazać, że Polska tak jak pozostałe państwa członkowskie Unii Europejskiej, stała przed obowiązkiem poprawnej i terminowej implementacji nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, w tym dyrektywy 2014/24/UE. Pod rządami dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE zamówień *in-house* dotyczył art. 4 pkt 13 ZamPublU, który przed dniem 28 lipca 2016 r. wyłączał z obowiązku stosowania ZamPublU2004 zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) zasadnicza część 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, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 FinPublU.

Należy jednak wyjaśnić, że omawiany przepis był ograniczony wyłącznie do umów pomiędzy organem założycielskim instytucji gospodarki budżetowej, a tą instytucją. Z powyższego wynika zatem, że przepisy ZamPublU2004 nie przewidywały wprost wyłączenia spod obowiązku stosowania ustawy dla zamówień udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania zadań użyteczności

²⁵⁸ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ...*, LEX/el.

publicznej. Niemniej jednak przed 28 lipca 2016 r. takie świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych mogły pozostawać poza reżimem prawa zamówień publicznych, przy uwzględnieniu dorobku orzecznictwa TSUE, o czym świadczyły chociażby opinie Prezesa UZP, w tym opinia pt. „Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych”²⁵⁹ czy opinia z 2012 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego²⁶⁰, w której Prezes UZP odwoływał się do wyroku NSA z 11.8.2005 r., II GSK 105/05, wskazując, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych utworzonemu przez tę jednostkę podmiotowi (spółdzielni socjalnej) powołanemu w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ZamPublU2004 i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Ponadto w opinii z 2016 r. pt. „Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ZamPublU)”²⁶¹ Prezes UZP również odwołał się do orzecznictwa Trybunału prezentując sposób zastosowania przepisu art. 4 pkt 13 ZamPublU2004. Mając na względzie poczynione powyżej rozważania podkreślić należy, że przed wejściem w życie ZmZamPublU16, zawarcie przez jednostkę samorządu terytorialnego odpłatnej umowy z odrębnym podmiotem (wyposażonym w przymiot osobowości prawnej), której przedmiot stanowi nabycie usług, dostaw lub robót budowlanych, było kwalifikowane jako zamówienie publiczne. Należy ocenić, że instytucji zamawiającej pozostawała zatem możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem odrębnym na podstawie przesłanek określonych

²⁵⁹ Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/wykonywanie-zadan-wlasnych-przez-jednostki-samorzadu-terytorialnego-a-obowiazek-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>, dostęp: 20.4.2022 r.

²⁶⁰ Udzielanie zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/udzielanie-zamowien-publicznych-spoldzielniom-socjalnym-przez-tworzace-je-jednostki-samorzadu-terytorialnego>, dostęp: 20.4.2022 r.

²⁶¹ Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ZamPublU) – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robotebudowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/udzielanie-zamowien-instytucji-gospodarki-budzetowej-przez-organ-wladzy-publicznej-wykonujacy-funkcje-organu-zalozycielskiego-tej-instytucji-art.-4-pkt-13-ustawy-pzp>, dostęp: 20.4.2022 r.

w orzecznictwie TSUE przy jednoczesnym braku regulacji prawnych zawartych w dyrektywach i wdrażających je przepisach prawa krajowego. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zastosowanie zamówień *in-house* w obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. reżimie prawnym, o ile w ogóle możliwe w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego i ich spółek, mogło mieć charakter absolutnie wyjątkowy.

Wraz z wejściem w życie pakietu unijnych dyrektyw zamówieniowych, w którego skład wchodziła dyrektywa 2014/24/UE, określony został termin dla państw członkowskich Unii Europejskiej na implementację przedmiotowych przepisów. Decyzją prawodawcy unijnej dyrektywy miały być implementowane do porządków krajowych najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. Z uwagi na brak definicji zamówień *in-house* w dyrektywach oraz zasadę zgodnie z którą dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków, do krajowego ustawodawcy należał wybór, czy dyrektywa zostanie implementowana bezpośrednio, czy z pewnymi ograniczeniami co do jej treści. Najistotniejszą kwestią w procesie implementacji dyrektyw, w zakresie dotyczącym zamówień *in-house*, było ustalenie czy zamówienia te mają się znaleźć w systemie zamówień publicznych, czy też całkowicie z nich wyłączone. Zauważyć jednak należy, iż regulacje unijne dotyczące procedury *in-house* nie mają obligatoryjnego charakteru, decyzja co do ich implementacji pozostaje w gestii samych państw członkowskich. Decyzyjność państw członkowskich dotyczy zarówno samego wdrożenia tego trybu, jak i dokładnego określenia przesłanek jego zastosowania. Z uwagi jednak na fakt, iż procedura *in-house* jest wyjątkiem od ogólnych reguł postępowania, możliwość udzielenia zamówienia publicznego nieopublikowanego publikacją ogłoszenia musi być ograniczona zaistnieniem szczególnych przesłanek, których interpretacja powinna być zawężająca. Odmienne założenie może zagrażać naruszeniu fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady konkurencji²⁶². Stanowisko takie było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie TSUE, w tym także w opiniach rzeczników generalnych. Na przykład rzecznik generalny P. Madura w sprawie C-250/07 wskazywał, że udzielenie zamówienia bez wcześniejszego ogłoszenia o przetargu może wiązać się ze szkodą nie tylko dla potencjalnych oferentów, lecz także dla obywateli, którzy poprzez

²⁶² A. Hryc-Ląd, A. Smerd, *Tryby negocjacyjne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 167-168.

podatki finansują udzielenie zamówienia, oraz może zakłócać konkurencyjny charakter sektora zamówień publicznych, umniejszając skuteczność traktatowych zasad dotyczących wspólnotowych podstawowych swobód. Z tego też powodu przepis, który pozwala zamawiającemu organowi na odstępstwo od zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, powinien być skonstruowany w sposób ścisły²⁶³. Przejrzystość jest wymogiem pierwotnego prawa wspólnotowego i wiąże się przynajmniej z pewnymi ogłoszeniami. Ogłaszanie jest ważne z dwóch powodów: po pierwsze, potencjalni oferenci są informowani o istnieniu możliwości handlowej, co z kolei może doprowadzić do zwiększenia konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie, ponieważ zwiększa się prawdopodobieństwo złożenia większej ilości ofert; po drugie, ogłaszanie stanowi ochronę przed stronniczością i korupcją, ponieważ umożliwia kontrolę procedury przetargowej²⁶⁴. W orzecznictwie TSUE przejrzystość jest związana z zasadą niedyskryminacji i jest postrzegana jako mechanizm zapewniający zgodność z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego²⁶⁵.

3.2. Ewolucja przesłanek zamówień *in-house* w polskim porządku prawnym

Po wejściu w życie ZmZamPublU16 w polskim systemie zamówień publicznych zamówienia *in-house* zostały uregulowane w art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 (wyłączenia przedmiotowe) oraz w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ZamPublU2004 (zamówienia w trybie z wolnej ręki). Należy wskazać, że polski prawodawca, nie dokonując wyłączenia zamówień *in-house* (z wyjątkiem art. 4 ust. 13 ZamPublU2004), uznał te zamówienia za zamówienia publiczne, mimo że nie są one zamówieniami na gruncie prawa Unii. Należy również wskazać, że taka regulacja wykluczała możliwość wystąpienia przypadku jednoczesnego zaistnienia podstawy z art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 i podstaw z art. 67

²⁶³ Opinia Rzecznika Generalnego P. Madura, z 17.12.2008 r., C-250/07, *Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2008:734, pkt 12.

²⁶⁴ Obowiązek przejrzystości został wyraźnie nałożony na organy zamawiające przez nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych. Artykuł 2 dyrektywy dotyczącej „sektora publicznego” [dyrektywa 2004/18/WE] oraz art. 10 dyrektywy dotyczącej sektora użyteczności publicznej [dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z 31.3.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. WE L 2004 Nr 134, s. 1 ze zm.)] stanowi, że podmioty zamawiające „działają w sposób przejrzysty”.

²⁶⁵ Zob. m.in. wyroki: z 18.11.1999 r., C-275/98, *Unitron Scandinavia* i 3-S, ECLI: EU:C:1999:567, pkt 31; z 18.10.2001 r., C-19/00, *SIAC Construction*, ECLI:EU:C:2001:553, pkt 41; z 19.6.2008 r., C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 113.

ust. 1 pkt 12–15 ZamPublU2004, bowiem przepis art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 dotyczył zamówień publicznych udzielanych przez organ założycielski instytucji gospodarki budżetowej, która nie ma osobowości prawnej i podlega kontroli organu założycielskiego.

Zgodnie z art. 4 pkt 13 ZamPublU2004 ustawy nie stosowało 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 FinPublU.

Przechodząc do rozważań dotyczących zamówień *in-house* realizowanych w trybie zamówień z wolnej ręki na wstępie zwrócić uwagę, że prawodawca unijny wskazuje tylko na jeden rodzaj procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. W polskim porządku prawnym procedura ta została rozdzielona przez ustawodawcę na dwa oddzielne tryby, tj. negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki. Zamówienia z wolnej ręki były w poprzednio obowiązującym porządku prawnym uregulowane w art. 66–68 ZamPublU2004. Należy przy tym wskazać, że stosowanie trybu z wolnej ręki powinno mieć charakter wyjątkowy²⁶⁶. Przepis art. 67 ust. 1 ZamPublU2004 przewidywał 16 przesłanek, których zaistnienie warunkowało możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Ustawodawca w omawianym przepisie określił katalog przesłanek, które stanowiły tzw. katalog zamknięty. Ponadto należy wskazać, że dokonując implementacji dyrektywy 2014/24/UE polski prawodawca ograniczył instytucje zamawiające mogące stosować zamówienia *in-house* do jednostek sektora finansów publicznych, innych niż jednostek sektora finansów publicznych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, osób

²⁶⁶ Tak m.in. wyr. SN z 6.7.2001 r., III RN 16/01, OSNAPiUS 2001, Nr 22, poz. 657; wyr. KIO z 31.10.2019 r., KIO 1833/19, Legalis nr 2256741; wyr. KIO z 16.7.2013 r., KIO 1560/13, Legalis nr 741593.

prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym po spełnieniu warunków wynikających z w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, ZamPublU2004, oraz związków tych podmiotów, jak również podniósł próg, od którego działalność kontrolowanej osoby prawnej wykonywanej na rzecz zamawiającego jest uważana za przeważającą, z 80 na 90%.

W przepisach ZamPublU zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (tzw. mały *in-house*) uregulowane zostały w art. 10 ust. 2 pkt 3 ZamPublU. Z kolei zamówienia *in-house* udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki – w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU. Treść art. 10 ust. 2 pkt 3 ZamPublU jest analogiczna jak art. 4 pkt 13 ZamPublU2004, ustawodawca nie dokonał w przedmiotowym wyłączeniu żadnej zmiany. Natomiast przepisy art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU nie modyfikują dozwolonych modeli *in-house*, jak również treści przesłanek charakteryzujących poszczególne z nich, ujętych uprzednio w art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ZamPublU2004. W przepisach ZamPublU ustawodawca doprecyzował jedynie, że przesłanki skorzystania z zamówień *in-house* udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki muszą być spełnione przez cały okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej w oparciu o warunki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU. Dodatkowo zobowiązał instytucje zamawiające do zamieszczenia w BZP ogłoszenia o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2²⁶⁷. Ponadto wymaganie procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, nie będzie spełnione, jeżeli reorganizacja działalności opisanej w art. 214 ust. 6 ZamPublU zostanie przeprowadzona dla pozorów. Ustawodawca w ramach ZamPublU wprowadził także podział podmiotów obowiązanych do stosowania ustawy na: zamawiających publicznych (art. 4 ZamPublU), zamawiających sektorowych (art. 5 ZamPublU) oraz zamawiających subsydiowanych (art. 5 ZamPublU).

W katalogu zamawiających publicznych wyróżnia się instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE oraz zamawiających sektorowych, których utożsamia się z podmiotami zamawiającymi, o których mowa w art. 4 dyrektywy

²⁶⁷ Art. 214 ust. 4 ZamPublU.

2014/24/UE. Zamawiający subsydiowani to z kolei podmioty udzielające zamówień dofinansowanych w ponad 50% przez zamawiających publicznych i których szacunkowa wartość przekracza progi unijne, jeżeli przedmiotem zamówień są roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej oraz dotyczące niektórych rodzajów obiektów lub budynków użyteczności publicznej, a także związane z nimi usługi²⁶⁸. Zmiana ta ma jednak charakter porządkujący i nie wprowadza modyfikacji do podmiotowego zakresu reżimu zamówień publicznych (w tym również w zakresie zastosowania zamówień *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki). Ustawodawca zastrzegł również, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 ZamPublU, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia²⁶⁹.

Zamówienia *in-house* polegają w istocie na powierzeniu zadań przez instytucje zamawiające własnej jednostce organizacyjnej, wykonywanym w imieniu własnym oraz na jej rachunek. Stosowanie trybu z wolnej ręki powinno mieć zatem charakter wyjątkowy²⁷⁰, a przed jego udzieleniem instytucja zamawiająca powinna zweryfikować, czy brak podmiotu konkurencyjnego nie wystąpił wskutek sztucznego ograniczenia specyfikacji przedmiotu zamówienia lub czy przedmiot ten nie może zostać zastąpiony poprzez inne rozwiązanie, umożliwiające przeprowadzenie postępowania w trybie przetargowym, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji²⁷¹. Dominantą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki nie może być wcześniej nawiązany pomiędzy stronami stosunek zobowiązaniowy. Okoliczność zawarcia umów, na podstawie których instytucja zamawiająca korzystała wcześniej z usług danego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym, nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na tożsamą usługę²⁷². Stanowisko to pozostaje spójne z motywem 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, w której podkreślano, że procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach. Wyjątki te powinny ograniczać się do przypadków, gdy publikacja

²⁶⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624.

²⁶⁹ Art. 214 ust. 9 ZamPublU.

²⁷⁰ Wyrok SN z 6.7.2001 r., III RN 16/01, OSNAPiUS 2001, Nr 22, poz. 657; wyrok KIO z 31.10.2019 r., KIO 1833/19, Legalis nr 2256741; wyr. KIO z 16.7.2013 r., KIO 1560/13, Legalis nr 741593.

²⁷¹ J. Pieróg, *Prawo ...*, komentarz do art. 67.

²⁷² Uchw. KIO z 7.4.2009 r., KIO/KD 8/09, Legalis nr 749250.

ogłoszenia nie jest możliwa z racji wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać, albo gdy od początku jasne jest, że publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, zwłaszcza wtedy, gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie. Tak jest w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozdzielnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła. Wyłącznie może również wynikać z innych przyczyn, ale jedynie obiektywne sytuacje wyłączności mogą uzasadnić zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji, gdy sytuacja ta nie została stworzona przez samą instytucję zamawiającą z myślą o przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU ustawodawca uregulował tzw. zamówienia *in-house* klasyczne, określając przesłanki ich udzielenia w trybie wolnej ręki. W myśl przywołanego przepisu zamawiający, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, 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. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU, jako podstawę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, tak jak art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zawiera przesłanki spełniające wymogi tzw. „*tecal test*”. Należy jednak ponownie podkreślić, że polski ustawodawca wprowadza surowsze wymagania od prawodawcy unijnego. Działalność uboczna osoby prawnej może wynosić wyłącznie 10%, a nie 20% jak wymaga ustawodawca unijny. Ponadto, jak słusznie wskazuje H. Nowicki,

zmodyfikowano również ograniczone występowanie kapitału prywatnego przez wyeliminowanie bezpośredniego udziału takiego kapitału w kapitale osoby prawnej, której będzie powierzane zamówienie publiczne²⁷³.

Pierwszym z warunków koniecznych do udzielenia klasycznego zamówienia *in-house* jest sprawowanie przez zamawiającego nad osobą prawną, której ma zostać udzielone zamówienie, kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami (art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ZamPublU). Kontrola sprawowana nad własnymi jednostkami to kontrola jednostek utworzonych w ramach struktury podmiotu, nie będących odrębnymi osobami prawnymi. Jednostka własna podlega podporządkowaniu organowi stanowiącemu dany podmiot i działa na podstawie ustanowionego przez niego aktu, takiego jak status czy decyzja. Zazwyczaj akty te przyznają danej jednostce kompetencje kontrolne, które polegają na:

- 1) możliwość zaznajomienia się z bieżącym funkcjonowaniem jednostki podległej (kontrolowanej) bez uprawniania do wytyczania działań;
- 2) udzielanie niewiążących wskazówek dla jednostki podległej (kontrolowanej);
- 3) udzielanie wiążących wytycznych lub poleceń w zakresie funkcjonowania jednostki.

Ustawodawca na gruncie ZamPublU sprecyzował, że kontrola, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU, ma polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej. W doktrynie podnosi się, iż redakcja omawianego przepisu może budzić wątpliwości, czy dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami danej osoby prawnej to jedynie jeden z przejawów sprawowania przez zamawiającego nad osobą prawną kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, a fakt sprawowania kontroli może być wykazany poprzez inne jej znamiona, czy też dominujący wpływ zamawiającego na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami danej osoby prawnej stanowi warunek *sine qua non* sprawowania kontroli²⁷⁴. Mając na względzie treść przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU, należy przychylić się do stanowiska zgodnie z którym dominujący wpływ

²⁷³ H. Nowicki, *Nowe regulacje prawne w zakresie zamówień i koncesji in-house*, (w:) M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.*, Katowice 2017, s. 161.

²⁷⁴ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo ...*, kom. do art. 67.

zamawiającego na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami danej osoby prawnej stanowi warunek *sine qua non* sprawowania kontroli. Powyższe stanowisko potwierdza treść art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Z kolei zaś zakres sprawowania kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami powinien być interpretowany z uwzględnieniem dorobku orzeczniczego TSUE. W zaprezentowanym we wcześniejszej części dysertacji orzeczeniu w sprawie *Parking Brixen*, Trybunał zwracał uwagę na aspekty, które należy badać, ustalając stopień kontroli i zależności pomiędzy jednostką zamawiającą a podległą jej osobą prawną. We wskazanym wyroku wyraźnie akcentowano nie tylko aspekt właścicielski, wynikający z posiadania udziałów albo akcji w kapitale zakładowym, lecz także stopień autonomii organu zarządzającego, w także w przypadku gdyby był on całkowicie wyłaniany przez organy władzy samorządowej²⁷⁵. Trybunał wskazywał w uzasadnieniu tego wyroku, że dla ustalenia odpowiedniego stopnia zależności pomiędzy instytucją zamawiającą a jej osobą prawną niezbędne jest istnienie podległości o intensywniejszym charakterze niż wynikająca z wykonywania uprawnień wspólnika czy akcjonariusza. Powinien być to wpływ zarówno na cele strategiczne funkcjonowania danej osoby prawnej, jak i na inne ważne decyzje podmiotu podległego. Kontrola analogiczna sprawowana przez instytucje zamawiającą powinna cechować się skutecznością, strukturalnością i funkcjonalnością²⁷⁶, a swoim zakresem obejmować wszystkie cele statutowe kontrolowanej osoby prawnej, nie ograniczając się jedynie do fragmentu kompetencji²⁷⁷.

Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-340/04 uznał, że nie jest możliwe zastosowanie trybu *in-house* w zamówieniu na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, w stosunku do spółki akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościamiw akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca²⁷⁸. Orzeczenie to

²⁷⁵ Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 68, 70 i 72.

²⁷⁶ Wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁷⁷ Wyr. TSUE z 8.5.2014 r., C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg*, pkt 18 i 32.

²⁷⁸ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 47.

zapadło na gruncie stanu faktycznego, w którym gmina *Busto Arsizio* udzieliła zamówienia bezpośrednio spółce AGESP. Stosunek zależności pomiędzy AGESP a gminą *Busto Arsizio* wynikał natomiast z faktu, że ta ostatnia posiada 99,98% kapitału zakładowego spółki *AGESP Holding*, która z kolei posiada 100% kapitału zakładowego spółki *AGESP*. Kapitał zakładowy spółki był zatem objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem była z kolei instytucja zamawiająca. Pomimo bardzo jasnych powiązań kapitałowych możliwość bezpośredniego zlecenia została wykluczona. TSUE w orzecznictwie wskazywał, że okoliczność, iż instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać (w sposób jednak nieprzesadzający), że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami w rozumieniu wyroku w sprawie *Teckal*²⁷⁹. Brak możliwości utożsamienia posiadania całości kapitału zakładowego ze sprawowaniem nad osobą prawną kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami wynika z faktu, iż Trybunał konsekwentnie wyrażał pogląd, że „analogiczna kontrola” istnieje dopiero wówczas, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje²⁸⁰. W wyroku w sprawie *Komisja Europejska przeciwko Włochom* wskazano, że instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką²⁸¹. Mając na względzie dotychczasowy dorobek orzecniczy TSUE, należy przyjąć, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. Przy czym wpływ na cele strategiczne nie powinien być utożsamiany z formalnym brakiem autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz rozumiany jako możliwość oddziaływania na nią poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Dla przykładu

²⁷⁹ Tak np. Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 36, 38-40, 47 oraz pkt 1 sentencji.

²⁸⁰ Wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 27-31, 33 i sentencja.

²⁸¹ Wyr. TSUE z 17.7.2008 r., C-371/05, *Komisja Wspólnot Europejskich*.

przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to natomiast konieczność uzgadniania, w tym także w postaci zgód korporacyjnych, czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną²⁸².

Ocena istnienia kontroli nad osobą prawną powinna jednak uwzględniać fakt, iż nie jest to kontrola identyczna z kontrolą nad własnymi jednostkami, lecz jedynie analogiczna. Nie chodzi zatem o identyczne mechanizmy decyzyjne, lecz o istnienie w relacji pomiędzy zamawiającym a daną osobą prawną takiego instrumentarium organizacyjno-prawnego, którego zastosowanie doprowadzi do takiego samego efektu w sferze zarządczej jak kierowanie własnymi wydziałami. Ponadto należy wskazać, że warunek sprawowania kontroli nad osobą prawną, której ma być udzielone zamówienie *in-house*, jest również spełniony, gdy opisywaną kontrolę sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób jak opisany w treści art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ZamPublU. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku, gdy gmina powoła zakład wodociągów i kanalizacji, w którego statucie określi uprawnienie do tworzenia spółek córek w zakresie powierzenia wykonywania części działalności statutowej.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że dzięki omawianej regulacji istnieje możliwość udzielania zamówień wewnętrznych w ramach rozbudowanych struktur organizacyjnych tworzonych przez zamawiających. Należy jednak wskazać, iż uprawnienie do udzielania zamówień *in-house* wykonawcy, który podlega pośredniej kontroli zamawiającego, wymaga istnienia na każdym szczeblu ww. struktury zależności dającej prawo do sprawowania kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Pojęcie „wywierania dominującego wpływu”, na gruncie art. 214 ZamPublU rozumieć należy natomiast jako decydowanie według swej woli o realizacji kompetencji innej osoby prawnej lub jej

²⁸² Wyr. KIO z 22.6.2021 r., KIO 731/21, Legalis nr 2594408.

organu²⁸³. Wymóg sprawowania kontroli analogicznej do tej sprawowanej nad własnymi jednostkami pojmować zatem należy jako najszerszy zakres kontroli, dopuszczany przez prawo, sprawowany nad jednostką danego podmiotu. Pojęcie kontroli analogicznej nie może być interpretowane jednak rozszerzająco, ani utożsamiane z nadzorem. Jak wskazywał bowiem Trybunał Sprawiedliwości każdy wyłączenie stosowania przepisów prawa zamówień publicznych jako wyjątek podlega w rezultacie wykładni zawężającej²⁸⁴.

Drugim warunkiem umożliwiającym udzielenie zamówienia *in-house*, ujętym w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ZamPublU, jest wymóg wykonywania przez kontrolowaną osobę prawną, ponad 90% działalności w zakresie zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę. Do obliczania procentu działalności, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia²⁸⁵. W przypadku natomiast, 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, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych²⁸⁶. Taki przypadek może mieć miejsce na przykład w sytuacji, gdy zamawiający (gmina) postanawia założyć nową spółkę komunalną. W tych okolicznościach na zamawiającym lub na nowo utworzonym podmiocie ciąży obowiązek wykazania wiarygodnej prognozy handlowej. Zauważyć należy, że użycie przez ustawodawcę przymiotnika „wiarygodna” zobowiązuje podmiot do przygotowania rzetelnych prognoz handlowych, niebudzących wątpliwości co do zaprezentowanych w nich wyników. Z uwagi na fakt, iż ustawodawca nie wyznacza w tym zakresie żadnych szczególnych sposobów ich sporządzania za zasadne uznać należy zastosowanie standardowych metod ekonomicznych, w których badaniu poddaje się zazwyczaj podaż i popyt na dane usługi. Wymaganie procentu działalności, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa powyżej, została przeprowadzona dla pozoru²⁸⁷.

²⁸³ Dominacja, w: Słownik Języka Polskiego – zob. [online:] <http://sjp.pwn.pl/sjp/dominacja;2555328>, dostęp: 23.4.2022 r.; por. art. 214 ZamPublU.

²⁸⁴ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 46.

²⁸⁵ Art. 214 ust. 5 ZamPublU.

²⁸⁶ Art. 214 ust. 6 ZamPublU.

²⁸⁷ Art. 214 ust. 7 ZamPublU.

Kryterium to ma istotne znaczenie dla zachowania uczciwej konkurencji na rynku. Pomimo unormowania powyżej zaprezentowanych sposobów weryfikacji kryterium „ponad 90%” nierzadko w praktyce występują problemy z ich zastosowaniem, w rozwiązaniu których pomocne staje się orzecznictwo. Przykładowo wskazać można, przywoływaną już sprawę C-340/04, w której to Trybunał Sprawiedliwości uznał że: „*przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (...), tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter jakościowy i ilościowy*”²⁸⁸.

Istotne znaczenie dla spełnienia omawianego warunku ma zakres działalności danego podmiotu. Literalne brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ZamPublU przemawia za uznaniem, iż ustalając spełnienie warunku procentowego uwzględnić należy całość aktywności danej jednostki, bez podziału na konkretne segmenty działalności. Powyższe założenie znajduje odzwierciedlenie w art. 214 ust. 5 ZamPublU, z którego wprost wynika, że uwzględnić należy średni przychód w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych. Wymienienie tych obszarów przy użyciu współnika „lub” uprawnia dany podmiot do wykonywania przez dany podmiot różnego rodzaju działalności. Jako przykład wskazać można spółkę, która w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi świadczy 30% działalności na rzecz zamawiającego, a 70% w branży budowlanej. Całość działalności wykonywana jest jednak na rzecz jednego zamawiającego, sprawującego kontrolę nad daną jednostką, a więc spełniona zostaje przesłanka „ponad 90%”. Można również postawić tezę, iż warunek „ponad 90%” powinien dotyczyć określonego skonkretyzowanego rodzaju działalności (usługi) na rzecz instytucji zamawiającej, będącej przedmiotem planowanego zamówienia *in-house*, nie zaś odnosić się do całej działalności spółki. Jako przykład przywołać można relacje pomiędzy zamawiającym kontrolującym podmiot, świadczący na jego rzecz usług z zakresu utrzymania zieleni. W tym przypadku udzielenie zamówienia *in-house* w zakresie utrzymania zieleni będzie możliwe, jeśli 90% aktywności spółki koncentruje się w tym zakresie. Również literalne brzmienie art. 214 ust. 5-7 ZamPublU przemawia za uznaniem, że każdorazowo należy weryfikować warunek spełnienia „ponad 90%” do każdego rodzaju usług, czy dostaw,

²⁸⁸ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 63 i 64.

a nie w ogólności do całego spectrum działalności danej osoby prawnej. Spełnienie powyższej przesłanki jest możliwe tylko i wyłącznie w przypadku zaangażowania wyłącznie na rzecz instytucji zamawiającej lub kontrolowanej przez niego osoby prawnej. Powyższe wynika z konieczności uwzględnienia podziału zadań z zakresu użyteczności publicznej oraz działalności o charakterze komercyjnym. W obliczaniu spełnienia warunku procentu działalności uwzględniać należy bowiem usługi, dostawy lub roboty stanowiące realizację zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego²⁸⁹. W związku z powyższym wyróżnić można następujące sposoby obliczania procentu działalności na rzecz instytucji zamawiającej:

- 1) uwzględniając całość działalności wykonawcy (suma aktywności z zakresu gospodarkami odpadami oraz inwestycji budowlanych, prowadzonych na rzecz zamawiającego);
- 2) uwzględniając jedynie zadania użyteczności publicznej powierzonych jako zadania własne JST (budownictwo socjalne z zakresu szeroko pojętego budownictwa);
- 3) uwzględniając dany obszar działalności (gospodarka odpadami)²⁹⁰.

Przyjęty sposób obliczania zakresu działalności na rzecz zamawiającego ma kluczowe znaczenie, bowiem od niego uzależniona jest możliwość skorzystania z procedury *in-house*, ale także wybór wariantu oddziałującego na konkurencję w danym obszarze gospodarki.

Warto zwrócić uwagę, iż przesłanka udziału w działalności (ponad 90%) nie została ograniczona przez ustawodawcę terytorialnie, a więc jeśli 92% działalności usług świadczonych jest na rzecz gminy, będącej właścicielem spółki komunalnej, a 8% pochodzi z przetargów lub umów zawieranych na wolnym rynku to występuje możliwość zawarcia zamówienia z zastosowaniem procedury *in-house*. Jeśli jedynie 85% świadczone by na rzecz gminy, a pozostałą część na wolnym rynku to brak jest podstaw do zastosowania procedury *in-house*. Również nie ziszcza się przesłanki do zastosowania bezprzetargowego trybu nawet jeśli 60% działalności spółka komunalna wykonywała na rzecz instytucji zamawiającej na terenie własnej gminy (100% działalności na tym obszarze), a 40% na terenie innych gmin.

²⁸⁹ Wyr. KIO z 4.10.2019 r., KIO 1842/19, Legalis nr 2256750.

²⁹⁰ J. Pawelec (red.), *Zamówienia in-house ...*, s. 52.

Kolejną przesłanką umożliwiającą zastosowanie trybu *in-house* jest zakaz bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Warunek ten oznacza, że podmiot założycielski lub wspólnik osoby prawnej nie może być podmiotem prawa prywatnego. Zakazu udziału kapitału prywatnego, nie stosuje się jednak do:

- 1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z PartPublPrywU – wynika to z trybu wyłonienia partnera, do którego dochodzi poprzez stosowania ZamPublU, lub
- 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, w przypadku prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu – przy czym udział pracowników nie może mieć charakteru kontrolującego i wstrzymującego²⁹¹.

W orzecznictwie TSUE wskazywano, że udział choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by ta instytucja zamawiająca mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, gdyż udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega względem interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury niż cele leżące w interesie publicznym²⁹².

Zauważyć także należy, iż w ZamPublU legislator wyszczególnił odrębnie przesłanki, umożliwiające zastosowanie trybu *in-house*: odwróconego, horyzontalnego oraz wspólnego. Przesłanki te w dużej części pozostają tożsame do warunków przewidzianych dla stosowania klasycznej procedury *in-house*. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU dozwolony jest tryb zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego innemu zamawiającemu, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego (*in-house* odwrócony), jeżeli spełnione są następujące warunki:

²⁹¹ Art. 214 ust. 8 ZamPublU.

²⁹² Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49; wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 30.

- a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienie 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 podmiocie zamawiającym i w podmiocie zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Dodatkowo zgodnie z dyspozycją art. 214 ust. 1 pkt 13 ZamPublU tryb zamówienia z wolnej ręki może być stosowany, gdy zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, osobie prawnej (*in-house* horyzontalny), jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, 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.

Również w przypadku, gdy umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi (*in-house* wspólny), zastosowani znajdzie tryb zamówienia z wolnej ręki, jeżeli – zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU – spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym;
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Reasumując, zagadnienie współpracy publiczno-publicznej stanowi jeden z istotnych elementów prawnej rzeczywistości zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich. Jak podkreślał prawodawca unijny w motywie 31 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, istniała znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości było interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne było doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie będą podlegać obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Dalej w tym zakresie w motywie 31 podkreślano, że wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału. Można zatem uznać, że dyrektywa 2014/24/UE nie tyle wprowadziła nowe, niewynikające z orzecznictwa warunki dla określenia możliwego zakresu współpracy publiczno-publicznej nieobjętej zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE, ile raczej skodyfikowała pewien fragment rzeczywistości prawnej kształtowanej przez orzecznictwo Trybunału. Należy mieć przy tym na uwadze, iż TSUE traktuje współpracę publiczno-publiczną jako wyjątek od zasad ogólnych dotyczących stosowania konkurencyjnych procedur przetargowych, a obowiązek wykazania spełnienia przesłanek spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tej

okoliczności określone skutki prawne (tj. powierza wykonanie zadania bezpośrednio). Na gruncie polskiego porządku prawnego ustawodawca korzystając z przyznanej mu autonomii decyzyjnej w zakresie implementacji dyrektywy klasycznej nie wyłączył zamówień typu *in-house* spod reżimu stosowania przepisów ZamPublU, wyodrębniając je jako jeden z trybów udzielania zamówień z wolnej ręki. Ponadto zdecydował się na ograniczenie kręgu instytucji zamawiających uprawnionych do zastosowania zamówienia *in-house* do jednostek sektora finansów publicznych, innych niż jednostek sektora finansów publicznych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym oraz związków tych podmiotów, jak również podniósł próg, od którego działalność kontrolowanej osoby prawnej wykonywanej na rzecz zamawiającego jest uważana za przeważającą do 90%.

3.3. Rodzaje zamówień *in-house*

Na podstawie przeprowadzonej dotychczas analizy należy przejść do następnego zagadnienia, mającego podstawowe znaczenie dla przedmiotu rozprawy, jakim są rodzaje zamówień *in-house*. Wyróżnia się następujące rodzaje zamówień zaliczanych do zamówień *in-house* lub zamówień podobnych do zamówień *in-house*, które to posiadają swoje odpowiedniki w stosownych postanowieniach art. 12 dyrektywy 2014/24/UE:

- 1) klasyczny (typowy) *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU), gdy zamawiający udziela zamówienia kontrolowanemu;
- 2) odwrócony *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU), gdy kontrolowany udziela zamówienia zamawiającemu;
- 3) siostrzany *in-house* (horyzontalne zamówienie *in-house*) (art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU), gdy kontrolowany udziela zamówienia innemu kontrolowanemu;
- 4) zamówienie udzielane kontrolowanemu przez kilku zamawiających (zamówienie wspólne, zamówienie przy wspólnej kontroli) (art. 214 ust. 1 pkt 13 ZamPublU);
- 5) umowa zawierana pomiędzy zamawiającymi (partnerstwo publiczno-publiczne) (art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU).

Klasyczne zamówienie *in-house* jest zamówieniem publicznym udzielanym przez instytucję zamawiającą podmiotowi prawa prywatnego lub publicznego, który jest od niego zależny (kontrolowany). W literaturze przedmiotu określany jest również jako tzw. *in-house* wertykalny²⁹³ czy też „typowe zamówienia *in-house*”²⁹⁴. Udzielenie klasycznego zamówienia *in-house* jest możliwe w dwóch przypadkach: na rzecz wykonawcy kontrolowanego przez zamawiającego (kontrola bezpośrednia) lub przez osobę prawną kontrolowaną przez zamawiającego, jeżeli osoba ta jednocześnie kontroluje wykonawcę (pośredni charakter wykonywanej kontroli). Kontrola może mieć różnoraki charakter organizacyjny, finansowy lub osobowy. Kontrola ta jednak musi wypełniać wymogi określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ZamPublU, a więc polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami zależnej osoby prawnej.

Przypominając, wskazać należy, iż warunki jego udzielenia określa art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU (stanowiący implementację art. 12 dyrektywy 2014/24/UE). Przesłanki zastosowania tego trybu mają *stricte* podmiotowy charakter, bowiem krąg instytucji zamawiających został ograniczony wyłącznie do:

- 1) jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) innych niż określone w pkt 1 państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej;
- 3) innych niż określone w pkt 1 osób prawnych, utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

²⁹³ J. Jagoda, *Porozumienia międzygminne a wykonywanie zadań w trybie zamówienia in-house*, ST 2019, Nr 6, s. 61–71.

²⁹⁴ M. Maźwa, *Zamówienia in-house – przesłanki stosowania i procedura udzielania*, LEX/el.

4) związków podmiotów, o których mowa powyżej.

Wykonawcą zamówienia może być natomiast osoba prawna, którą zgodnie z definicją zawartą w art. 33 KC jest Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Tym samym tryb ten nie ma zastosowania do osobowych spółek komunalnych²⁹⁵, bowiem ustawodawca wyraźnie ograniczył krąg wykonawców wyłącznie do spółek kapitałowych²⁹⁶. Zgodnie z regulacjami zawartymi w tzw. ustawach samorządowych osobami prawnymi są jednostki samorządu terytorialnego (art. 2 SamGminU, art. 2 ust. 2 SamPowiatU, art. 6 ust. 2 SamWojU). Osobami prawnymi są także niektóre jednostki sektora finansów publicznych, spółki prawa handlowego tworzone przez JST na podstawie przepisów szczególnych, a ponadto związki gmin oraz związki powiatów (art. 65 ust. 2 SamGminU oraz art. 66 ust. 2 SamPowiatU). W praktyce jednak klasyczny *in-house* nie jest stosowany do udzielania zamówień Skarbowi Państwa i jednostkom samorządu terytorialnego (gmina, powiat, województwo), bowiem podlegają one wyłączeniu spod zastosowania ZamPublU. Zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 3 ZamPublU ustawy 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:

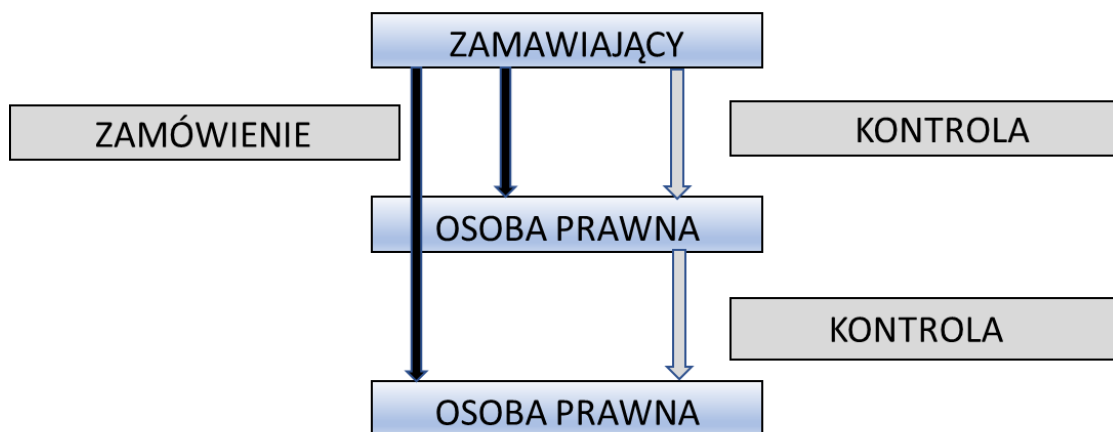
²⁹⁵ W doktrynie prawa istnieje spór w kwestii oceny tworzenia przez gminę spółek osobowych. Zob. S. Czarnow, *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Rejent” 1998/1, s. 60; A. Kidyba, *Spółki jako forma gospodarki komunalnej. Zagadnienia wybrane* (w:) Polska lat osiemdziesiątych. Przepisy państwa i prawa, Lublin 1997, s. 345; M. Ciepela, Status prawny gminy jako komandytariusza, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001/4, s. 19; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 22. Zakaz tworzenia przez gminę spółek osobowych nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Ponadto, art. 10 GospKomU posługuje się pojęciem spółek prawa handlowego, natomiast art. 9 ust. 1 GospKomU stanowi, że jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne. Jeżeli celem ustawodawcy byłoby ograniczenie form organizacyjno-prawnych prowadzenia działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej przez gminy, to wprowadziłby w ustawy o gospodarce komunalnej lub ustawie o samorządzie gminnym odpowiednie przepisy, tak jak to miało miejsce w zakresie tworzenia spółek do realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego. Uchylony art. 9 ust. 2 GospKomU stanowił, że jednostki samorządu terytorialnego mogły tworzyć spółki komandytowe lub komandytowo-akcyjne do realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego; zob. M. Biliński, W. Gonet, H. Wolska, *Gospodarka komunalna. Problematyka realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2020, s. 52.

²⁹⁶ Zaznaczyć należy, że instytucja *in-house* wprowadzona do prawa zamówień publicznych 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. Jednostka samorządu terytorialnego, wykonując zadania własne w formie własnej jednostki organizacyjnej lub w formie utworzonej przez siebie spółki, działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów Prawa zamówień publicznych.

- 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 organizacyjnymi 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 FinPublU.

Udzielenie zamówienia najczęściej nastąpi na rzecz spółek kapitałowych, instytucji kultury oraz osób prawnych tworzonych na podstawie ustaw szczególnych. Zaznaczyć przy tym należy, iż przepisy ustawy należy pojmować w ten sposób, że uprawnienie do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki własnym podmiotom prawnym aktualizuje się jedynie, gdy normy kompetencyjne lub ustrojowe umożliwiają danemu zamawiającemu tworzenie takich osób.

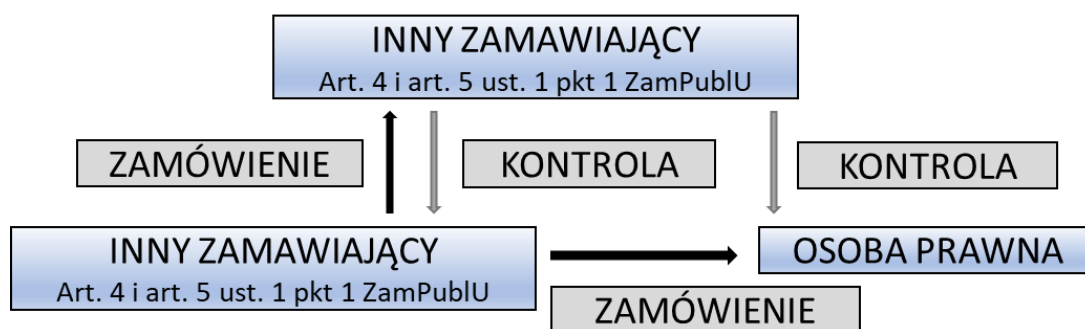
Tryb klasycznych zamówień *in-house* nie przewiduje żadnych warunków przedmiotowych, zatem spełnienie przesłanek podmiotowych umożliwia zastosowanie bezprzetargowego trybu udzielenia zamówienia na usługi, dostawy lub roboty budowlane.



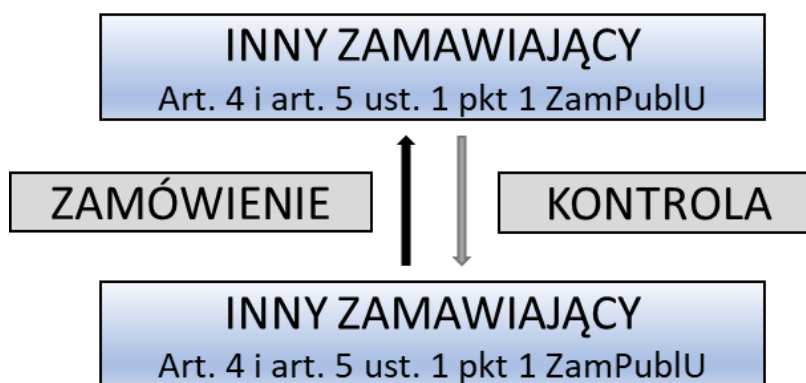
Schemat 1. Klasyczny model zamówienia *in-house* (opracowanie własne)

W art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU uregulowano dwa kolejne rodzaje zamówień typu *in-house*: *in-house* odwrócony oraz siostrzany (zwany także horyzontalnym)²⁹⁷. Regulacja ta umożliwia udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego.

In-house odwrócony występuje zatem w sytuacji, gdy zamówienie udzielane jest przez kontrolowane osoby prawne zamawiającym, którzy je kontrolują. Jako przykład zamówienia *in-house* odwróconego można wskazać udzielane zamówienia przez spółkę komunalną na rzecz gminy (lub zakładu budżetowego gminy).



Schemat 2. Model 1 odwróconego zamówienia *in-house* (opracowanie własne)



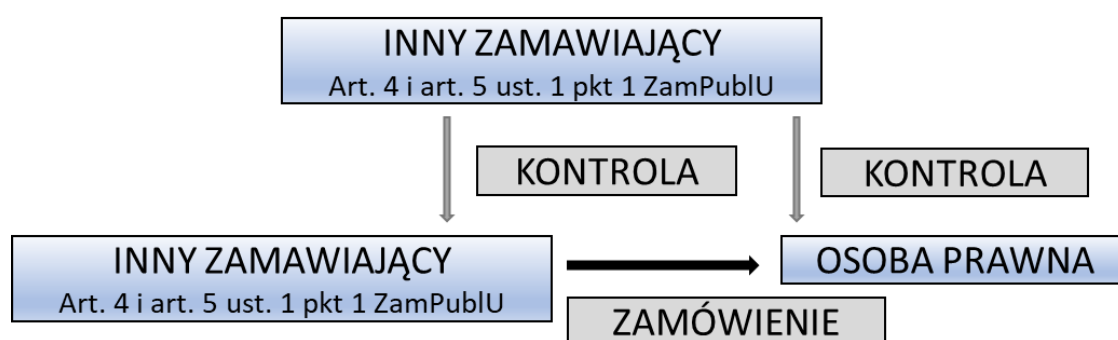
Schemat 3. Model 2 odwróconego zamówienia *in-house* (opracowanie własne)

²⁹⁷ M. Maźwa, *Zamówienia in-house...*, LEX/el.

Horyzontalne zamówienie *in-house* dotyczy zamówienia udzielanego osobie kontrolowanej przez inną osobę prawną, ale również kontrolowaną przez tego samego zamawiającego. Tryb ten podobny jest do odwróconego zamówienia *in-house*, ale różnica pomiędzy nimi polega na udzielaniu zamówienia innej osobie prawnej – a nie zamawiającemu sprawującemu kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia – która tak jak zamawiający udzielający zamówienia również podlega kontroli tego samego zamawiającego. Przykładem tego rodzaju zamówienia może być umowa pomiędzy spółkami komunalnymi, kontrolowanymi przez tą samą gminę.

Wykonawcą tego rodzaju zamówień mogą zatem wyłącznie podmioty posiadające status zamawiającego, zgodnie z art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU. Dodatkowo zauważyć należy, iż zarówno podmiot kontrolowany (zamawiający), jak i podmiot sprawujący nad nim kontrolę (potencjalny wykonawca) nie muszą być osobami prawnymi. W praktyce oznacza to, że tryb ten może zostać zastosowany przez jednostki sektora finansów publicznych, które nie posiadają osobowości prawnej (jednostki budżetowe), przy spełnieniu pozostałych przesłanek.

Omawiane instytucje są zasadniczo zbliżone do klasycznego zamówienia *in-house*, bowiem – poza warunkami podmiotowymi, wyszczególnionymi powyżej – pozostałe przesłanki (procentowy udział w działalności, zakaz udziału kapitału prywatnego) są analogiczne do klasycznego zamówienia *in-house*.



Schemat 4. Model horyzontalnego zamówienia *in-house* (opracowanie własne)

Kolejnym rodzajem zamówień typu *in-house* są zamówienia wspólne. Koncepcja wspólnego zamówienia *in-house* została wypracowana w orzecznictwie TSUE, w którym wskazywano że „gdy liczne organy publiczne jako instytucje zamawiające tworzą

wspólnie jednostkę odpowiedzialną za wypełnianie ich zadań w zakresie usług publicznych lub gdy organ publiczny przystępuje do takiej jednostki, ustanowiony w orzecznictwie Trybunału warunek, wedle którego aby organy te były zwolnione ze spoczywającego na nich obowiązku zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami prawa Unii, muszą one łącznie sprawować nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli, jaką sprawują nad swymi własnymi służbami, jest spełniony, jeżeli każdy z tych organów uczestniczy zarówno w kapitale rzeczonyj jednostki, jak też w jej organach kierowniczych”²⁹⁸.

Grupa tych zamówień dotyczy zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU oraz wykonawców – wyłącznie osób prawnych (tak jak w *in-house* klasycznym), kontrolowanych wspólnie przez zamawiających (art. 214 ust. 1 pkt 13 ZamPublU). Wspólna kontrola sprawowana nad osobą prawną ma natomiast miejsce, wtedy gdy spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego;
- b) uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej;
- c) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

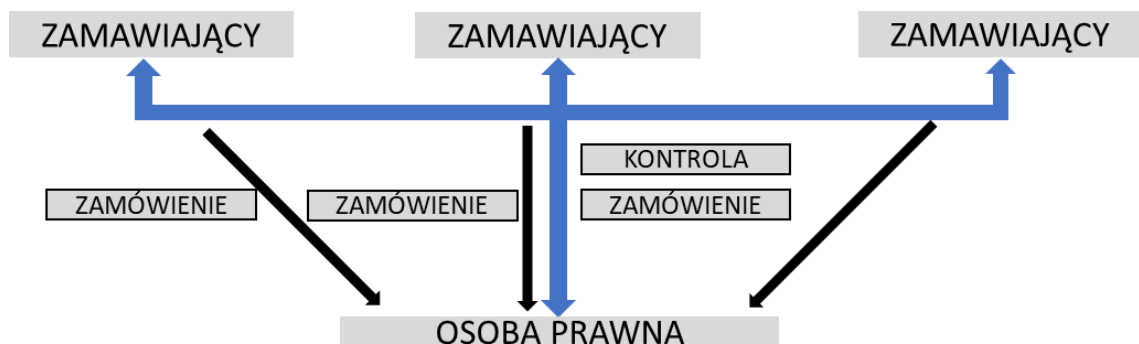
Każda instytucja zamawiająca, sprawująca wspólną kontrolę, musi decydująco wpływać na działalność wykonawcy. Weryfikując podstawy zastosowania łącznej procedury *in-house* należy uwzględnić rzeczywisty układ sił w danym podmiocie. W przypadku spółek kapitałowych wyłącznie nominalny udział w kapitale spółki może okazać się niewystarczający dla spełnienia przesłanki kontroli. Przyjęty model współpracy w danym podmiocie może minimalizować nominalną przewagę kapitału nad współnikami mniejszościowymi poprzez wprowadzenie odpowiedniej kwalifikowanej większości głosów przy podejmowaniu kluczowych decyzji²⁹⁹.

²⁹⁸ Wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 33.

²⁹⁹ T. Płonka (w:) *Vademecum wójta, burmistrza, prezydenta*, Z. Jerzmanowski (red.), Warszawa 2018, s. 272.

Zamówienia wspólne polegają na udzieleniu zamówienia przez zamawiającego na rzecz osoby prawnej wspólnie z innymi zamawiającymi. Zatem istotną kwestią są wspólne cele, potrzeby oraz oczekiwania instytucji zamawiających, w zakresie będącym przedmiotem danego zamówienia.

Pozostałe przesłanki (procentowy udział w działalności, zakaz udziału kapitału prywatnego) są analogiczne do klasycznego zamówienia *in-house*. Nie sposób nie zauważyć, iż instytucja ta w największym stopniu podobna jest do klasycznego zamówienia *in-house*. Przykładem podmiotu, któremu możliwe jest udzielenie zamówienia *in-house* wspólnego jest spółka międzygminna. Jeśli natomiast kilka gmin ma zamiar udzielić wspólnie zamówienia na rzecz własnej spółki, w pierwszej kolejności w drodze uchwały powinny powołać związek międzygminny posiadający osobowość prawną, posiadający legitymację do utworzenia spółki zależnej, uprawnionej do wykonywania zadań z zakresu użyteczności publicznej.



Schemat 5. Model wspólnego zamówienia *in-house* (opracowanie własne)

Piątym rodzajem zamówień *in-house* jest partnerstwo publiczno-publiczne, nawiązywane bez powoływania nowego podmiotu w celu realizacji wspólnych zadań³⁰⁰. Zgodnie z motywem 33 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności zastosowania konkretnej formy prawnej, taka współpraca może zaś obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub

³⁰⁰ J. Jagoda, *Porozumienia międzygminne...*, s. 61–71.

przyjętych przez te instytucje, takich jak obowiązkowe lub dobrowolne zadania władz lokalnych lub regionalnych lub usługi powierzone konkretnym organom na mocy prawa publicznego.

We wskazanym powyżej modelu umowa może być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

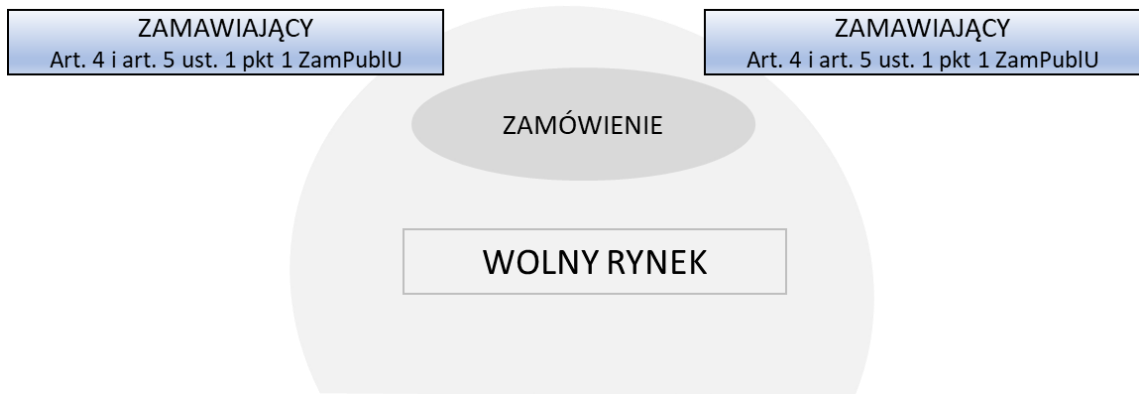
- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym;
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy³⁰¹.

Współpraca publiczno-publiczna jest nawiązaniem współpracy między zamawiającymi, na podstawie wzajemnej umowy, która może mieć dwustronny lub wielostronny charakter. Współpraca ta nawiązywana jest w celu zapewnienia usług publicznych, które zamawiający są obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów. Podstawą nawiązania współpracy powinno być wspólne działanie zamawiających w interesie publicznym. Zamawiający muszą być zatem podmiotami realizującymi zadania publiczne. Warunek ten nie zostanie spełniony w przypadku powołania nowego podmiotu utworzonego do realizacji danego zadania publicznego. Współpraca ta nie powinna mieć komercyjnego charakteru, o czym przesądza warunek wykonywania przez zamawiających mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy publiczno-publicznej, na otwartym rynku. Działalność na wolnym rynku obejmuje swym zakresem również zadania dotyczące usług publicznych, lecz zleconych w ramach konkurencyjnych trybów postępowania.

Współpraca publiczno-publiczna może być zatem nawiązana pomiędzy dwoma gminami, dysponującymi jedynie samorządowymi zakładami budżetowymi lub realizującymi zadania poprzez podmioty, niebędące spółkami kapitałowymi, a więc nieposiadającymi osobowości prawnej. Zastosowanie powyższego trybu uzasadnione mogłoby być również dla realizacji zadań bez angażowania przez zamawiających

³⁰¹ Art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU.

podmiotów zależnych. Jako przykład mogłaby posłużyć nawiązanie współpracy pomiędzy niewielkimi gminami wiejskimi, które nie posiadają rozwiniętej struktury wewnętrznej oraz spółek komunalnych, co uniemożliwiłoby im realizację zadań użyteczności publicznej w ramach własnych struktur³⁰².



Schemat 6. Model współpracy publiczno-publicznej (opracowanie własne)

³⁰² J. Pawelec (red.), *Zamówienia in-house w praktyce...*, s. 46-47.

4. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówień *in-house* na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych

Dyrektywa 2014/24/UE, choć przewiduje, iż państwa członkowskie nie muszą stosować postanowień dyrektywy w stosunku do zamówień *in-house*, to zamówienia dokonywane pomiędzy podmiotami powiązаныmi, skategoryzowane w jej art. 12, są nadal zamówieniami publicznymi w rozumieniu prawa UE i podlegają prawu pierwotnemu, a wobec tego powinny być udzielane z poszanowaniem zasad wspólnego rynku. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w dyrektywie 2014/24/UE zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług (art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE). Jak już wskazywano w niniejszym rozdziale, polski ustawodawca dokonując implementacji dyrektywy 2014/24/UE przyjął, że zamawiający będzie mógł udzielać zamówienia *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki. Takie rozwiązanie, z jednej strony, zapewnia możliwość bezprzetargowego udzielania zamówień, a z drugiej strony, pozwala na szerszą kontrolę decyzji zamawiającego o bezpośrednim udzieleniu zamówień podmiotowi zależnemu. Zamówienia *in-house* udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowią zatem wyjątek od ogólnej zasady prymatu trybów przetargowych, co wiąże się z koniecznością ścisłej wykładni przesłanek zastosowania tego trybu.

Ustawodawca w art. 213 ZamPublU zdefiniował pojęcie zamówienia z wolnej ręki, a także przewidział możliwość przekazania przez zamawiającego do publikacji UPUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z zastrzeżeniem przepisu art. 216 ust. 1 ZamPublU, który dotyczy zamówień *in-house*. Ogłoszenie to ma charakter fakultatywny i jest instytucją charakterystyczną dla trybu udzielania zamówień z wolnej ręki. W literaturze przedmiotu określane jest jako ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*³⁰³ czy też ogłoszenie *ex ante*³⁰⁴. Podkreślić należy, że upublicznienie zamiaru zawarcia umowy może uchronić zamawiającego przed unieważnieniem zawartej umowy. Ustawodawca na gruncie ZamPublU odstąpił od obowiązku zawiadamiania Prezesa UZP

³⁰³ M. Mażwa, *Zamówienia ...*, LEX/el.

³⁰⁴ R. Cieślak, *W pierwszych tygodniach funkcjonowania*, zob. [online:] <https://www.monitorzamowien.pl/artukul/w-pierwszych-tygodniach-funkcjonowania>, dostęp: 25.10.2020 r.

o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (por. art. 67 ust. 2 ZamPublU2004)³⁰⁵. Na marginesie, powyższą zmianę należy ocenić negatywnie. W mojej ocenie zasadne byłoby wprowadzenie do ZamPublU regulacji odpowiadającej przepisowi art. 67 ust. 2 ZamPublU2004 z jednoczesnym przyznaniem odpowiednich uprawnień kontrolnych Prezesowi UZP. Taka regulacja przyczyniłaby się już na tym etapie postępowania do skutecznej kontroli przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Udzielenie zamówienia *in-house* w trybie z wolnej ręki powinno być poprzedzone odpowiednim przygotowaniem i analizami, których sporządzenie pozostaje po stronie zamawiającego. W niniejszym podrozdziale zostaną omówione czynności związane z przeprowadzeniem postępowania według systematyki określonej ZamPublU.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Oznacza to, że wykluczone jest prowadzenie negocjacji z kilkoma wykonawcami jednocześnie. Jest to jedyny niekonkurencyjny tryb udzielenia zamówienia publicznego przewidziany przez ZamPublU. W omawianym trybie zamawiający nie dokonuje wyboru najkorzystniejszej z porównywanych ofert. Ustawodawca nie przewidział również konieczności składania oferty przez wykonawcę w celu podjęcia negocjacji. Natomiast obowiązkowym elementem omawianego trybu jest prowadzenie rzetelnych negocjacji tylko z jednym wykonawcą³⁰⁶. W przypadku gdy zamawiający nie dojdzie do porozumienia z danym wykonawcą, rozpoczyna kolejne negocjacje z kolejnym wykonawcą, o ile rzecz jasna więcej niż jeden wykonawca może wykonać zamówienie. Zamówienie z wolnej ręki jest trybem jednoetapowym. Wszczęcie postępowania następuje wskutek zaproszenia wybranego wykonawcy (art. 130 ust. 1 pkt 2 ZamPublU). Negocjacje mogą dotyczyć wszelkich aspektów wykonania zamówienia, w tym kwestii finansowych, technologicznych, prawnych, podatkowych czy też organizacyjnych. Negocjacje prowadzone są aż do osiągnięcia porozumienia co do wszystkich postanowień umowy. Efektem negocjacji powinno być zawarcie umowy o zamówienie publiczne w formie pisemnej, przy czym zawarcie umowy nie jest elementem postępowania. W przypadku

³⁰⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 3624.

³⁰⁶ Por. uchw. KIO z 4.10.2012 r., KIO/KD 81/12, Legalis nr 750257.

gdy strony negocjacji nie dojdą do porozumienia, postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 255 pkt 8 ZamPublU.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe jest wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 214 ZamPublU. W przypadku zamówień sektorowych zamówienie może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki po spełnieniu przesłanek z art. 388 ZamPublU. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki określone są zaś w art. 415 ust. 2 ZamPublU.

Decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ ZamPublU, w tym art. 214 ust. 1 i n. takiego obowiązku nie przewiduje. Co istotne w wyroku z dnia 7 lutego 2017 r., KIO 96/17, KIO nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców, że zainteresowanie zamówieniem przez inne podmioty (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówienia *in-house*, bo prowadziłyby to do naruszenia konkurencji³⁰⁷.

Podkreślić należy, że ZamPublU nie określa szczegółowo przebiegu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, pozostawiając tym zakresie swobodę zamawiającym, co jest zgodne z przepisami dyrektyw unijnych, które nie zawierają przepisów określających sposób postępowania w tym trybie. Na gruncie prawa Unii odpowiednikiem trybu zamówienia z wolnej ręki jest procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji (art. 32 dyrektywy 2014/24/UE).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy dokonywane jest w celu publicznego poinformowania o prowadzonym postępowaniu, przy czym ma charakter fakultatywny. Powyższe umożliwia wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej na wybór trybu postępowania. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy powinno zawierać dane identyfikujące zamawiającego i zaproszonego wykonawcę oraz przedmiot zamówienia, uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy przekazuje się do publikacji w Dz.Urz. UE po wszczęciu postępowania, tj. po zaproszeniu wykonawcy do negocjacji³⁰⁸. Brak ogłoszenia o udzieleniu zamówienia

³⁰⁷ Wyr. KIO z 7.2.2017 r., KIO 96/17, Legalis nr 1587388.

³⁰⁸ Por. wyr. KIO z 29.4.2010 r., KIO 533/10 – zob. [online:] www.uzp.gov.pl, dostęp: 25.5.2021 r.

publicznego bądź też brak uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki skutkuje wydłużeniem terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej do 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (art. 515 ust. 4 pkt 1 i 2 ZamPublU).

Objęcie reżimem ZamPublU zamówień typu *in-house* powoduje, że na zamawiającym spoczywają jednak dodatkowe obowiązki związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których nie posiadałby przy przyjęciu rozwiązania wynikającego z dyrektyw. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki wymaga bowiem przeprowadzenia procedury właściwej dla tego trybu postępowania, a więc oszacowania wartości szacunkowej zamówienia, uzasadnienia możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie przesłanek wskazanych w art. 214 ZamPublU, opracowania zaproszenia do negocjacji określającego informacje niezbędne do przeprowadzenia negocjacji, w tym istotnych postanowień umownych, ogólnych warunków umowy lub wzoru umowy. *Novum* na gruncie ZamPublU jest obligatoryjne opublikowanie ogłoszenia w BZP w celu wykazania spełniania okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU. Zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o spełnianiu przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ZamPublU.

Ustawodawca w art. 215 ZamPublU określił rodzaje zamówień publicznych udzielanych w trybie z wolnej ręki, w których zamawiający może odstąpić od stosowania niektórych przepisów ZamPublU dotyczących powołania komisji przetargowej oraz wykluczenia wykonawcy. W przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki wymienionych w art. 215 ust. 1 ZamPublU zamawiający ma prawo odstąpić od stosowania przepisów dotyczących komisji przetargowej (art. 53–55 ZamPublU), obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ZamPublU), przekazywania informacji wraz z zaproszeniem do negocjacji (art. 217 ust. 1 ZamPublU). W przypadku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 6 ZamPublU zamawiający przekazuje Komisji Europejskiej protokół postępowania, jeżeli wystąpiła o jego przekazanie (art. 215 ust. 2 ZamPublU). Obowiązek ten wynika z wdrożenia do polskiego porządku prawnego przepisu art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy 2014/24/UE. Przekazanie protokołu Komisji Europejskiej nie wstrzymuje wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W art. 216 ZamPublU ustawodawca uregulował obowiązki, w tym obowiązki informacyjne, które ciążyą na zamawiającym wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówień *in-house*. Zamieszczanie ogłoszeń dokonuje się na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ZamPublU. Zamieszczanie ogłoszeń dokonuje się na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, toteż odbywa się ono przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego UZP. Zamawiający zobligowany jest także do udokumentowania zamieszczenia ogłoszenia w BZP i przechowywania dowodu jego zamieszczenia. Obowiązek ten sprowadza się do wygenerowania dokumentu z systemu służącego do wprowadzania ogłoszeń poprzez jego wydruk. Ponadto zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie w inny sposób, w szczególności na swojej stronie internetowej, jak również przekazać ogłoszenie do publikacji w Dz.Urz. UE.

Zgodnie z art. 216 ust. 1 ZamPublU zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia *in-house*. Publikacja planowanego zawarcia umowy, następuje już po przeprowadzeniu negocjacji z podmiotem, który zgodnie z zamierzeniami zamawiającego ma przyjąć do realizacji określone zamówienie publiczne. Zamawiający, decydując się na publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, powinien już uprzednio zweryfikować i potwierdzić spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. Zdaniem KIO obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie *in-house*, ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w ZamPublU. W ocenie Izby, nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem *in-house* (po zamieszczeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem KIO, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji (...) ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z (...) ZamPublU, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia *in-house* w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest

rozpoznawane przez Izbę³⁰⁹. Celem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest zatem umożliwienie wykonawcom dokonania kontroli, poprzez zakwestionowanie zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Ustawodawca, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji, zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. W przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia w trybie *in-house*, wykonawcy mają prawo skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ZamPublU³¹⁰. Zauważyć jednak należy, że kontrola ta będzie miała charakter jedynie formalny. Konkurenci nie będą bowiem mogli powoływać się na okoliczność, że byliby w stanie wykonać zamówienie przy niższych kosztach lub na wyższym poziomie jakościowym. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji. Ustawodawca w art. 216 ust. 2 ZamPublU wprowadził pewnego rodzaju klauzulę *stand-still* właściwą dla zamówień *in-house*. Zamawiający może bowiem zawrzeć umowę w sprawie zamówienia *in-house* nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Umowa zawarta z naruszeniem tego przepisu podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 3 ZamPublU. Zgodnie zaś z art. 216 ust. 3 ZamPublU zamawiający niezwłocznie – nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia – zamieszcza na stronie BZP ogłoszenie o wyniku postępowania, tj. informację o zawarciu umowy albo informację o nieudzieleniu zamówienia *in-house*. Zamawiający powinien również nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazać do publikacji UPUE ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania (art. 265 ust. 1 ZamPublU).

Z kolei w art. 217 ZamPublU ustawodawca określił zakres informacji, jaki zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, a także obowiązki wykonawcy w tym postępowaniu. Zamawiający wraz z zaproszeniem do negocjacji przekazuje wykonawcom informacje

³⁰⁹ Wyr. KIO z 7.2.2017 r., KIO 96/17, Legalis nr 1587388.

³¹⁰ Wyr. KIO z 3.3.2017 r., KIO 328/17, Legalis nr 1580875.

niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 217 ust. 1 ZamPublU). Powyższe informacje i dokumenty stanowią podstawę do prowadzenia negocjacji, a także pozwalają wykonawcom odpowiednio przygotować się do negocjacji. Przez informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania należy rozumieć dane dotyczące przedmiotu zamówienia, terminu jego wykonania *etc.* Zamawiający może jednak zgodnie z art. 215 ust. 1 ZamPublU odstąpić od spełnienia obowiązku, o którym mowa w komentowanym przepisie. W postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki nie sporządza się specyfikacji warunków zamówienia, a także nie stosuje się przepisów dotyczących jej przekazywania oraz wyjaśnień. Powyższe jest niezależne od wartości zamówienia.

Do zamówień *in-house* udzielanych w trybie zamówień z wolnej ręki mają zastosowanie zasady dotyczące kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Zgodnie z art. 217 ust. 2 ZamPublU wykonawca najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ZamPublU. W tym samym terminie wykonawca powinien również złożyć podmiotowe środki dowodowe. Zaznaczyć należy, że katalog możliwych do żądania od wykonawcy dokumentów lub oświadczeń w powyższym zakresie zawiera Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy³¹¹. Zamawiający może jednak odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia (art. 217 ust. 3 ZamPublU). W praktyce to zamawiający w trakcie negocjacji żąda stosownego oświadczenia, gdyż to zamawiający, a nie wykonawca, ponosi odpowiedzialność za naruszenie przepisów ZamPublU.

Ponadto do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki zastosowanie znajdują zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w dziale I rozdziale 2 ZamPublU. Reguły ogólne, wyrażone w tym dziale, są uszczegóławiane w dalszych przepisach ZamPublU, z których wynikają określone prawa i obowiązki stron postępowania (zamawiającego i wykonawców). Z tego względu, naruszenie zasad

³¹¹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415).

ogólnych ZamPublU wiąże się z reguły z naruszeniem innych przepisów szczególnych w postępowaniu. W odniesieniu do zamówień z wolnej ręki z zasad wynikają następujące obowiązki zamawiającego:

- 1) konieczność doboru trybu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 2) obowiązek przeprowadzenia transparentnego postępowania;
- 3) zapewnienie niezmienności tych warunków;
- 4) konieczność wprowadzenia jednolitych, wiadomych dla wszystkich wykonawców dróg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU stanowi wyraz zasady jawności postępowania przewidzianej w art. 18 ust. 1 ZamPublU. Na doniosłe znaczenie zasady jawności wskazują postanowienia dyrektywy 2014/24/UE. W motywie 52 tej dyrektywy wskazano, iż publikację informacji dotyczących zamówień w znacznym stopniu mogą ułatwić elektroniczne środki informacji i komunikacji; mogą one też poprawić skuteczność i przejrzystość procesu udzielania zamówień. Środki te powinny stać się standardowymi środkami komunikacji i wymiany informacji w postępowaniach o udzielanie zamówień, ponieważ znacząco zwiększają one możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień na całym rynku wewnętrznym. Przejrzystość działania zamawiającego jest istotnym czynnikiem wpływającym na uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców także w odniesieniu do zamówień *in-house*. Warto w tym zakresie wskazać na motyw 90 dyrektywy 2014/24/UE zgodnie z którym zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. W motywie 126 dyrektywy 2014/24/UE wskazano z kolei, iż możliwość prześledzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia prawidłowości tych postępowań, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw.

Ponadto do zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis przepisy art. 462 ZamPublU zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Należy jednak wskazać, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13

ZamPublU, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia (art. 214 ust. 9 ZamPublU). Przedmiotowy przepis znajduje zastosowanie do każdego zamówienia, niezależnie od tego, czy jego przedmiotem są usługi użyteczności publicznej lub roboty budowlane. Zakaz ten nie dotyczy natomiast podwykonawstwa w zamówieniach *in-house* w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU. Zamawiający może także zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy (art. 121 ZamPublU).

Przepisy ZamPublU nie określają kryteriów, na podstawie których istnieje możliwość ustalenia, która „część zamówienia” dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Podobny problem występował na gruncie ZamPublU2004, która nie wskazywała jak należało rozumieć kluczowe części zamówienia (art. 36a ust. 2a ZamPublU2004). W literaturze przedmiotu podnosi się, iż za kluczowe części zamówienia należy uznać te, które mają decydujące znaczenie dla należytego wykonania zamówienia³¹². Ponadto wskazuje się na potrzebę funkcjonalnego postrzegania kluczowych części zamówienia, a zatem jako elementy kluczowe zamówienia należy rozumieć te, które nie mogą być oddzielone od zasadniczego nurtu zamówienia i stanowią najistotniejsze – newralgiczne elementy świadczenia i danego zamówienia³¹³.

Z przepisu art. 214 ust. 9 ZamPublU wynika zatem generalny nakaz osobistego świadczenia przez podmioty, którym powierzono realizację zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówień *in-house*. Zakres ograniczenia podwykonawstwa stanowi konsekwencję charakteru zamówień wewnętrznych, który to tryb powinien być stosowany jako wyjątkowy tryb powierzania zadań publicznych wyspecjalizowanym podmiotom, które zostały utworzone w tym celu, mającym za zadanie zaspokajać określone potrzeby publiczne. W innym przypadku umożliwienie dalszego podzlecenia głównych części zamówień *in-house* mogłoby oznaczać, iż realizacja zamówienia zostałaby powierzona podmiotom, które funkcjonują na rynku przede wszystkim w celach komercyjnych. W takim przypadku skorzystanie z podwykonawstwa stałoby w sprzeczności z celem, jakim mają służyć zamówienia wewnętrzne, tj. realizacja

³¹² A. Łukaszewicz, *SIWZ po nowelizacji dotyczącej podwykonawstwa. Komentarz praktyczny*, Zamawiający 2014, Nr 6, s. 43–49.

³¹³ A. Szyszkowski, *Nowe przepisy o podwykonawcach – komentarz*, M.Zam.Pub. 2013, Nr 12, s. 4–6.

niezaspokojonych uprzednio zadań użyteczności publicznej. Założeniem bowiem jest, iż zamówienia *in-house* udzielane są przede wszystkim w przypadkach, w których powstaje konieczność realizacji potrzeb, które nie mogą być zaspokojone w inny sposób, poprzez świadczenie usług przez podmioty prywatne lub na zasadach komercyjnych. Na marginesie należy wskazać, że udzielenie zamówienia podmiotowi, który choć spełnia przesłanki udzielenia zamówienia *in-house*, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ZamPublU, ale nie posiada należytego doświadczenia, wiedzy czy *know-how* w zakresie objętym zamówieniem, nie znajdowałoby uzasadnienia. Podmiot ten byłby bowiem zmuszony korzystać z podwykonawców, w szczególności będących prywatnymi przedsiębiorcami. Ustawodawca dostrzegł zatem, iż specyfika zamówień *in-house* wyklucza możliwość pośredniego dopuszczenia do realizacji zamówienia podmiotów, które nie spełniają przesłanek do uzyskania takiego zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ZamPublU. Umożliwienie zlecenia podwykonawstwa zasadniczych części zamówień wewnętrznych na rzecz podmiotów trzecich, które nie spełniają ustawowych przesłanek, mogłoby prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i obejścia przepisów ZamPublU w zakresie wymagań stawianych podmiotom, którym udziela się zamówień *in-house*.

Na koniec należy wskazać, że objęcie zamówień *in-house* reżimem ZamPublU powoduje, iż udzielanie tego rodzaju zamówień podlega zaskarżeniu do KIO. Podkreślenia wymaga, iż kognicja Izby w tym zakresie ma charakter powszechny, ponieważ w świetle ZamPublU w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest zaskarżenie odwołaniem każdej czynności zamawiającego. Konsekwencją braku generalnego wyłączenia zamówień *in-house* spod regulacji ZamPublU jest także objęcie tego rodzaju zamówień kompetencjami kontrolnymi Prezesa UZP, o czym będzie mowa w kolejnym podrozdziale pracy.

5. Kontrola i nadzór nad udzielaniem zamówień *in-house*

5.1. Kontrola w zamówieniach publicznych

Kontrola w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odgrywa istotną rolę, bowiem dzięki niej możliwe jest rozpoznanie nieprawidłowości w wydatkowaniu publicznych środków. Ma ona znaczący wpływ na sprawne oraz prawidłowe działania kontrolowanych podmiotów, dzięki niej możliwe jest usunięcie niepożądanych zjawisk, co wpływa na optymalne funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Kontrola umożliwia wykrycie oraz określenie błędów, przekładających się na niewłaściwe praktyki, sprzyjając jednocześnie wykształceniu wzorców oraz wytyczeniu prawidłowych kierunków postępowania, a co za tym idzie edukowaniu o poprawnym funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych³¹⁴.

W systemie zamówień publicznych wyodrębnienie tzw. czystej kontroli nie jest, praktycznie ani teoretycznie, możliwe. W doktrynie wypracowano zatem pogląd, zgodnie z którym nie występuje w obszarze zamówień publicznych podmiot monofunkcyjny, czyli posiadający wyłącznie kompetencje kontrolne, w ujęciu tradycyjnym³¹⁵. W zamówieniach publicznych wyodrębnia się kilka rodzajów kontroli, które podzielić można z uwzględnieniem następujących kryteriów. Wyróżnia się przede wszystkim kontrolę dokonywaną na podstawie przepisów regulujących system zamówień publicznych oraz kontrolę poza systemową, uregulowaną przez inne akty normatywne, niezwiązane bezpośrednio z zamówieniami publicznymi. Klasyfikacja ta ma charakter podmiotowy, który zakłada udział różnych instytucji oraz organów kontrolnych, a w konsekwencji kontrolę wewnętrzną – sprawowaną przez podmioty, na podstawie norm zamówieniowych oraz zewnętrzną – regulowaną przez przepisy spoza przepisów systemu zamówień publicznych³¹⁶. Organy w ramach kontroli zewnętrznej dokonują czynności, których przedmiot odnosi się do systemu zamówień publicznych, jednak zakres ich działań oraz uprawnień normują przepisy aktów prawnych nie dotyczących

³¹⁴ P. Nowicki, E. Przeszło, H. Wolska, *Nadzór i kontrola zamówień i koncesji in-house*, Warszawa 2020, s. 54.

³¹⁵ J. Jagielski, *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej (Kilka refleksji teoretycznych)*, (w:) Kontrola Państwowa Nr 1/2004, NIK, Warszawa 2014 s.19.

³¹⁶ P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?* (w:) *Kontrola zamówień publicznych*, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Wrocław-Warszawa 2013, s. 42-44.

bezpośrednio zamówień publicznych. Jako przykład organów kontrolnych zewnętrznych wskazać można NIK³¹⁷, organy kontroli skarbowej³¹⁸ oraz organy ochrony państwa i bezpieczeństwa (Policja³¹⁹, prokuratura³²⁰, Centralne Biuro Antykorupcyjne³²¹).

Czynności kontrolne podejmowane są przeważnie „z urzędu”, a więc inicjują je poszczególne organy kontrolne. Niemniej jednak możliwe jest także wszczęcie kontroli na wniosek podmiotu, będącego uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a który dysponuje uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, takich jak odwołanie lub skarga. W tym przypadku dochodzi do zainicjowania postępowania odwoławczego lub skargowego, które są prowadzone przed odmiennymi podmiotami. Odwołanie jest rozpatrywane przez KIO³²², natomiast skargi na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa KIO³²³ rozstrzygane są przez sąd zamówień publicznych, czyli Sąd Okręgowy w Warszawie.

Kolejnym rodzajem kontroli są czynności sprawdzające, których dokonywać mogą określone uczestnicy postępowania³²⁴. Czynności te mogą być podejmowane przez komisję przetargową, z inicjatywy zamawiającego. Komisja jest pomocniczym zespołem, który odpowiedzialny jest za ocenę *sui generis* spełniania warunków o udzielenie zamówienia przez wykonawców, a także innych czynności związanych z przygotowaniem oraz prowadzeniem postępowania³²⁵. Czynności sprawdzające stanowią zatem element kontroli, który coraz częściej zauważany jest w literaturze przedmiotu³²⁶. W ujęciu ścisłym czynności sprawdzających można dokonać na etapie wyłaniania podmiotu, aspirującego do roli wykonawcy danego zamówienia, a w ujęciu szerszym czynności te mogą dotyczyć postanowień umowy cywilnoprawnej, będącej podstawą danego zamówienia publicznego, jednak ocena ta winna uwzględniać zasady

³¹⁷ Ustawa z 23.12.1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2020 r. poz. 1200 ze zm.).

³¹⁸ Ustawa z 16.11.2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U.2016.1948 ze zm.).

³¹⁹ Ustawa z 6.4.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2020 r. poz. 360 ze zm.).

³²⁰ Ustawa z 28.1.2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 74 ze zm.).

³²¹ Ustawa z 9.6.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1921 ze zm.).

³²² K. Solecka, *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej (w:) Kontrola zamówień Publicznych*, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Wrocław-Warszawa 2013, s. 199 i n.

³²³ Art. 519 ust. 1 ZamPublU.

³²⁴ E. Przeszło, *Kontrola udzielenia zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 193-217.

³²⁵ T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, (w:) *Kontrola zamówień Publicznych*, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Wrocław-Warszawa 2013, s. 25-28.

³²⁶ M. Guziński, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcjonowania zarządu mieniem publicznym (w:) Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor T. Rabskiej*, B. Popowska (red.), Poznań 2006, s. 313.

swobody umów³²⁷. Zakres podmiotowy czynności sprawdzających obejmuje strony umów systemowych (zamawiający, podmiot publiczny i koncesjonodawca), a także podmioty realizujące te umowy (wykonawca, podmiot prywatny, koncesjodawca). Czynności sprawdzające mogą być zainicjowane w stosunku do wszystkich podmiotów, na każdym etapie postępowania. Mają one charakter wzajemny, a ich celem jest zdiagnozowanie naruszeń, eliminacja nieprawidłowości proceduralnych oraz błędów materialnych, a także odpowiedzialność za wynik przeprowadzonego sprawdzenia. Za KIO wskazać należy, że „*wykonawcy przysługuje prawo do kontrolowania działań zamawiającego z punktu widzenia legalności, aby w ten sposób nie dopuścić się do sytuacji, w której postępowanie byłoby obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy*”³²⁸.

Kontrolę w systemie zamówień publicznych można podzielić także na kontrolę przedmiotową oraz kontrolę podmiotową. Pierwsza z nich dąży do weryfikacji stanu faktycznego, z uwzględnieniem stanu sponowanego oraz przekazaniu informacji o wyniku dokonanej kontroli właściwym jednostkom. Kontrola podmiotowa sprowadza się do działań jednostek kontrolujących, które dokonują oceny danych kwestii i formułują w ich zakresie stosowne wnioski, jednak pozbawione są władczych uprawnień, aby podjąć doraźne działania. W ramach tego podziału wyodrębnia się kontrolę jako funkcję – zespół czynności polegających na sprawdzeniu i ocenianiu³²⁹ oraz kontrolę jako organizację, czyli grupę podmiotów realizujących czynności kontrolne.

W aktualnym brzmieniu ZamPublU, reguły dotyczące kontroli zamówień publicznych zostały umieszczone w dziale XI ZamPublU³³⁰. Przepisy te regulują w sposób jednolity oraz uporządkowany kwestie materialne oraz proceduralne, koncentrując się w szczególności na kompetencjach Prezesa UZP, który przeprowadza kontrolę w celu sprawdzenia zgodności z przepisami ustawy postępowania o udzielenie zamówienia lub dokonywania zmiany umowy w sprawie zamówienia³³¹. Organ, prowadząc kontrolę, może żądać niezwłocznego przekazania mu kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia; wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli; a także zasięgać opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub

³²⁷ P. Nowicki, E. Przeszło, H. Wolska, *Nadzór ...*, s. 57.

³²⁸ Wyr. KIO z 4.12.2009r., KIO/UZP 1602/09 LEX nr 551512.

³²⁹ J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007, s 22-23.

³³⁰ Dział XI, art. 596-617 ZamPublU.

³³¹ Art. 603 ust. 1 ZamPublU.

ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych³³².

Prezes UZP uprawniony jest do wszczęcia, z urzędu lub na wniosek, kontroli doraźnej w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w ramach procedury konkursowej doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarcia lub zmienienia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów ZamPublU³³³. Wszczęcie kontroli doraźnej przez Prezesa UZP dokonywane jest w szczególności na wniosek instytucji zarządzającej³³⁴.

W ramach kontroli doraźnej, w pierwszej kolejności, przeprowadzane jest postępowanie wyjaśniające, które ma na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ZamPublU³³⁵. W przypadku niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia postępowanie wyjaśniające kończy się informacją o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli³³⁶.

Zakończenie kontroli doraźnej następuje po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, a w przypadku potwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia o naruszeniu przepisów ZamPublU – po przeprowadzaniu postępowania kontrolnego, przez doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli³³⁷.

W wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych Prezes UZP może nałożyć karę pieniężną lub wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części³³⁸. W przypadku natomiast, gdy ujawnione naruszenia przepisów ZamPublU stanowią czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes UZP zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych³³⁹.

³³² Art. 605 ust. 1 pkt 1-3 ZamPublU.

³³³ Art. 607 ust. 1 i 2 ZamPublU.

³³⁴ Art. 607 ust. 6 ZamPublU.

³³⁵ Art. 608 ust. 1 ZamPublU.

³³⁶ Art. 608 ust. 2 ZamPublU.

³³⁷ Art. 609 ust. 1 ZamPublU.

³³⁸ Art. 611 ZamPublU.

³³⁹ Art. 612 ZamPublU.

Prezes UZP uprawniony jest także do przeprowadzenia zamierzonej kontroli zamówień, przed zawarciem umowy, w ramach tzw. kontroli uprzedniej. Zakresem przedmiotowym tego rodzaju kontroli objęte są zamówienia o znacznej wartości (równej lub przekraczającej progi unijne), współfinansowane ze środków UE³⁴⁰. Również w przypadku zamówień, o znacznej wartości, obejmujących aspekty związane z innowacyjnością lub których przedmiotem jest produkt innowacyjny, Prezesa UZP upoważniony jest na wniosek zamawiającego, do przeprowadzenia kontroli uprzedniej dokumentów zamówienia³⁴¹.

Kontrola udzielania zamówień publicznych sprawowana przez szerokie spectrum podmiotów, wyróżniających się charakterem oraz pozycją prawną, których łącznikiem jest uprawnienie do prowadzenia kontroli w systemie zamówień publicznych. Do podmiotów kontrolnych, wyróżnionych przez ustawodawcę, poza Prezesem UZP, należą: organy, o których mowa w art. 6 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli administracji rządowej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 224) – z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów, regionalne izby obrachunkowe oraz instytucję zarządzającą w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności, programów rozwoju obszarów wiejskich, planu strategicznego dla wspólnej polityki rolnej oraz funduszy wspierających sektory morski lub rybacki³⁴².

Organy prowadząc kontrolę planują i przeprowadzają czynności kontrolne po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia, która obejmuje identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia prawa jest największe³⁴³. Organy są zobowiązane do współpracy ze sobą, która powinna polegać przede wszystkim na wymianie informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach³⁴⁴, bowiem organ kontroli ma obowiązek uwzględnienia wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu³⁴⁵.

Na gruncie ZamPublU pojawiła się również nowa instytucja – Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, pełniący rolę organu doradczego ministra

³⁴⁰ Art. 613 ust. 1-3 ZamPublU.

³⁴¹ Art. 614 ust. 1 ZamPublU.

³⁴² Art. 596 ZamPublU.

³⁴³ Art. 598 ust. 1 i 2 ZamPublU.

³⁴⁴ Art. 598 ust. 1 i 2 ZamPublU.

³⁴⁵ Art. 597 ZamPublU.

właściwego do spraw gospodarki³⁴⁶. Zadaniemi Komitetu są:

- 1) monitorowanie i analiza działalności organów kontroli, w zakresie kontroli legalności udzielania zamówień, w tym dokonywanie analizy przypadków, w których działania tych organów ujawniły nieprawidłowości w przestrzeganiu przepisów o zamówieniach, a także rozbieżności w stosowaniu lub rozumieniu tych przepisów, oraz przygotowywanie wniosków z tej analizy;
- 2) proponowanie działań, w tym działań zapobiegawczych, odpowiadających wnioskowi z analizy, o której mowa w pkt 1;
- 3) zapewnianie możliwości współpracy organów kontroli, w zakresie prowadzonych kontroli;
- 4) występowanie do Prezesa UZP o przeprowadzenie szkolenia dla instytucji kontrolnych, wydanie opinii lub podjęcie innych działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego i jednolitego rozumienia przepisów o zamówieniach;
- 5) proponowanie rozwiązań w zakresie zmiany w systemie kontroli zamówień, w tym w polityce zakupowej państwa;
- 6) propagowanie dobrych praktyk w zakresie standardów kontroli zamówień;
- 7) współpraca w sprawach związanych z rozwojem systemu kontroli zamówień z innymi państwami, organizacjami oraz instytucjami międzynarodowymi i zagranicznymi³⁴⁷.

W skład Komitetu wchodzi: przewodniczący Komitetu – wyznaczony przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród pracowników urzędu obsługującego tego ministra oraz po jednym przedstawicielu wyznaczonym przez: Prezesa Rady Ministrów, Prezesa UZP, Prezesa UOKiK, ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, odpowiadającego za koordynację programów operacyjnych, w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności³⁴⁸.

Wyróżnić można także odrębny rodzaj kontroli, która występuje w partnerstwie publiczno-prawnym. W ramach tej kontroli weryfikacji poddaje się działania podmiotu publicznego w stosunku do partnera prywatnego. Podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego oraz do kontroli składnika majątkowego wykorzystywanego przez partnera prywatnego do realizacji

³⁴⁶ Art. 493-499 ZamPublU.

³⁴⁷ Art. 494 ZamPublU.

³⁴⁸ Art. 495 ZamPublU.

przedsięwzięcia. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-privatnym³⁴⁹. W przypadku jednak, gdy prowadzona kontrola wykaże, iż składnik majątkowy wykorzystywany przez partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia znajduje się w stanie technicznym wskazującym na jego nieprawidłowe wykorzystywanie, podmiot publiczny wzywa partnera prywatnego do podjęcia odpowiednich działań, w szczególności do poczynienia nakładów mających na celu doprowadzenie składnika majątkowego do właściwego stanu technicznego³⁵⁰. Podmiot publiczny został zatem wyposażony w narzędzia, umożliwiające mu zadbanie o należyty standard realizacji danego przedsięwzięcia i to nawet w sytuacji, gdy strony nie przewidziały takiego uprawnienia w umowie lub zawarto w niej postanowienia uniemożliwiające podmiotowi publicznemu faktyczną weryfikację przedsięwzięcia³⁵¹. Przyznane podmiotowi publicznemu uprawnienia mają na celu realizację inwestycji w interesie publicznym, co uzasadnia legitymizację do kontroli podmiotu prywatnego na wszystkich etapach realizacji przedsięwzięcia³⁵².

5.2. Nadzór nad zamówieniami publicznymi

Narzędziem nadrzędnym w stosunku do kontroli, umożliwiającym sprawowanie pieczy nad prawidłowością działania systemu zamówień publicznych, a w konsekwencji wydatkowania środków publicznych, jest nadzór. Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień jest Prezes UZP, nad którym nadzór sprawuje minister właściwy do spraw gospodarki³⁵³. W ramach nadzoru minister właściwy do spraw gospodarki sprawuje kontrolę nad Prezesem UZP na zasadach i w trybie określonym w przepisach ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej. Ponadto w ramach nadzoru minister w niektórych zakresach zadań Prezesa UZP zatwierdza plan działania, dokonuje oceny działalności tego organu oraz może żądać od Prezesa informacji lub udostępnienia dokumentów związanych

³⁴⁹ Art. 8 ust. 1 PartPublPrywU.

³⁵⁰ Art. 8 ust. 2 PartPublPrywU.

³⁵¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym, VI kadencja, druk sejm. Nr 1180.

³⁵² M. Śliwa-Wajda (w:) *Ustawa o partnerstwie publiczno-prawnym. Komentarz*, M. Grabiec (red.), Warszawa 2019, art.8.

³⁵³ Art. 466 ust. 1-2 ZamPublU.

z realizacją jego zadań³⁵⁴.

Na gruncie ZamPublU termin „nadzór” odnosi się do wielu instytucji oraz organów, które na różnych etapach postępowania oraz w różnych zakresach przedmiotowych sprawują nadzór w ramach danego postępowania. Jako pierwszy z przykładów wskazać można nadzór sprawowany przez organy nadzoru finansowego nad danym zamawiającym publicznym. Nadzór może być sprawowany również przez kierownika zamawiającego albo osobę przez niego upoważnioną nad sądem konkursowym, w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu. Uprawnione podmioty nadzorujące są uprawnione, w ramach sprawowanego nadzoru, w szczególności do unieważnienia konkursu lub zatwierdzenia rozstrzygnięcia konkursu³⁵⁵. W kontekście zamówień realizowanych przez wykonawców wyróżnia się także nadzór nad miejscem wykonania zamówienia (art. 462 ZamPublU). Dodatkowo w przepisach związanych z zamówieniami publicznymi odnaleźć można nadzór nad organem zarządzającym (art. 4 pkt 3 ZamPublU i art. 365 ust. 1 pkt 2 i 3 ZamPublU), nadzór sprawowanym przez sądy i trybunały (art. 11 ust. 1 pkt 2 lit. d ZamPublU), a także nadzór rynku (ustawa z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzorze rynku, Dz. U. z 2019 r. poz. 544 ze zm.).

Zaprezentowany powyżej katalog różnych form nadzoru pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca nie wypracował jednolitej definicji ani zakresu podmiotowo-przedmiotowego dla instytucji nadzoru. Ustawodawca dowolnie oraz w różnicowany sposób traktuje nadzór, odnosząc ten termin do wielu podmiotów oraz dokonywanych przez nich czynności. Nadzoru w systemie prawa zamówień publicznych nie należy utożsamiać z dogmatyką wypracowaną na gruncie prawa administracyjnego³⁵⁶.

Warto wskazać, że na gruncie ustaw powiązanych z prawem zamówień publicznych instytucja nadzoru została uregulowana w podobny sposób. W PartPublPrywU odnosi się pojęcie podmiotu publicznego do osoby prawnej sprawującej nadzór nad organem zarządzającym³⁵⁷. W KoncesBudU przewidziano natomiast w odniesieniu do usług prawnych nadzór trybunałów lub sądów³⁵⁸ oraz nadzór

³⁵⁴ Art. 466 ust. 3 pkt 1-4 ZamPublU.

³⁵⁵ Art. 337 ZamPublU.

³⁵⁶ P. Nowicki, E. Przeszło, H. Wolska, *Nadzór ...*, s. 65.

³⁵⁷ Art. 2 pkt 1 lit 2 PartPublPrywU.

³⁵⁸ Art. 5 ust. 1 pkt 3 lit. f KoncesBudU.

zamawiającego nad miejscem wykonywania umów koncesyjnych³⁵⁹. Dodatkowo ustawa ta przewiduje nadzór nad zamawiającym – odpowiadający założeniom prawa administracyjnego – sprawowany przez odpowiedni, choć bliżej nieokreślony przez ustawodawcę organ, który posiada kompetencje do zakazania zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej, jeżeli stwierdzi brak zajścia podstaw do zawarcia umowy koncesji³⁶⁰.

Z uwagi na przedmiot pracy nie sposób pominąć, iż po wejściu w życie ZmZamPublU16 do prawa zamówień publicznych wprowadzono odrębne, charakterystyczne regulacje nadzoru przeznaczone wyłącznie dla zamówień *in-house*. Nadzór sprawowany nad zamówieniami *in-house*, udzielanymi w trybie zamówień z wolnej ręki, posiada szerszy zakres niż standardowy nadzór sprawowany przez uprawnione organy³⁶¹, o których była mowa powyżej. Poza kontrolą sprawowaną przez Prezesa UZP, NIK oraz podmioty korzystające ze środków ochrony prawnej zamówienia *in-house* podlegają nadzorowi organów, które sprawują nadzór nad zamawiającymi udzielającymi zamówień, z wykorzystaniem bezprzetargowego trybu.

Przepis art. 444 ZamPublU reguluje uprawnienia organów nadzorujących zamawiających publicznych związane z zawarciem przez tych zamawiających umowy dotyczącej zamówienia *in-house*. Podjęcie przez organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającym udzielającym zamówień *in-house* czynności w ramach sprawowanego nadzoru znajdzie zastosowanie wyłącznie w przypadku:

- 1) powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU (art. 444 ust. 1 ZamPublU);
- 2) stwierdzenia braku podstaw do udzielenia zamówienia publicznego przez zamawiającego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU (art. 444 ust. 2 ZamPublU).

W praktyce, wątpliwości organu sprawującego nadzór finansowy nad zamawiającym udzielającym zamówień *in-house* mogą dotyczyć: procentowego udziału

³⁵⁹ Art. 48 ust. 4 i 5 KoncesBudU.

³⁶⁰ Art. 50 KoncesBudU.

³⁶¹ P. Nowicki, E. Przeszło, H. Wolska, *Nadzór...*, s. 65-66.

zadań powierzonych kontrolowanej osobie prawnej przez zamawiającego sprawującego kontrolę w jej działalności lub występowania bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Źródłem tych wątpliwości mogą być natomiast informacje własne organu, które pozyskał w ramach bieżącej działalności lub informacje przekazane mu przez podmioty trzecie, w szczególności uczestników danego postępowania lub też podmiotów zainteresowanych przedmiotem danego zamówienia, czy też beneficjentów przedmiotu zamówienia udzielanego w trybie *in-house*. Organ nie powinien pozostawać obojętny na informacje uzyskane chociażby od podmiotów nieposiadających fachowej wiedzy, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 444 ust. 1 ZamPublU jest obowiązany zbadać każdą wątpliwość związaną z prawidłowością zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU.

Rodzaj czynności, które ma obowiązek podjąć organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającym udzielającym zamówień *in-house* został uzależniony od tego, czy organ ten powziął wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia *in-house* w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też po zawarciu umowy. W sytuacji, gdy organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU, jest uprawniony do zakazania zawarcia umowy, w okresie nie dłuższym niż 21 dni, w którym powinien wyjaśnić sprawę. Należy zauważyć, że czasowy zakaz zawarcia umowy ma charakter obligatoryjny. Jest to o tyle nieszablonowe rozwiązanie, zgodnie z którym organ nadzorujący nie jest ograniczony w reakcji na działania zamawiającego tylko do 14 dni, w czasie których zamieszczona jest informacja o zamiarze zawarcia umowy na zamówienie *in-house*, a zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy. Taki termin nie wynika z żadnego przepisu.

Ustawodawca nie wskazuje jednak na zakres czynności, mających na celu wyjaśnienia sprawy. Opierając się jednak na dogmatycznych rozwiązaniach postępowania administracyjnego uznać należy, że organ powinien zmierzać do obiektywnego wyjaśnienia sprawy, poprzez dokładną analizę czynności zamawiającego, dokonywana na podstawie materiałów oraz informacji własnych lub pozyskanych od podmiotów trzecich – w szczególności zgłaszających wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu *in-house*. W przypadku, gdy materiały te okazałyby się niewystarczające uzasadnionym rozwiązaniem jest zlecenie przez organ nadzoru przeprowadzenie

dotatkowych, legalnych działań, polegających na przeprowadzeniu audytu finansowego lub prawnego, przez wykwalifikowane podmioty zewnętrzne. Zakres działań podejmowany przez organy nadzoru będzie każdorazowo uzależniony od realiów danej sprawy, w tym jej charakteru prawnego oraz zasad funkcjonowania podmiotu zamawiającego.

W przypadku, gdy organem nadzoru będzie podmiot administracji publicznej, do wszelkich czynności wchodzących w zakresie wyjaśnienia sprawy, stosować należy ogólne zasady postępowania administracyjnego, a przede wszystkim zasadę prawdy obiektywnej przewidzianą w art. 7 KPA³⁶². Zgodnie z przywołanym przepisem, organy administracji publicznej działają z urzędu lub na wniosek stron i podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy. Co istotne organy nadzoru powinny kierować się w powyższym zakresie interesem społecznym i słusznym interesem obywateli. Do działań podejmowanych przez organy nadzoru zastosowanie zatem powinny znaleźć przepisy KPA zawarte w Dziale VIII.

Po wyjaśnieniu sprawy, jeżeli wątpliwości nie potwierdzą się, zamawiający ma prawo zawrzeć umowę o zamówienie publiczne. Takie samo prawo uzyskuje po upływie 21 dni, jeżeli organ sprawujący nadzór nie zajmie żadnego stanowiska w sprawie. Natomiast w przypadku stwierdzenia braku podstaw do udzielenia zamówienia *in-house* z wolnej ręki organ sprawujący nadzór ma obowiązek zakazać zawarcia umowy o zamówienie publiczne albo zwrócić się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy, jeżeli umowa została już zawarta.

Przepisy ZamPublU nie określają, w jakiej formie prawnej organ nadzorujący ma zakazać zawarcia umowy albo zwrócić się do zamawiającego o jej wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy. Nie można przy tym uznać, że działania organu nadzorującego nie podlegają zaskarżeniu. Bez określenia podstaw procesowych działania organu nadzorującego nie można wskazać przysługujących zamawiającemu środków odwoławczych.

Zasadnym wydaje się przyjęcie, iż wykonanie obowiązków z zakresu zakazu zawarcia umowy lub nakazaniu zamawiającemu zakończenie nawiązanego stosunku

³⁶² J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane...*, s. 202-203.

prawnego winno nastąpić w drodze decyzji, ewentualnie postanowienia organu nadzoru. Powyższe rozstrzygnięcie powinno przy tym zawierać stosowne uzasadnienie, w którym organ powinien wskazać:

- 1) okoliczności powzięcia w wątpliwości, co do podstaw prawidłowości zastosowania trybu *in-house*;
- 2) okoliczności faktyczne, w tym sposób ich ustalenia w ramach czynności sprawdzających;
- 3) dowody, wyjaśnienia oraz inne materiały zgromadzone i uwzględnione przez organ.

Przyjęcie, że zakaz zawarcia umowy winien zostać wyrażony w drodze jednej z form administracyjnych daje możliwość przyznania zamawiającemu oraz innym uczestnikom postępowania skorzystania z prawa do zaskarżenia danego rozstrzygnięcia.

Organ nadzorujący może wydawać określone dyspozycje także po zawarciu umowy. Należy więc przyjąć, że organ nadzorujący może powziąć wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki już po zawarciu umowy. Wydanie czasowego zakazu zawarcia umowy będzie w tej sytuacji bezprzedmiotowe. Jeżeli umowa została zawarta organ nadzorujący uprawniony jest do zwrócenia się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie³⁶³. Forma rozwiązania umowy uzależniona będzie od rodzaju naruszenia wykrytego przez organ, ale również rodzaju, sposobu oraz przedmiotu danego zamówienia. Termin na dokonanie niezbędnych czynności przez zamawiającego, zmierzających do zakończenia umowy powinien być odpowiedni, ale nienadmiernie wydłużany, gdyż mogłoby to doprowadzić do zniweczenia efektów czynności sprawdzających, a w najdalej idącej konsekwencji realizacji przedmiotu, wadliwie udzielonego, zamówienia.

W przypadku bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego przez organ nadzorujący na odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części³⁶⁴. Podstawę materialnoprawną unieważnienia umowy stanowi art. 457 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, zaś przepis art. 444 ust. 3 ZamPublU uznać należy za podstawę legitymacji procesowej

³⁶³ Art. 444 ust. 2 ZamPublU.

³⁶⁴ Art. 444 ust. 3 ZamPublU.

organu nadzorującego do wytoczenia takiego powództwa³⁶⁵.

Za niejasne uznać jednak należy powody, dla których przepis art. 444 ust. 3 ZamPublU pozwala organowi nadzorującemu wystąpić o unieważnienie jedynie części umowy. W przypadku uznania, że zamówienie udzielone zostało w trybie z wolnej ręki bez dochowania ustawowych przesłanek, umowa powinna być unieważniona w całości. Tak rozwiązano tę kwestię w podstawach unieważnianiu umowy określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ZamPublU. Zgodnie z art. 457 ust. 3 ZamPublU unieważnienie umowy na tej podstawie odnosi skutek od momentu jej zawarcia. Jedyny wyjątek uczyniono dla KIO wydającej orzeczenie o unieważnieniu umowy. To rozwiązanie wydaje się racjonalne, biorąc pod uwagę czas, w jakim od wniesienia odwołania zapadają wyroki tego organu. Zasadnym zatem postulatem *de lege ferenda* jest, aby przyznać sądowi kompetencje do unieważnienia umowy w całości. Rozwiązanie to miałoby zarówno charakter prewencyjny w stosunku do zamawiającego, który dopuścił się wadliwych działań, jak również ograniczałoby dochodzenie innych roszczeń przez zainteresowane podmioty, w szczególności roszczeń o charakterze odszkodowawczym.

Jedyną zaś drogą zmierzającą do unieważnienia umowy jest powództwo do sądu powszechnego, w związku z czym wszelkie dalsze czynności mogą być podejmowane przez organ nadzorujący tylko na podstawie przepisów KPC. W przypadku wystąpienia z powództwem do sądu o unieważnienie umowy, zasadne wydaje się być chociażby równoczesne złożenie wniosku o zabezpieczenie (poprzez nakazanie przez sąd wstrzymania realizacji umowy do czasu rozpatrzenia sprawy sądowej), choć mając na względzie zakres niepożądanych skutków związanych z realizacją wadliwie udzielonego zamówienia, należałoby rozważyć skorzystanie z instytucji, uregulowanej w art. 730 KPC – zabezpieczenia przed wytoczeniem powództwa, z uwagi na potrzebę ochrony uczciwej konkurencji na rynku i zapewnienie przejrzystości i efektywności wydatkowania środków publicznych.

Ustawodawca w art. 457 ust. 1 ZamPublU zawarł katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W kontekście zamówień *in-house* na szczególną uwagę zasługują następujące przesłanki:

- 1) umowa podlega unieważnieniu, jeżeli została zawarta z naruszeniem

³⁶⁵ J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2021*, kom. do art. 444, LEX/el.

- przepisów;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
 - 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2 ZamPublU.

Mając na względzie dyspozycję art. 444 ust. 1 ZamPublU w ramach postępowania o unieważnienie umowy kompetencje sądu będą ograniczały się do oceny nieprawidłowości zastosowania przez zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU. Unieważnienie umowy będzie zatem uzasadnione wykryciem przez sąd niewłaściwej oceny jednej lub kilku przesłanek udzielenia zamówienia *in-house*.

W dalszej kolejności zauważyć należy deklarację zawartą w art. 444 ust. 4 ZamPublU, zgodnie z którą ust. 1–3 tego przepisu nie wyłączają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym wynikających z odrębnych przepisów, która daje możliwość wyciągania wielu konsekwencji za naruszenie wskazanych przepisów ustawy. Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę że jest to dodatkowy, nadzwyczajny niejako instrument kontroli udzielania zamówień *in-house*.

Ustawodawca w art. 444 ZamPublU określił zatem obowiązki organu sprawującego nadzór finansowy nad zamawiającym udzielającym tzw. zamówień *in-house*. Ustawodawca nie wskazał jednak wprost w ustawie organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającymi udzielającymi zamówień *in-house*. W ustaleniu odpowiedniego organu nadzorującego pomocne będzie zatem wskazanie podmiotów, które mogą posiadać status zamawiającego. Dyrektywa 2014/24/UE, w art. 2 ust. 1 pkt 1, wyszczególnia jako zamawiającego: państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego, związki złożone z co najmniej jednej z wyżej wskazanych instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. O ile nie ma żadnych wątpliwości co wykładni pojęcia państwa oraz władz regionalnych lub lokalnych, zakres przedmiotowy terminu „podmioty prawa publicznego” jest dość ogólny i wymaga doprecyzowania. Za podmiot prawa publicznego uznaje się bowiem podmiot, który spełnia łącznie następujące przesłanki:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

- 2) posiada osobowość prawną;
- 3) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego;
- 4) jego zarząd podlega nadzorowi ze strony państwa, władz regionalnych lub lokalnych lub innych podmiotów prawa publicznego;
- 5) ponad połowa członków jego organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego³⁶⁶.

Właściwość organu sprawującego nadzór jest uzależniona od jego formy działania, a także regulacji ustrojowych oraz zasad funkcjonowania³⁶⁷. Zazwyczaj funkcja ta będzie sprawowana przez organy administracji publicznej. Wielość podmiotów, do których stosuje się procedury przetargowe, skutkuje wyodrębnieniem wielu podmiotów nadzoru. Najczęściej pełnienie przez dany organ funkcji nadzorczej możliwe jest na podstawie przepisów statuujących istnienie podmiotów nadzorowanych – zamawiających. W przypadku organów administracji publicznej organem nadzoru w stosunku do gmin, powiatów i województw jest Prezes Rady Ministrów oraz wojewoda³⁶⁸. Zgodnie zaś z art. 171 ust. 2 Konstytucji RP organem nadzoru nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych są natomiast regionalne izby obrachunkowe.

Prezesa Rady Ministrów zakwalifikować jednak należy jako nadzwyczajny organ nadzoru, o czym przesądzają przesłanki umożliwiające mu ingerencję w działalność samorządów, a także jej formy i skutki³⁶⁹. Wśród kompetencji Prezesa Rady Ministrów wyróżnić można:

- 1) wnioskowanie do Sejmu o rozwiązanie organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli organ ten rażąco narusza Konstytucję RP lub ustawy, oraz wyznaczenie osoby pełniącej funkcję rozwiązanego organu³⁷⁰;

³⁶⁶ Art. 2 ust. 1 pkt 4 Dyrektywy 2014/24/UE.

³⁶⁷ J. Pawelec (red.), *Zamówienia in-house...*, s. 60-66.

³⁶⁸ Art. 86 SamGminU, art. 76 SamPowiatU, art. 78 SamWojU.

³⁶⁹ A. Szewc (w:) *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, A. Szewc (red.), art. 78, Warszawa 2008.

³⁷⁰ Art. 171 ust. 3 Konstytucji RP, art. 96 ust. 1 SamGminU, art. 83 ust. 1 SamPowiatU, art. 84 ust. 1 SamWojU.

- 2) odwołanie organu wykonawczego, w sytuacji powtarzającego się naruszenia Konstytucji RP lub ustaw przez ten organ, oraz wyznaczenie osoby, która będzie pełniła jego funkcje³⁷¹;
- 3) zawieszanie organów samorządu, w przypadkach nierokujących szybkiej poprawy i przedłużającego się braku skuteczności w wykonywaniu zadań publicznych, oraz ustanawianie zarządu komisarycznego³⁷²;
- 4) uzgodnienie statutu gminy powyżej 300 000 mieszkańców³⁷³;
- 5) uzgodnienie statutu województwa³⁷⁴.

Prezes Rady Ministrów nie będzie zatem właściwym organem nadzorczym nad jednostkami samorządu terytorialnego, udzielającymi zamówienia *in-house*.

Wojewoda oraz regionalne izby obrachunkowe sprawują natomiast bieżący nadzór, który rozróżnia kryterium charakteru sprawy. Wojewoda jest właściwy w tych sprawach, które nie należą do kompetencji Prezesa Rady Ministrów lub RIO. Ponadto jest on organem nadzoru o kompetencji ogólnej³⁷⁵.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 RegIzbObrU Regionalne Izby Obrachunkowe sprawują natomiast nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych określonych w art. 11 ust. 1 RegIzbObrU oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych jednostek samorządu terytorialnego. Za B. Majchrzakiem wskazać należy, że pojęcie spraw finansowych zostało przybliżone w treści art. 11 ust. 1 RegIzbObrU³⁷⁶, który zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy dookreśla zakres czynności samorządowych objętych nadzorem RIO³⁷⁷. Według autora kompetencje nadzorcze izb nie powinny być poszerzane względem art. 11 ust. 1 RegIzbObrU przez podejmowanie prób autonomicznego interpretowania konstytucyjnego pojęcia sprawy finansowej³⁷⁸. Stanowisko doktryny w zakresie definiowania spraw finansowych nie jest

³⁷¹ Art. 96 ust. 2 SamGminU, art. 83 ust. 2 SamPowiatU, art. 84 ust. 2 SamWojU.

³⁷² Art. 97 ust. 1 SamGminU, art. 84 ust. 1 SamPowiatU, art. 85 ust. 1 SamWojU.

³⁷³ Art. 3 ust. 2 SamGminU.

³⁷⁴ Art. 7 ust. 1 SamGminU.

³⁷⁵ G. Jyż (w:): *Samorząd gminny. Komentarz*, A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki (red.), art. 86, Warszawa 2005.

³⁷⁶ B. Majchrzak, *Analiza pracy regionalnych izb obrachunkowych i samorządowych kolegiów odwoławczych*, Warszawa 2018, s. 17.

³⁷⁷ J.M. Salachna, *Orzecznictwo regionalnych izb obrachunkowych – główne problemy interwencyjne* (w:) *Orzecznictwo w systemie prawa*. II Konferencja Naukowa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Gdańsk 17–18.09.2007 r., T. Bądkowski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), Warszawa 2008, s. 149–150.

³⁷⁸ B. Majchrzak, *Analiza...*, s. 18.

jednak jednolite. Na przykład T. Dębowska-Romanowska uznaje, że „sprawy finansowe” to sprawy związane z prowadzeniem publicznej gospodarki finansowej samorządu terytorialnego oraz wszelkich czynności prowadzących do pobierania i gromadzenia lokalnych zasobów publicznych, administrowania nimi oraz ich wydatkowania na cele publiczne³⁷⁹. D. Leszczyk, który wskazał zaś, że pojęcie spraw finansowych wskazane w art. 171 ust. 2 Konstytucji RP, art. 86 SamGminU, art. 76 ust. 1 SamPowiatU i art. 78 ust. 1 SamWojU. Należy rozumieć szeroko. Jednak jak słusznie podkreśla B. Majchrzak, z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika, że kompetencja nadzorcza RIO nie może być domniemana, w szczególności zatem jej zakres przedmiotowy musi być ściśle określony, co nastąpiło na gruncie art. 11 ust. 1 RegIzbObrU³⁸⁰.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 RegIzbObrU w zakresie działalności nadzorczej właściwość rzeczowa RIO obejmuje uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy jednostek samorządu terytorialnego w sprawach:

- 1) procedury uchwalania budżetu i jego zmian;
- 2) budżetu i jego zmian;
- 3) zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego jednostek samorządu terytorialnego oraz udzielania pożyczek;
- 4) zasad i zakresu przyznawania dotacji z budżetu jednostek samorządu terytorialnego;
- 5) podatków i opłat lokalnych, do których mają zastosowanie przepisy Ordynacji podatkowej;
- 6) absolutorium;
- 7) wieloletniej prognozy finansowej i jej zmian.

Zaprezentowany zakres działalności RIO nie obejmuje swym zakresem zamówień publicznych. Jednak izby zostały wyposażone w uprawnienia kontrolne, które dotyczą *stricto* systemu zamówień publicznych, a wśród których znajduje się kontrola:

- 1) przestrzegania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych przy nabywaniu przez jednostki samorządu terytorialnego usług, dostaw i robót budowlanych;

³⁷⁹ T. Dębowska-Romanowska (w:) *15 lat funkcjonowania regionalnych izb obrachunkowych jako organów nadzoru i kontroli gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego*, J. Małecki, R. Hauser, Z. Janku (red.), Poznań 2007, s. 9.

³⁸⁰ B. Majchrzak, *Analiza...*, s. 18.

- 2) przestrzegania zasad gospodarki finansowej, w szczególności zgodności zaciągniętych zobowiązań i wydatków ponoszonych na realizację zamówień publicznych z uchwałami budżetowymi jednostek samorządu terytorialnego i ich planami finansowymi;
- 3) prawidłowości rozliczenia finansowego z wykonawcą zamówienia publicznego – dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi oraz sankcji za wykonanie robót z opóźnieniem lub z nienależyłą jakością.

W praktyce ustalenie organu nadzoru będzie następowało indywidualnie dla każdego przypadku, w zależności od osoby zamawiającego, tj. na podstawie przepisów odrębnych, bądź na podstawie aktów założycielskich, w tym statutów albo regulaminów.

5.3. Nadzór i kontrola w zamówieniach *in-house*

W przypadku zamówień *in-house* zwrócić uwagę dodatkowo należy na przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu, określone w art. 214 ZamPublU. Zgodnie z powołanym przepisem zamówienia te udzielane są przez zamawiającego osobie prawnej, przez osobę prawną innemu zamawiającemu lub innej osobie prawnej, przez zamawiającego osobie prawnej kontrolowanej wspólnie z innymi zamawiającymi oraz w wyniku umowy pomiędzy co najmniej dwoma zamawiającymi. W przepisach dotyczących każdego z tych rodzajów zamówień ustawodawca zawarł też dodatkowe przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie, aby zamówienie mogło zostać udzielone w trybie z wolnej ręki. W praktyce zamówienia te dotyczą zadań publicznych wykonywanych przez jednostki samorządu terytorialnego przy pomocy własnych podmiotów, ale będących formalnie od zamawiającego wyodrębnionych.

Zamówienia *in-house* udzielane są w trybie z wolnej ręki, co oznacza, że umowa jest zawierana po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą. Jednak w wypadku zamówień *in-house* nie jest możliwe zawarcie umowy bezpośrednio po przeprowadzeniu negocjacji, tak jak w przypadku innych zamówień udzielanych z wolnej ręki. Ponadto, jak już sygnalizowano, zamawiający przed udzieleniem zamówienia typu *in-house* ma obowiązek zamieścić informację o zamiarze zawarcia umowy w BZP. Organ sprawujący nadzór nad zamawiającym (wojewoda) z ww. informacji może dowiedzieć się o podstawie prawnej i uzasadnieniu wyboru trybu

zamówienia z wolnej ręki. Informacje te są dostępne także dla wykonawców, którzy mogą wystąpić do organu sprawującego nadzór o sprawdzenie podstaw prawnych i faktycznych udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Dalsze działania organu sprawującego nadzór prowadzone są z urzędu.

Nie sposób pominąć, iż w świetle art. 444 ZamPublU w odniesieniu do spółek komunalnych – którym zazwyczaj udzielane są zamówienia *in-house* – ustalenie organu nadzoru może budzić wątpliwości. Zgodnie z art. 10a GospKomU spółki komunalne muszą posiadać radę nadzorczą. Rada nadzorcza jest organem o charakterze wewnętrznym, co nie spełnia warunków określonych w art. 444 ZamPublU, które zdają się nawiązywać do kontroli zewnętrznej, sprawowanej przez podmiot niezależny. Jak wcześniej wskazywani nadzór może mieć różny charakter oraz zakres przedmiotowy. W przypadku spółek komunalnych zasadnym wydaje się być objęcie ich działalności nadzorem formalno-prawnym, weryfikującym przestrzeganie przepisów obowiązującego prawa. Organy korporacyjne, takie jak wspomniana rada nadzorcza, nie posiadają uprawnień do podejmowanie jakichkolwiek działań egzekwujących wykryte naruszenia, a przede wszystkim do wpływania na nawiązywanie stosunków prawnych. W tym przypadku może okazać się, że w różnym zakresie nadzór będzie sprawowany przez różne podmioty.

Za organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającymi udzielającymi zamówień *in-house* będą mogły być w szczególności uznane RIO, które sprawują nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych określonych w art. 11 ust. 1 RegIzbObrU oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych podmiotów wymienionych w tym przepisie.

W konkluzji wskazać należy, że przyznanie organom sprawującym nadzór finansowy nad zamawiającymi udzielającymi zamówień *in-house* szczególnych uprawnień nadzorczych wynika z zagrożeń dla konkurencji wynikających z zastosowania tego trybu. Ponadto zasadny wydaje się wniosek *de lege ferenda* doprecyzowania wskazanej powyżej luki prawnej, wywołującej trudności interpretacyjne, związane z ustaleniem właściwego organu nadzoru finansowego nad zamawiającym. Brak przedmiotowych regulacji może doprowadzić do sytuacji, w której stosowanie przepisów o nadzorze nad zamówieniami *in-house* będzie niemożliwe lub ich stosowanie nie będzie prawidłowe. Dodatkowo zwrócić uwagę należy, że przepisy ZamPublU nie określają formy czynności organu nadzorczego polegających na zakazaniu zawarcia umowy oraz zwróceniu się do zamawiającego o wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy. Z drugiej

zaś strony, ustawodawca nie przewidział także środków ochrony prawnej dla zamawiającego, który podlega nadzorowi. Z tego powodu możliwość merytorycznej obrony przez zamawiającego będzie możliwa wyłącznie w postępowaniu o unieważnienie umowy.

Nie sposób również pominąć, iż dodatkowym środkiem kontrolnym w systemie zamówień publicznych są środki ochrony prawnej, przysługujące wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, na podstawie art. 505 ZamPublU. Istotnym dla tego zagadnienia jest zdefiniowanie wykonawcy, przez którego, zgodnie z art. 7 pkt 30 ZamPublU, należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W systemie zamówień *in-house* krąg podmiotowy wykonawców zaproszonych do negocjacji ograniczony jest do jednego podmiotu, strukturalnie powiązanego z zamawiającym. Wobec tego w przypadku tej procedury każdy „inny podmiot”, wykazujący interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz fakt poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ZamPublU, będzie mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. W praktyce będzie to każdy podmiot, który ze względu na rodzaj działalności mógłby być zainteresowany udzieleniem danego zamówienia.

Klasycznymi środkami ochrony prawnej przysługującym wykonawcom, jest odwołanie do Prezesa KIO (art. 513 ZamPublU i nast.) oraz skarga do sąd okręgowego (art. 579 ZamPublU i nast.). Uprawnione podmioty mogą skorzystać z tych środków, na zasadach ogólnych, w celu weryfikacji poprawności udzielenia zamówienia *in-house* w trybie zamówień z wolnej ręki, bowiem ustawodawca nie przewidział w tym zakresie wyłączenia stosowania przepisów ogólnych ZamPublU. Również w orzecznictwie podkreśla się szczególną rolę, przyznanych zainteresowanym podmiotom uprawnień w zakresie wykorzystywania środków ochrony prawnej. Jako przykład można wskazać fragment wyroku KIO, w którym wskazywano, że: *„To na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w taki sposób, aby nie budziło to żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji*

ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU2004, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę”³⁸¹.

³⁸¹ Wyr. KIO z 27.12.2018 r., KIO 2567/18, Legalis nr 1882862.

6. Zamówienia *in-house* w systemie zamówień publicznych

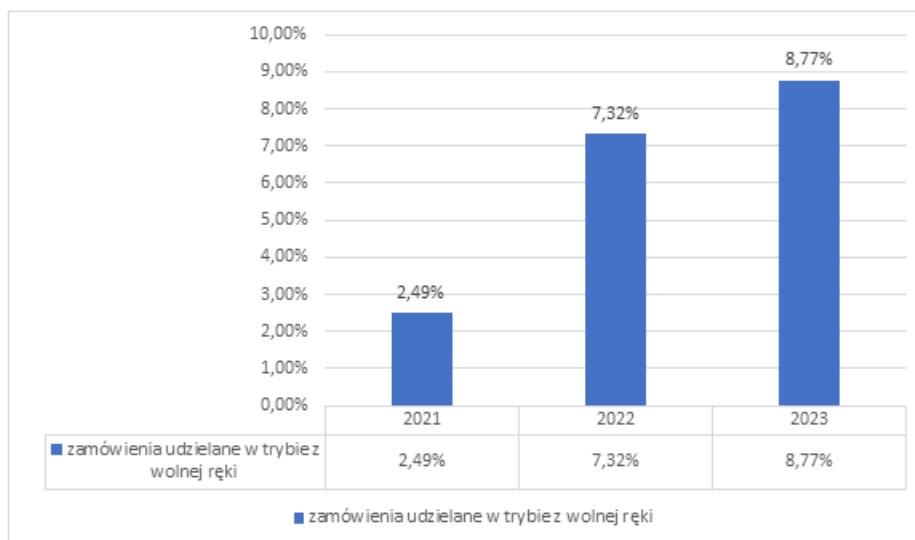
Zamówienia z wolnej ręki, pomimo szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz ścisłych i ograniczonych warunków ich stosowania, z roku na rok stają się coraz częściej wybieranym trybem postępowania w systemie zamówień publicznych.

Jak wynika z danych statystycznych publikowanych przez Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych UZP stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie ZamPubIU, wykazuje od 2021 roku tendencje wzrostową. Szczegółowa struktura trybów w tym badaniu została określona na podstawie ogłoszeń o wyniku postępowania opublikowanych kolejno w latach 2021, 2022 oraz 2023. Z danych zawartych w Informacjach o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2021, 2022 oraz 2023³⁸² wynika że:

- 1) w 2021 r. (stan na dzień 31 grudnia 2021 r.), w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielono 2,49 % zamówień;
- 2) w 2022 r. (stan na dzień 31 grudnia 2022 r.) w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielono 7,32 % zamówień;
- 3) w 2023 r. (stan na dzień 30 kwietnia 2023 r.) w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielono 8,77 % zamówień.

Powyższe wyniki badań ukazują, że z roku na rok stosowanie trybu zamówień z wolnej ręki wzrasta kilkukrotnie do wartości prezentowanej w roku poprzedzającym (wykres 1). Pomiędzy 2021 a 2022 rokiem wartość ta wzrosła o 4,83 punktów procentowych, a więc o ponad 193%. Jeśli chodzi o rok 2023 zauważyć należy, iż dotychczas opublikowano wyłącznie dane statystyczne za okres do dnia 30 kwietnia 2023 r. Pomimo upływu jedynie czterech miesięcy na dzień 30 kwietnia 2023 r. odsetek zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki był wyższy niż w roku poprzednim o 1,45 punktów procentowych, czyli o ponad 19 %. Powyższe umożliwia przyjęcie założenia, iż do końca 2023 roku wartość prezentowana na dzień 30 kwietnia 2023 r. może wzrosnąć nawet trzykrotnie.

³⁸² Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/informacje-o-rynku-zamowien-publicznych-na-podstawie-ogloszen>, dostęp: 30.4.2023 r.

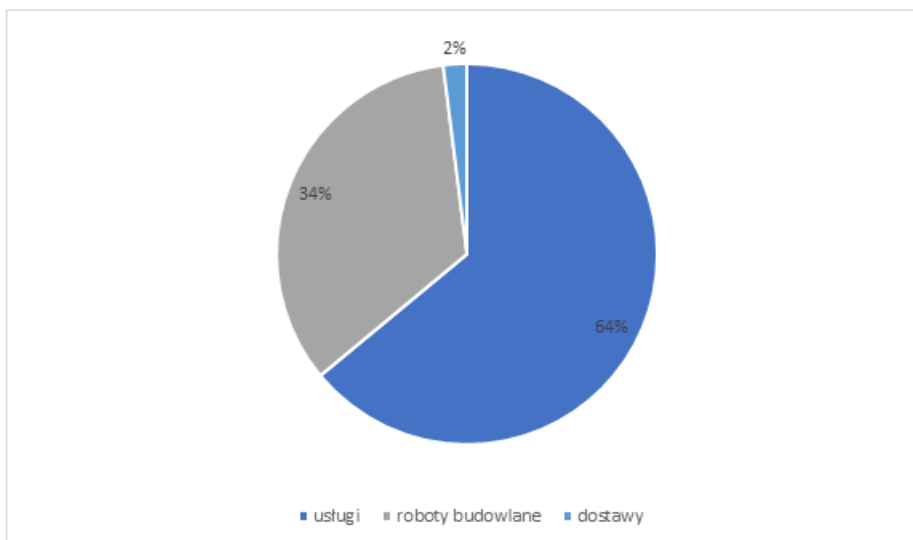


Wykres 1. Zamówienia udzielane w trybie z wolnej ręki w latach 2021-2023 (opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych w Informacji o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych)

Szczegółowych danych dotyczących zastosowania instytucji *in-house* dostarcza natomiast Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych³⁸³. Na dzień sporządzenia przedmiotowej dysertacji sporządzono i opublikowano badania dotyczące zamówień *in-house* udzielonych na gruncie ZamPubliU wyłącznie za rok 2021 r. Mimo tego warto wskazać jak przedstawiały się wartości udzielonych zamówień *in-house* w analizowanym okresie.

Jak wynika z opublikowanych badań statystycznych większość zamówień *in-house* dotyczyła usług – 64% postępowań, z kolei roboty budowlane stanowiły 34% przypadków. Pozostałe 2% to postępowania na dostawy (wykres 2). Instytucja *in-house* stosowana była w przeważającej części przez jednostki samorządu terytorialnego – ok. 95% udzielonych zamówień. Pozostała część udzielona została przez organy administracji rządowej, zamawiających określających się jako podmiot prawa publicznego oraz inny.

³⁸³ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. – zob. [online:] <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2021-r>, dostęp: 20.4.2023 r.



Wykres 2. Przedmiot zamówień *in-house* (opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych w Informacji o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych)

W Sprawozdaniu zaprezentowano także wartości udzielonych zamówień *in-house*, z uwzględnieniem przesłanki, na podstawie której przeprowadzono postępowanie. Najczęściej, w publikowanych ogłoszeniach, decydowano się na udzielenia zamówień z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU (udzielenie zamówienia podmiotowi wewnętrznemu w trybie z wolnej ręki) – 634 postępowania. Na drugim miejscu uplasowała się przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 ZamPublU (udzielenie zamówienia podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilku zamawiających) – 40 postępowania. Niewiele mniej, bo 34 postępowania, oparto na przesłance z art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU (udzielenie zamówienia przez podmiot kontrolowany kontrolującemu go zamawiającemu). Najmniej postępowania udzielono na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 14 (umowa zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi) – wyłącznie 4 postępowania. W tabeli poniżej zaprezentowano wartości udzielonych zamówień (Tabela 1.).

Przesłanka art. 214 ust. 1 ZamPublU	Liczba	Wartość
pkt 11	203	3 711 193 063,91 zł
pkt 12	25	55 374 749,48 zł
pkt 13	14	160 325 177, 01 zł
pkt 14	1	1 463 414, 63 zł
Razem	243	3 928 356 405, 03 zł

Tabela 1. Zamówienia, w których zastosowano odpowiednią przesłankę *in-house*³⁸⁴

Zwrócić uwagę należy, iż w stosunku do liczby postępowań ogłoszonych przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, zamówienia ogłaszane przez polskich zamawiających stanowią wysoki odsetek ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE. W latach 2021 -2023 wynosiły one:

- 1) w 2021 r. (stan na 31 grudnia 2021 r.) około 37,07%;
- 2) w 2022 r. (stan na 31 grudnia 2022 r.) około 40,15%;
- 3) w 2023 r. (stan na 30 kwietnia 2023 r.) około 40,15 %³⁸⁵.

Z zaprezentowanych powyżej danych wynika, iż zamówienia *in-house* odgrywają ważną rolę w systemie zamówień publicznych, a ich popularność oraz udział w rynku zamówień wzrasta z roku na roku. Wartość wzrostu publikowanych oraz udzielanych zamówień jest wysoka, co oznacza, że instytucje zamawiające, coraz częściej decydują się na udzielenia zamówień w niekonkurencyjnych trybach, a suma wartości udzielanych zamówień jest wysoka, bowiem sięga miliardów złotych.

Największy odsetek zamówień typu *in-house* jest udzielana w klasycznym trybie, a więc pomiędzy zamawiającym sprawującym nad jednostką przyjmującą zamówienie kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, przy czym ponad 90% działalności kontrolowanej osoby

³⁸⁴ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r., s. 26.

³⁸⁵ Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/informacje-o-rynku-zamowien-publicznych-na-podstawie-ogloszen>, dostęp: 30.4.2023 r.

prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, a w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Nie sposób przy tym pominąć, iż wysoki odsetek ogłoszeń przetargów przez „nowe” państwa członkowskie UE, stanowią zamówienia z Polski. Tym samym uznać należy, iż zamówienia *in-house* stanowią ważny element systemu zamówień publicznych, ale nie tylko w skali krajowej, ale również europejskiej.

Rozdział III

Podmioty realizujące zamówienia *in-house*

1. Wprowadzenie

Pojęcie podmiotu wewnętrznego, podobnie jak pojęcie zamówień *in-house* ukształtowało się w orzecznictwie TSUE³⁸⁶. Jak już sygnalizowano we wcześniejszej części pracy, zgodnie z utrwalonym dorobkiem orzecznictwa dopuszczono możliwość powierzenia zadań z zakresu użyteczności publicznej przy braku zastosowania mechanizmów konkurencyjności, w przypadku gdy podmiot publiczny włączy przedsiębiorstwem, któremu jest powierzane świadczenie usług, jak właściciel³⁸⁷. Należy przy tym zauważyć, że powierzenie świadczenia usług z obszaru użyteczności publicznej odbywa się według specyficznych reguł związanych z ustaleniem sposobu finansowania działalności podmiotu realizującego tego rodzaju zadanie, które opiera się na zasadach rekompensaty. Rekompensata ta polega na ustaleniu wysokości wynagrodzenia na poziomie tożsamym z poniesionymi kosztami, co uzasadnia się celem świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Wynagrodzenie to powinno się powiększyć o kategorię tzw. uzasadnionego (godziwego) zysku. Powyższe powoduje, że podmiot publiczny zwraca wykonawcy, któremu powierzył zadanie, wszelkie poniesione celem świadczenia usług koszty, zaś w przypadku gdyby były one niższe od przewidywanych, realizujący zadanie zwraca powstałą różnicę. Przedstawiony powyżej model finansowania zadań publicznych wiąże się z równoczesnym przeniesieniem całości ryzyka wykonywania działalności gospodarczej na podmiot publiczny, co stanowi jego istotną wadę z punktu widzenia optymalizacji wydatkowania środków finansowych pozostających w dyspozycji jednostek sektora finansów publicznych³⁸⁸. Należy również zwrócić uwagę, że dodatkowym aspektem działalności podmiotów, którym państwo

³⁸⁶ Np.: Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*; wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*; wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen GmbH* przeciwko *Gemeinde Brixen* i *Stadtwerke Brixen AG*, ZOTSiS 2005, nr 10A, poz. I-8585; wyr. TSUE z 6.4.2006 r., C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)* przeciwko *Comune di Bari* i *AMTAB Servizio SpA*, ZOTSiS 2006, nr 4, poz. I-3303; wyr. TSUE z 24.7.2003 r., C-280/00, *Altmark Trans GmbH* i *Regierungspräsidium Magdeburg* przeciwko *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

³⁸⁷ W. Fill, M. Mędrala, A. Mituś, *Kierunki zmian w administracji publicznej*, Warszawa 2018, s. 131-132.

³⁸⁸ W. Fill, M. Mędrala, A. Mituś, *Kierunki ...*, s. 131-132.

władza jak właściciel, jest faktyczna niemożność prowadzenia przez nie działalności innej niż związana z świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, co wynika z dążenia do uniknięcia sytuacji, w której podmiot znajdujący się w uprzywilejowanej pozycji wynikającej z finansowania jego działalności przez państwo, odnosi z tego tytułu korzyści względem przedsiębiorców poddanych mechanizmom konkurencji.

W polskim systemie prawnym powierzenie zadań publicznych podmiotowi wewnętrznemu realizowane jest m.in. w ramach zamówień publicznych. Zamówienia publiczne umożliwiają bowiem realizację rosnących oczekiwań społeczeństwa w zakresie poprawy jakości ich realizacji oraz zwiększenia efektywności gospodarowania środkami pozostającymi w dyspozycji podmiotów publicznych. Prawidłowe przygotowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ZamPublU kompleksowego podejścia obejmującego zarówno zagadnienia prawne, jak i kwestie ekonomiczne oraz aspekty polityczno-społeczne. Z tych też względów, zamówienia publiczne stanowią co raz to większe wyzwanie dla podmiotów realizujących zadania publiczne³⁸⁹.

Wobec powyższego niniejszy rozdział został poświęcony podmiotom realizującym zamówienia *in-house*. Na wstępie omówiono procedurę udzielania zamówień publicznych jako formę wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w oparciu o przepisy GospKomU. W tym zakresie jednostka samorządu terytorialnego może zadecydować na podstawie przeprowadzonej oceny zasadności, że powierzenie określonych zadań powinno nastąpić w oparciu o przepisy ZamPublU, w tym również w trybie zamówienia *in-house*. Stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU możliwe jest udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy – wykonawcy będącemu osobą prawną, która spełni ustawowe przesłanki. Stąd też konieczna stała się analiza przepisów prawa prowadząca do wskazania podmiotów, które mogą realizować zamówienia *in-house*.

W rozdziale tym w szczególności dokonano omówienia statusu spółki komunalnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych. Dla przeprowadzenia powyższej analizy niezbędne okazało się sięgnięcie również do innych

³⁸⁹ H. Wolska, *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 81.

ustaw, które wprawdzie nie odnoszą się bezpośrednio do spółek komunalnych, niemniej przesądzają o zakresie stosowania prawa zamówień publicznych, zawierając istotne dla przedmiotu pracy definicje legalne. Omówiono także relacje łączące zamawiającego z wykonawcą mając na względzie przesłanki udzielenia zamówień *in-house* w zakresie wykazania kontroli zamawiającego nad osobą prawną. Końcowo w rozdziale tym analizie poddano, czy przepisy ZamPublU umożliwiają zastosowanie wobec spółki komunalnej – utworzonej na podstawie art. 9 ust. 1 GospKomU – zamówień wewnętrznych w przypadku powierzenia im przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań publicznych w drodze umowy, tj. poza trybem tzw. administracyjnego powierzenia zadań publicznych.

2. Zamówienie publiczne jako forma wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego

Odpowiedzialność jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania zadań publicznych jest elementem jego społecznej i organizacyjnej roli. Jednostki te uczestniczą, stosownie do regulacji zawartych w Konstytucji RP, w sprawowaniu władzy publicznej. W tym zakresie ustawodawca wyposażył je we władcze kompetencje i uprawnienia oraz władztwo finansowe wynikające z dysponowania środkami publicznymi. Z tego powodu tak istotne są zagadnienia dotyczące sposobu i formy wykonywania zadań własnych, jako związanych z wydatkowaniem środków publicznych w interesie społeczności samorządowej. Decyzja organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wyboru sposobu i formy wykonywania zadań własnych powinna być poprzedzona wnikliwą analizą opartą na szeregu przesłanek. Z punktu widzenia ekonomicznego, obowiązkiem organów gminy i związanej z nimi administracji komunalnej jest dbałość o skuteczne i efektywne ich wykorzystanie, w dobrze pojętym interesie wspólnoty samorządowej. Efektywność jest pojęciem trudnym do jednoznacznego zdefiniowania, a rozumiana jako stosunek efektu do nakładu, jest relatywnie najbardziej syntetyczną miarą. Jednakże na efektywność podmiotu wpływa wiele czynników³⁹⁰. W doktrynie wskazuje się, że zarządzaniu można przypisać cechę efektywnego, jeśli jego wynikiem będą pozytywnie ocenione rezultaty działań. W zarządzaniu każdym bowiem podmiotem kluczowe jest by jego celem było działanie w dobrze pojętym interesie publicznym³⁹¹.

Z uwagi na przedmiot pracy szczególnego rozważenia wymaga powierzenie zadań jednostek samorządu terytorialnego podmiotom zależnym, które tworzone są przez jednostki samorządu terytorialnego w celu wykonywania ich zadań. Powierzenie zadań publicznych następuje zarówno poprzez zawieranie umów, jak i poprzez powierzenie na innej niż umowa podstawie prawnej. Jak wskazuje W. Dzierżanowski ustawodawca przyznaje w tym zakresie jednostkom samorządu terytorialnego swobodę, która może być jednak postrzegana jako istotne zagrożenie dla konkurencji, w szczególności tam gdzie świadczenia tego samego rodzaju wypełniają podmioty prywatne, a oferowane przez nie warunki są lub przynajmniej mogą być korzystniejsze od tych, które są udziałem spółki

³⁹⁰ J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane...*, s. 112.

³⁹¹ Z. Dolewka, *Zarządzanie w jednostkach organizacyjnych gminy*, SE 2013, nr 168.

komunalnej. Ponadto podkreślić należy, że przepisy GospKomU i ich relacja z prawem zamówień publicznych są przedmiotem wielu kontrowersji³⁹².

Jednostki samorządu terytorialnego realizują zadania publiczne wyznaczone przez ustawodawcę zaspokajając w ten sposób potrzeby lokalnych społeczności. Najistotniejsze znaczenie mają zadania własne jednostek samorządu terytorialnego o charakterze obowiązkowym, których niewykonywanie lub wykonywanie w sposób niewłaściwy może skutkować zastosowaniem wobec organów jednostek samorządu terytorialnego środków nadzorczych, o których mowa w przepisach samorządowych ustaw ustrojowych. Wykonywanie przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty samorządowej określa się jako gospodarkę komunalną. Gospodarka komunalna obejmuje więc zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zasady i formy gospodarki komunalnej określone zostały w przepisach ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej.

Do zadań własnych podstawowej jednostki samorządu terytorialnego (gminy), zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz.U. 2021 poz. 1372), należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnot. Przepis ten zawiera otwarty katalog zadań użyteczności publicznej obejmujący m.in. sprawy:

- 1) ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej;
- 2) gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego;
- 3) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz;
- 4) porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu przeciwpowodziowego;

³⁹² W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 127.

- 5) utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych.

Ponadto, zasady i formy gospodarki komunalnej regulowane są w innych aktach normatywnych z zakresu materialnego prawa administracyjnego. Przepisy te ograniczają, często w dużym stopniu, swobodę jednostek samorządu terytorialnego w zakresie kształtowania sposobu wykonywania zadań własnych. Dla przykładu, przepisy CzystGmU, wymagają od organu wykonawczego gminy przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub na odbiór i zagospodarowanie tych odpadów. Na marginesie należy wskazać, że nowelizacja CzystGmU w zakresie, w jakim ustawodawca przesądził o przetargowym trybie wyboru wykonawcy usługi odbierania albo odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, ożywiła dyskusję wobec zamówień wewnętrznych³⁹³. Środowiska związane z jednostkami samorządu terytorialnego wskazywały ówczesnie na nieuprawnioną ingerencję ustawodawcy w sferę autonomicznych decyzji jednostki, związanych ze sposobem wykonywania zadań publicznych. Wprowadzenie trybu przetargu jako obowiązkowego, które wiązało się z wymogiem stosowania przez jednostki samorządu terytorialnego przepisów prawa zamówień publicznych, eliminowało ich zdaniem przede wszystkim możliwość powierzenia realizacji wskazanego zadania własnym jednostkom organizacyjnym, w tym spółkom prawa handlowego³⁹⁴. Trybunał Konstytucyjny badając zgodność nowelizacji ustawy z Konstytucją RP nie dopatrył się jednak naruszenia przez ustawodawcę norm konstytucyjnych w odniesieniu do art. 6d ust. 1 i art. 6e CzystGmU³⁹⁵.

W zakresie niepodlegającym przepisom szczególnym, o wyborze sposobu prowadzenia gospodarki komunalnej i formach tej gospodarki rozstrzygają organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego w drodze uchwały podjętej na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 GospKomU. Oznacza to, że domniemanie kompetencji w tym zakresie przysługuje organom stanowiącym jednostek samorządu terytorialnego. Uchwała taka, jako że przekazuje kompetencje i zadania ustawowo przypisane organowi jednostki samorządu terytorialnego na podmiot pozostający poza strukturą tych organów, stanowi

³⁹³ P. Walczak (red.), *Uchwały i zarządzenia organów samorządu terytorialnego dotyczące spraw finansowych*, Warszawa 2015, s. 266-267.

³⁹⁴ P. Walczak (red.), *Uchwały i zarządzenia ...*, s. 266-267.

³⁹⁵ Wyr. TK z 28.11.2013 r., K 17/12, OTK-a 2013, Nr 8, poz. 125; post. TK z 26.2.2014 r., K 52/12, OTK-a 2014, Nr 2, poz. 25.

akt prawa miejscowego. Wyborem sposobu prowadzenia gospodarki komunalnej będzie również rozstrzygnięcie jednostki samorządu terytorialnego w kwestii zmiany, jaka w zakresie przekazanych zadań i kompetencji prowadzi będzie do modyfikacji katalogu powierzonych uprzednio danemu podmiotowi zadań. Jak podkreśla się w doktrynie, jeżeli nawet dany podmiot wykonywał już wcześniej na terenie jednostki samorządu terytorialnego określone zadanie własne tej jednostki, to kwestia dokonania zmian w tym zakresie wymaga podjęcia stosownej uchwały przez organ stanowiący danej jednostki³⁹⁶. Ponadto, należy wskazać, że rada gminy może wybrać formę organizacyjno-prawną prowadzenia gospodarki komunalnej, ale tylko w zakresie podmiotów komunalnych, w pozostałych zaś przypadkach, tj. powierzając wykonywanie zadań gospodarki komunalnej podmiotowi zewnętrznemu, nie może wskazać podmiotu o określonej formie organizacyjno-prawnej, gdyż wybiórcze traktowanie podmiotów zewnętrznych stanowi rażąco naruszenie zarówno przepisu art. 4 ust. 1 pkt 1 GospKomU, jak i przepisu art. 32 Konstytucji RP³⁹⁷.

Ustawodawca w art. 2, art. 3 i art. 9 ust. 1 i 3 GospKomU wskazuje w jakich formach jednostki samorządu terytorialnego mogą realizować zadania własne, tj.:

- 1) w formie własnej jednostki organizacyjnej (np. samorządowy zakład budżetowy lub jednostka budżetowa);
- 2) w formie utworzonej przez jednostkę samorządu terytorialnego spółkę prawa handlowego (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna);
- 3) przez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy;

z uwzględnieniem przepisów: PartPublPrywU; ZamPublU, ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie³⁹⁸, ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym³⁹⁹ oraz KoncesBudU.

Postanowienie o formie prowadzenia gospodarki komunalnej odnosi się zatem do organizacyjno-prawnych form prowadzenia działalności w celu wykonywania zadań własnych, w tym zadań użyteczności publicznej. W wielu przypadkach wykonanie

³⁹⁶ Wyr. NSA z 26.11.2013 r., II OSK 2283/13, Legalis nr 830488.

³⁹⁷ Wyr. WSA we Wrocławiu z 15.6.2005 r., II SA/WR 169/05, Legalis nr 71004.

³⁹⁸ T.j. Dz.U. 2023 poz. 571.

³⁹⁹ T.j. Dz.U. 2022 poz. 1343 ze zm.

kompetencji w zakresie wyboru sposobu i formy prowadzenia gospodarki komunalnej determinować będzie inne decyzje dotyczące m.in. utworzenia jednostki organizacyjnej, przekształcenia takiej jednostki, zmiany zakresu jej działalności. Dla przykładu podjęcie decyzji o wykonywaniu zadania w postaci utrzymania czystości i porządku przez samorządowy zakład budżetowy będzie determinowało podjęcie uchwały, w której utworzony zostanie samorządowy zakład budżetowy.

Podejmując decyzję dotyczącą formy wykonywania danego zadania użyteczności publicznej, jednostka samorządu terytorialnego powinna w pierwszej kolejności dokonać analizy pozwalającej na ustalenie, czy jest w stanie samodzielnie zadanie to wykonać i na jakich zasadach. Analiza ta w szczególności powinna uwzględniać ocenę ekonomiczną, możliwości techniczne, organizacyjne oraz efektywność wykonania tego zadania przez jednostkę samorządu terytorialnego. Jednostka samorządu terytorialnego powinna brać pod uwagę również możliwość wykorzystania dla wykonania tego zadania podmiotów zewnętrznych, szczególnie w kontekście wymiaru ekonomicznego oraz organizacyjnego realizacji tego zadania⁴⁰⁰. W przypadku wykonywania przez jednostkę samorządu terytorialnego zadania o charakterze użyteczności publicznej we własnym zakresie (korzystając z własnych zasobów organizacyjnych np. zakładu budżetowego), jednostka ta będzie pełnić podwójną rolę organizatora oraz faktycznego wykonawcy. W przypadku zaś powierzenia wykonywania zadania osobie trzeciej – jednostka samorządu terytorialnego staje się pośrednio organizatorem i kontrolującym. Niezależnie od powyższego, to jednostki samorządu terytorialnego są odpowiedzialne za świadczenie określonych usług publicznych, w tym także za efektywne wykorzystanie środków publicznych. Omawiana problematyka była przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez NIK. W raporcie wskazano, że celem kontroli było dokonanie oceny sposobu realizowania zadań publicznych za pośrednictwem spółek tworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności tzw. spółek celowych. Ponadto, kontrolę przeprowadzono według kryteriów legalności, gospodarności i rzetelności, a więc według kryteriów, które powinny stanowić merytoryczną podstawę wyboru dokonywanego przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie sposobu i formy realizacji zadań własnych. W wyniku ustaleń, NIK stwierdziła, iż wykonywanie zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego za pośrednictwem tworzonych przez nie spółek, w poddanych

⁴⁰⁰ J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane...*, s. 110.

kontroli gminach i województwach, zdaniem Izby, obarczone było wieloma nieprawidłowościami takimi jak podejmowanie przedsięwzięć bez rzetelnego ich przygotowania (brak analiz ekonomicznych, brak oszacowania niezbędnych środków, nieuwzględnianie występujących ryzyk), niezapewnienie profesjonalnego i skutecznego wykonania zadań, a także gospodarowanie majątkiem niezgodnie z celami statutowymi. W toku kontroli stwierdzono także przypadki niezapewnienia warunków organizacyjnych i finansowych realizacji powierzonych zadań oraz braku dbałości o zmniejszanie kosztów prowadzonej działalności, a tym samym kosztów realizacji zadań publicznych. Wykonywanie zadań samorządu terytorialnego przez spółki poszerzało organizacyjne i finansowe możliwości ich realizacji, jednak nieprawidłowości w działaniach spółek negatywnie rzutowały na skuteczność i efektywność tych działań. W ocenie NIK realizacja zadań publicznych przez skontrolowane samorządy gmin i województw za pośrednictwem tworzonych przez nie spółek nie była efektywna. Nieprawidłowości, zarówno przy tworzeniu spółek, jak i w gospodarowaniu przez nie majątkiem, a także w wykonywaniu przez spółki poszczególnych zadań, wpłynęły na obniżenie skuteczności realizacji zadań samorządu. Ponadto, w toku kontroli stwierdzono przypadki braku podstawy prawnej do prowadzenia przez niektóre spółki działalności w poszczególnych obszarach. W ramach wniosków pokontrolnych Najwyższa Izba Kontroli wskazała na konieczność:

- 1) stosowania przez jednostki samorządu terytorialnego analiz przesłanek prawnych i ekonomicznych tworzenia i działalności spółek z ich udziałem oraz zweryfikowanie działalności spółek pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami;
- 2) rzetelnego i profesjonalnego przygotowywania przez jednostki samorządu terytorialnego przedsięwzięć powierzanych spółkom oraz nadzór i monitorowanie ich realizacji w oparciu o parametry finansowe i ekonomiczne, w celu zapewnienia wysokiej jakości wykonania zadań publicznych, z uwzględnieniem właściwej skuteczności i efektywności ekonomicznej w realizacji zadań;
- 3) przeprowadzania przez organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego merytorycznej analizy zasadności wnoszenia poszczególnych składników mienia komunalnego do spółek oraz dofinansowania działalności spółek, a także skutecznej kontroli wykorzystywania przez spółki

przekazanych składników majątku jednostek samorządu terytorialnego zgodnie z celem⁴⁰¹.

Jak wskazano powyżej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego w zakresie nieuregulowanymi przepisami szczególnymi, mają wyłączną kompetencję w zakresie podejmowania decyzji odnoszących się do gospodarki komunalnej. Co istotne, decyzje te nie mogą być kwestionowane przez organy nadzoru jednostek samorządu terytorialnego z punktu widzenia celowości i zasadności wybieranych rozwiązań. Nadzór wykonywany jest bowiem wyłącznie na podstawie kryterium zgodności z prawem. Ingerencja w sferę decyzji w sferę decyzji podejmowanych przez organ stanowiący będzie możliwa dopiero w przypadku naruszenia obowiązujących reguł prawnych w tym w zakresie polegającym chociażby na utworzeniu spółki prawa handlowego, której przedmiotem działalności nie miałyby być wykonywanie zadań publicznych. Na marginesie, zgodnie z art. 10 ust. 3 GospKomU, ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich poza sferą użyteczności publicznej, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związanych z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej.

Zdaniem J. Pawelca jako generalną zasadę trzeba wskazać konieczność oceny przez organy jednostek samorządu terytorialnego zasad i trybu wykonywania zadań o statusie zadań własnych, w każdej sytuacji w sposób indywidualny oraz w taki sposób, by zagwarantować zachowanie trybu konkurencyjnego, także w zakresie wykonywania zadań o statusie szeroko rozumianych zadań użyteczności publicznej, nawet jeśli mają one charakter zadań własnych. Zachowanie tego trybu jest bowiem gwarantem nie tylko respektowania wywodzonej z Konstytucji RP zasady konkurencyjności, lecz również daje jednostkom samorządu terytorialnego pewność spełnienia obowiązków w zakresie zachowania dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji, jeśli przy ocenie

⁴⁰¹ Informacja o wynikach kontroli Realizacja Zadań Publicznych Spółki Tworzone Przez Jednostki Samorządu Terytorialnego, NIK, Nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP – zob. [online:] <https://www.nik.gov.pl/plik/id,10139,vp,12457.pdf>, dostęp: 23.4.2021 r.

określonego obszaru zadań z zakresu użyteczności publicznej zostanie ustalone, iż na rynku działają podmioty (przedsiębiorcy), które mogą wykonać te zadania, to jednostki samorządu terytorialnego powinny w pierwszej kolejności zastosować tryby konkurencyjne, wynikające z przepisów wskazanych w art. 3 GospKomU⁴⁰².

Reasumując, jednostki samorządu terytorialnego posiadają ograniczone przepisami prawa władztwo w zakresie wyboru sposobu i formy realizacji zadań własnych (zadań o charakterze użyteczności publicznej). Podstawę wyboru jednostek samorządu terytorialnego powinny stanowić zarówno przepisy prawa jak i racjonalne przesłanki ekonomiczne, organizacyjne i funkcjonalne. Dokonanie prawidłowego wyboru jest również istotne z punktu widzenia prowadzenia odpowiedniego nadzoru i kontroli nad realizacją tych zadań. Do podstawowych zadań w zakresie nadzoru nad realizacją zadań o charakterze użyteczności publicznej powinny należeć takie działania, które spowodują racjonalizację w powierzaniu realizacji zadań własnych, wzrost efektywności i skuteczności w zarządzaniu tymi zadaniami, a także efektywność i transparentność w wydatkowaniu środków publicznych. Z tych względów należy wskazać, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych na rzecz spółki prawa handlowego z pominięciem reguł wynikających z prawa zamówień publicznych, w szczególności jeżeli ich powierzenie miałyby nastąpić w drodze umowy powinno być uznane za niezgodne z prawem. Regułą powinna być bowiem maksymalizacja zachowania zasady konkurencyjności w sytuacji gdy prawodawca uregulował tą kwestię dając możliwość skorzystania z zamówień *in-house*.

⁴⁰² J. Pawelec (red.), *Zamówienia na roboty budowlane...*, s. 110.

3. Podmiot wewnętrzny jako podmiot uprawniony do uzyskania zamówień *in-house*

Charakterystyka podmiotu wewnętrznego, podobnie jak pojęcie zamówienia *in-house*, zostało ukształtowane w orzecznictwie TSUE, w ramach którego dopuszczono możliwość wyłączenia zamówień publicznych jedynie w wyjątkowych sytuacjach⁴⁰³. Istotne znaczenie z punktu widzenia prowadzonych rozważań stanowi pogląd Trybunału, zgodnie z którym status podmiotu wewnętrznego nie powinien być przyznawany automatycznie dla poszczególnych form prawnych prowadzonej działalności. Nie można zatem przyjmować, że status podmiotu wewnętrznego posiada z mocy prawa spółka handlowa. Ocena spełnienia przesłanek powinna być dokonywana indywidualnie, oddzielnie w stosunku do każdego podmiotu, biorąc pod uwagę wewnętrzne przepisy regulujące status prawny i zasady funkcjonowania poszczególnych podmiotów – wynikające z aktu tworzącego dany podmiot.

W wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal* Trybunał, stwierdził, iż wyłączenie stosowania zamówień publicznych może mieć miejsce jedynie w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje kontrolę nad podmiotem tak jak nad swoim własnym wydziałem i gdy podmiot ten wykonuje jednocześnie swoją działalność zasadniczo dla jednostki lub jednostek, posiadającej lub posiadających jego udziały. W ocenie Trybunału wyłączenie stosowania zamówień publicznych dotyczy jedynie tzw. usług wewnętrznych, tj. świadczonych w celu bieżącej obsługi zamawiającego. Ponadto w rozpatrywanej sprawie zwrócono uwagę, że zdecydowanie odmienny charakter prawny ma umowa zawierana pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego i spółką komunalną, w której jednostka samorządu terytorialnego posiada 100% udziału w kapitale zakładowym spółki, tj. pomiędzy podmiotami formalnie niezależnymi. W ocenie Trybunału zamówienia publiczne należy bezwzględnie stosować w sytuacji, w której podmiot zamawiający, taki jak organ lokalny, planuje zawarcie na piśmie, z podmiotem formalnie od niego odrębnym i niezależnym, jeśli chodzi o podejmowanie decyzji, umowy odpłatnej o dostawę produktów⁴⁰⁴.

Definicję normatywną „podmiotu wewnętrznego” wprowadzono do prawa

⁴⁰³ Por. wyr. TSUE: z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 43; z 11.1.2005 r., C-26/03, *Stadt Halle* pkt 53; z 6.4.2006 r., C-410/04, *ANAW*, pkt 23-26.

⁴⁰⁴ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 51.

unijnego w 2007 r., tyle tylko, że w ograniczonym zakresie przedmiotowym, a mianowicie w rozporządzeniu nr 1370/2007/WE. Zgodnie z jego art. 2 lit. j podmiot wewnętrzny oznacza odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami. Jako że jest to regulacja sektorowa – dotycząca wyłącznie usług publicznego transportu pasażerskiego – powyższa definicja nie ma zastosowania wprost do regulacji ogólnych dotyczących zamówień publicznych i koncesji, niemniej jednak powinna być wykorzystywana pomocniczo przy interpretacji przesłanek, wynikających z orzecznictwa w sprawie *Teckal*, a także przepisów dyrektywy 2014/24/UE. Zarówno bowiem przepisy rozporządzenia nr 1370/2007/WE, dyrektywy 2014/24/UE, jak i orzecznictwo stanowią wyraz interpretacji zasad wynikających z TFUE i pozostają z nim w zgodzie⁴⁰⁵.

Przede wszystkim należy podkreślić, że polska wersja językowa dyrektywy 2014/24/UE może sugerować, iż kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym ma mieć charakter podobny, co można by również rozumieć jako zbliżony. Wydaje się, że właściwsze było powiedzenie o kontroli analogicznej (nawet jeśli nie tożsamej, to jednak bardzo zbliżonej, a nie tylko podobnej) (por. fr. *un contrôle analogue*). Co do zasady przyjmuje się, że sprawowanie kontroli, a w zasadzie kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi wydziałami, oznacza prawną i faktyczną możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne (fr. *objectifs stratégiques*, ang. *strategic objectives*), jak i na istotne decyzje (fr. *décisions importantes*, ang. *significant decisions*) kontrolowanej osoby prawnej⁴⁰⁶. Nie ma przy tym znaczenia, czy osoba taka jest podmiotem prawa publicznego, czy prywatnego, a zatem może to być również spółka prawa handlowego. Istotna bowiem nie jest forma prawna, ale rzeczywiste zagwarantowanie sprawowania kontroli przez instytucję zamawiającą. Wytyczne pozwalające na ocenę spełniania opisanej przesłanki zostały zawarte w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału. Jak zostało wskazane, dla oceny elementu kontroli istotny jest nie tylko aspekt prawny, lecz także aspekt faktyczny, tj. realny wpływ jednostki samorządu terytorialnego na dany podmiot i decyzje przez

⁴⁰⁵ Por. Tendering or Direct Awarding of Public Services – Plea for the Right to Choose for Territorial Authorities On the Need for Legal Provisions on the in-house Concept in the European Union, Statement of the Scientific Council of the Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft drawn up under the direction of Prof. Dr. Helmut Cox, Universität Duisburg-Essen, Berlin 2007, s. 3.

⁴⁰⁶ Por. art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

nego podejmowane. W szczególności istotne jest wykazanie, czy instytucja zamawiająca powierzająca określone zadanie wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, skład personalny, jak i inne kwestie wynikające ze sprawowania zarządu w danym podmiocie; ocena statusu tego podmiotu powinna brać pod uwagę całokształt uregulowań prawnych (tak wewnętrznych, jak i ogólnie obowiązujących przepisów) oraz okoliczności faktycznych, dotyczących ewentualnej autonomii i jej zakresu danego podmiotu. Oceniając sytuację faktyczną dotyczącą ewentualnej kontroli instytucji zamawiającej nad podmiotem, któremu powierzyła ona bezprzetargowo określone zadanie, Trybunał uznał, że postanowienia statutu wskazują na zbyt dużą swobodę spółki w stosunku do jej akcjonariusza, a tym samym nie zapewniają one możliwości sprawowania nad spółką kontroli analogicznej. Trybunał wziął pod uwagę następujące postanowienia statutu:

- 1) przekształcenie podmiotu działającego na zasadach właściwych dla spółdzielni – w spółkę akcyjną oraz sam charakter tej formy spółki;
- 2) rozszerzenie przedmiotu działalności spółki na nowe sektory;
- 3) obowiązkowe otwarcie się spółki w krótkim czasie na kapitał podmiotów prywatnych;
- 4) rozszerzenie terytorialnego zasięgu działalności spółki na cały kraj i zagranicę;
- 5) znaczne uprawnienia władcze przyznane zarządowi, praktycznie bez żadnej kontroli gminy w zakresie zarządzania.

Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, kontrola sprawowana przez gminę nad spółką akcyjną sprowadzała się w istocie do zakresu uprawnień, które prawo spółek przyznaje większościowemu akcjonariuszowi, co – zdaniem Trybunału – znacznie łagodzi stosunek zależności, który istniał pomiędzy gminą a podmiotem o charakterze spółdzielczym, zwłaszcza w świetle szerokich uprawnień przyznanych zarządowi spółki akcyjnej⁴⁰⁷.

Jak wynika z przywołanego wyżej rozporządzenia nr 1370/2007/WE, w celu stwierdzenia, czy właściwy organ lokalny sprawuje taką kontrolę, bierze się pod uwagę takie elementy, jak stopień reprezentowania w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych, stosowne postanowienia w statutach, strukturę własnościową, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania oraz

⁴⁰⁷ Wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 69.

sprawowanie nad nimi skutecznej kontroli (por. art. 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 1370/2007/WE). Oczywiście, jest to akt prawny o ograniczonym zakresie przedmiotowym, jednak wydaje się, że jego postanowienia mogą być pomocne dla oceny „kontroli” również na gruncie dyrektywy 2014/24/UE. Uwzględniając powyższe, „kontrolę analogiczną” należy traktować jako możliwość wpływania i ustalania najistotniejszych warunków dotyczących działalności podmiotu wewnętrznego, a także świadczenia powierzonych mu usług. Tego typu kontrola istotnie ogranicza swobodę kontraktowania i negocjowania podmiotu wewnętrznego z macierzystą jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego. Jak się wskazuje, tego typu swoboda stanowiłaby ważny argument na rzecz twierdzenia, że nie mamy do czynienia z „podmiotem wewnętrznym”, ale w rzeczywistości z podmiotem odrębnym tak organizacyjnie, jak i formalnie⁴⁰⁸.

Choć równie istotna jak pierwsza, przesłanka wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz podmiotu lub podmiotów kontrolujących podmiot wewnętrzny nie była dotychczas przedmiotem szczegółowej analizy, ani w doktrynie, ani w orzecznictwie.

Przed omówieniem regulacji przewidzianej w dyrektywie 2014/24/UE, warto krótko omówić dotychczasowe stanowisko TSUE i doktryny w tym zakresie. W praktyce można wskazać na dwa rozwiązania, z których jedno nie przewiduje możliwości bezpośredniego powierzania zadań w przypadku, gdy występuje nawet marginalne zaangażowanie zainteresowanego podmiotu w świadczenie usług dla innych jednostek niż kontrolujący je zamawiający, podczas gdy drugie dopuszcza możliwość prowadzenia innej działalności przez podmiot wewnętrzny, jeśli przyjęta zostanie sztywna granica lub też określenie innego obiektywnego czynnika pozwalającego na kwalifikację danego podmiotu jako „wewnętrznego” (np. 80% uzyskiwanych obrotów, które powinny pochodzić wyłącznie od zamawiającego, co stanowi jedną z przesłanek przy rozpatrywaniu dominującego wpływu w przypadku przedsiębiorstw powiązanych, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE).

Z analizy dotychczasowych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, iż za właściwe należy przyjąć rozwiązanie drugie przy jednoczesnym wskazaniu, iż:

⁴⁰⁸ Por. R. Cavallo Perin, D. Casalini, *Control over ...*, s. 233.

- 1) brak było sztywno określonych wskaźników dotyczących dopuszczalnego zakresu działalności dodatkowej podmiotu wewnętrznego, w szczególności nie było obowiązku stosowania kryterium 80% obrotów z powierzonej działalności publicznej, tak jak miało to miejsce w przypadku działalności podmiotów powiązanych w przypadku art. 23 dyrektywy 2004/17/WE (Wyrok TS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, Zb.Orz. 2006, s. I-04137, pkt 57 – co ciekawe, Trybunał Sprawiedliwości jako podstawę takiego wniosku wskazuje w pkt 56 orzeczenia, że w czasie reformy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w 2004 r., prawodawca wspólnotowy, zachowując wspomniany wyjątek w art. 23 dyrektywy 2004/17/WE, zdecydował się na niewprowadzenie analogicznego wyjątku do dyrektywy 2004/18/WE, która zastąpiła dyrektywę 93/36/EWG. Wydaje się, że nie ma to związku z kryterium 80%, ponieważ prawodawca unijny w ogóle nie wprowadził instytucji podmiotu wewnętrznego, która jest dorobkiem orzecznictwa. W związku z tym nic nie stało na przeszkodzie, aby uznać – choćby pomocniczo – kryterium 80% jako wyznacznik dla pojęcia „zasadnicza część działalności”);
- 2) działalność dodatkowa powinna była mieć charakter marginalny w stosunku do działalności powierzonej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05, *Tragsa*, w której Trybunał uznał, że w sytuacji wykonywania ok. 90% działalności na rzecz podmiotów kontrolujących podmiot wewnętrzny przesłanka „zasadniczości” będzie spełniona);
- 3) przy ustalaniu zakresu działalności dodatkowej należało uwzględnić wszelkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy (z opinii rzecznika generalnego wydanej w toku postępowania w sprawie C-340/04, *Carbotermo*, wynika, że przy kryteriach jakościowych chodzi o ustalenie, w jaki sposób i na czyją rzecz dany podmiot wykonuje swoją działalność oraz czy istnieje rynek danego rodzaju działalności i czy podmiot świadczy na rynku część usług na rzecz innego podmiotu niż instytucji sprawującej nad nim kontrolę⁴⁰⁹), jak i ilościowy (w tym również prawne i faktyczne aspekty związane z działalnością danego podmiotu).

⁴⁰⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stixs-Hackl, z 12.1.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, EU:C:2006:24, pkt 98.

Jednocześnie w odniesieniu do zasad ustalania dopuszczalnego zakresu wykonywania działalności dodatkowej przez podmiot wewnętrzny należało wskazać, iż podstawowym kryterium dla oceny tej przesłanki był udział przychodów podmiotu wewnętrznego, wynikających z decyzji organu powierzającego świadczenie określonych usług (niezależnie od tego, czy źródłem tego przychodu jest sam zamawiający, czy też bezpośredni odbiorca usług) w całkowitych przychodach z działalności wykonywanej przez ten podmiot. Przy czym należy podkreślić, iż rozpatrywana była wyłącznie działalność faktycznie wykonywana, a nie dopuszczalna w świetle postanowień statutu danego podmiotu⁴¹⁰. Z analizy orzecznictwa TSUE nie wynikało jasno, w jakim okresie należałoby oceniać zakres działalności powierzonej i dodatkowej wykonywanej przez dany podmiot, w szczególności nie było wystarczających podstaw, aby uznać, że każdorazowo zachodzi konieczność uwzględnienia 3-letniego okresu świadczenia określonych usług. Z opinii rzecznika generalnego w sprawie C-295/05 wynika, iż rozpatrywano obroty przedsiębiorstwa w okresie ostatnich 3 lat. Jednakże Trybunał w orzeczeniu C-295/05 nie odniósł się do kwestii okresu, w jakim należy rozpatrywać poziom obrotów uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo. Z kolei w orzeczeniu C-340/04 Trybunał wskazał, iż przesłanki wykonywania w przeważającym zakresie działalności na rzecz podmiotu kontrolującego nie należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/36/EWG. W przepisie powyższej dyrektywy stosuje się kryterium przeciętnych przychodów (obrotów) przedsiębiorstwa pochodzących z usług świadczonych w okresie 3 poprzedzających lat. Stąd też należałoby przyjąć, iż kwestia ta powinna być oceniana indywidualnie.

Jak wskazano wyżej, brak było sztywno określonych wskaźników procentowych dotyczących zakresu działalności dodatkowej, jednakże bazując na dotychczasowym orzecznictwie, można wskazać kierunkowo, iż za bezpieczny zakres tej działalności uznawano, gdy nie przekraczała ona 10% (taki wskaźnik został zaakceptowany w orzeczeniu C-295/05). Przekroczenie tego wskaźnika nie oznaczało jednak automatycznie niespełnienia przesłanki „zasadniczej części działalności”. Z drugiej jednak strony, można było spotkać się z poglądem, zgodnie z którym odstępstwo *in-house* nie mogło znaleźć zastosowania, jeżeli wykonawca – zgodnie ze swym statutem

⁴¹⁰ Por. wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, AGESP SPA, ZOTSiS 2006, nr 5A, poz. I-4137, pkt 79 oraz Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stixs-Hackl, z 12.1.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 100.

– świadczy usługi na zasadach konkurencji na rzecz niestowarzyszonych podmiotów publicznych i prywatnych do wartości stanowiącej 20% jego całkowitego obrotu osiągniętego w poprzednim roku finansowym⁴¹¹.

Podobnie jak w przypadku zdefiniowania kontroli analogicznej, również dla określenia działalności prawodawca unijny postanowił wprowadzić przejrzystsze regulacje. Co ciekawe, zgodnie z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy 2014/24/UE wprowadzono jednoznaczny próg dla obliczania zasadniczości prowadzonej działalności. Ustalono w wyniku kompromisu pomiędzy Komisją Europejską, Radą Unii Europejskiej i Parlamentem Europejskim, że to właśnie ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno być prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez jednostkę lub jednostki kontrolujące. Jak wynika z art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, dla jej obliczenia powinno się uwzględniać średni całkowity obrót za trzy lata poprzedzające powierzenie świadczenia usługi⁴¹².

Mówiąc o przesłance „80% działalności” i „średnim całkowitym obrocie”, może pojawić się wątpliwość dotycząca tego, czy uwzględnić należy osobno każdą z działalności powierzanych na zasadach *in-house*, którą wykonuje dany podmiot wewnętrzny, czy też ich sumę. Tym samym, czy w przypadku, gdyby miał on powierzonych kilka zadań, w ramach wykonywania każdego z nich powinien zostać zachowany ów wymóg 80%, czy też możliwe jest sumowanie wszystkich i ich uśrednianie. Wydaje się, że właściwsze byłoby przypisywanie przesłanki „80% działalności” dla każdego z powierzanych zadań osobno. W przeciwnym razie mogłoby bowiem dochodzić do sztucznych konstrukcji pozwalających omijać ten warunek poprzez łączenie różnego rodzaju zadań w taki sposób, aby średnio dawały one owe ponad 80%. Należy pamiętać, że konstrukcja *in-house* jest wyjątkiem od zasad ogólnych i jej warunki należy interpretować ściśle, tj. w sposób, który nie będzie prowadził do nadużyć.

⁴¹¹ Por. konkluzje Opinii Rzecznika Generalnego P. Mengozziego z 27.2.2014 r., C-574/12, EU:C:2014:120; wyr. TSUE z 19.6.2014 r., C-574/12, *EPE* i *SUCH*.

⁴¹² Por. wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – KOM(2011) 896 wersja ostateczna, 2011/0438 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r. – art. 11 ust. 1 lit. b; wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych - Tekst kompromisowy prezydencji, wersja ujednolicona, dok. 12878/12, Bruksela, 24.7.2012 r. – art. 11 ust. 1 lit. b; sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)) Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów; sprawozdawca komisji opiniodawczej: Marc Tarabella – 11.1.2013 r., dokument Nr A7-0007/2013 – poprawka nr 72.

W częstych sytuacjach, tj. gdy dany podmiot wewnętrzny jest dopiero tworzony (a tym samym danych historycznych nie ma), uwzględnia się dostępne i wiarygodne prognozy i przewidywania. Wydaje się – choć nie zostało to uregulowane – że szczególnie w przypadku nowo tworzonego podmiotu, niedopuszczalna byłaby sytuacja jedynie sztucznego, tj. niezajdującego oparcia w faktach, przedstawiania wskazanych przewidywań. Powinny być one zatem oparte na wiarygodnych analizach finansowych. Przepisy w tym zakresie są jednak niemal bliźniaczo podobne do tych przewidzianych w dyrektywie 2004/17/WE oraz dyrektywie 2014/25/UE odnoszących się do przedsiębiorstw powiązanych⁴¹³.

Kwestia działalności wykonywanej przez podmiot wewnętrzny została uregulowana także w rozporządzeniu nr 1370/2007/WE. Wprowadza ono w tym zakresie dodatkowe przesłanki, tym razem (odmiennie niż w przypadku dopuszczenia udziału podmiotów prywatnych dla oceny przesłanki kontroli analogicznej) zawężające możliwości działalności podmiotu wewnętrznego. Otóż może on (ale również każda jednostka znajdująca się pod jego wpływem) realizować swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego wyłącznie na obszarze podlegającym władzy jednostki lub jednostek sprawujących nad nim kontrolę. Ponadto, nie zostało dopuszczone, aby brał on udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium tego właściwego organu lub organów lokalnych. Wyjątkowo, podmiot wewnętrzny może uczestniczyć w przetargach na dwa lata przed wygaśnięciem umowy o świadczenie usług publicznych zawartej w następstwie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia, pod warunkiem, że zapadła decyzja o tym, że usługi te zostaną zlecone w drodze przetargu zapewniającego uczciwą konkurencję, oraz że ten podmiot wewnętrzny nie zawarł żadnej innej umowy w rezultacie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych⁴¹⁴.

Co więcej, jednoznacznie wskazano, że podmiot wewnętrzny ma obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części powierzonych mu usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, co zdecydowanie ogranicza, choć nie wyłącza, możliwość dalszego podzlecenia usług powierzonych podmiotowi wewnętrznemu.

⁴¹³ Por. art. 23 dyrektywy 2004/17/WE oraz art. 29 dyrektywy 2014/25/UE.

⁴¹⁴ Por. art. 5 ust. 2 lit. c rozporządzenia Nr 1370/2007/WE.

Szczególnie ta ostatnia przesłanka jest interesująca w kontekście funkcjonowania podmiotów wewnętrznych. Uzasadnione będzie stanowisko, które jest wyrażane w doktrynie w kontekście wspomnianego już wyżej wyłączenia dotyczącego powierzania określonych zadań podmiotom powiązanym, o którym mowa w dyrektywie 2004/17/WE oraz dyrektywie 2014/25/UE. Otóż wskazuje się, że wyłączenie to dotyczy sytuacji, w których wykonawca jest równocześnie podmiotem bezpośrednio świadczącym określone usługi czy roboty budowlane lub dostawy. Tym samym, odmiennie niż w przypadku zamówień udzielanych w procedurze konkurencyjnej, zasadą jest tu osobiste świadczenie samego wykonawcy (podmiotu powiązanego z zamawiającym). Przenosząc powyższe rozważania na grunt krajowej regulacji prawa zamówień publicznych należy wskazać na art. 462 ust. 1 ZamPublU, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy oraz art. 60 ZamPublU, przewidujący, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Podkreśla się to również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych⁴¹⁵, w której wskazano, że zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych powoduje sytuacja, w której w celu realizacji zamówień sektorowych, w tym współfinansowanych przez Unię Europejską, zamawiający sektorowi tworzą *ad hoc* spółki zależne, by na podstawie art. 365 ust. 1 ZamPublU (art. 136 ust. 1 ZamPublU2004) udzielać tym spółkom, nie wykonującym działalności sektorowej, a co za tym idzie – nie będącym zamawiającymi, zamówień bez stosowania ustawy, a następnie spółki zależne podzlecają podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień z pominięciem procedur ustawowych. Niewątpliwie, taka praktyka pozostaje

⁴¹⁵ Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp – zob. [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/dopuszczalnosc-zakupu-uslug,-dostaw-lub-robot-budowlanych-przez-spolki-zalezne-od-zamawiajacych-sektorowych-u-podmiotow-trzecich-w-celu-realizacji-zadan-zleconych-przez-zamawiajacych-sektorowych-na-podstawie-art.-136-ust.-1-ustawy-pzp>, dostęp: 12.12.2022 r.

w sprzeczności z celem rozwiązania przyjętego w art. 365 ust. 1 ZamPublU, tj. realizacji zleceń na rzecz zamawiającego sektorowego przez wyspecjalizowany w tym celu podmiot – jego spółkę zależną, oraz narusza zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych przez zamawiających sektorowych prowadząc do uchylecia się przez przedsiębiorstwa sektorowe od obowiązku udzielania zamówień zgodnie z ZamPublU. W szczególności, swoboda w zakresie podzlecenia podmiotom zewnętrznym zamówień uzyskiwanych przez spółkę zależną może prowadzić do praktyki tworzenia spółek zależnych jedynie w celu koordynacji udzielania zamówień przez „spółkę matkę” z pominięciem ustawy, a w konsekwencji – w skrajnym przypadku – braku potrzeby udzielania jakichkolwiek zamówień w trybie ustawy przez zamawiającego sektorowego. Wskazuje się, że prace wykonywane przez podmiot powiązany na rzecz zamawiających (podmiotów powiązanych) stanowią istotę (*raison d'être*) ich funkcjonowania, co oznacza, że nie chodzi tu o pośrednictwo, ale bezpośrednie świadczenie⁴¹⁶. Podstawą wyłączenia jest wykonywanie zamówień w ramach grupy („u siebie”), co realizuje się również w przypadku umowy zawartej między poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy⁴¹⁷.

Z drugiej strony jednak należy wskazać, że przepisy te oraz ich interpretacja nie powinny uniemożliwiać ich wykorzystywania w praktyce. W tym kontekście nie powinny być one interpretowane jako wykluczające w ogóle i niezależnie od obiektywnych okoliczności możliwość korzystania z podwykonawstwa. Tak też jest w przypadku rozporządzenia nr 1370/2007/WE i – choć nie uregulowano tego w dyrektywie 2014/24/UE – wydaje się, że zasada ta powinna dotyczyć również tej regulacji.

W dotychczasowym orzecznictwie TSUE warunkiem *sine qua non* spełnienia przesłanki podmiotu wewnętrznego było 100% posiadanie kapitału przez instytucję lub instytucje zamawiające⁴¹⁸. W tym znaczeniu jakikolwiek udział podmiotów prywatnych w podmiocie wewnętrznym powodował, że tracił on taki przymiot. Nie miało przy tym znaczenia, czy udział ten był znaczny, czy minimalny. Zgodnie z orzecznictwem

⁴¹⁶ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 1996, s. 438.

⁴¹⁷ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa–Katowice 2006, s. 50 i n.; A. Kowalczyk, A. Szymańska, *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, s. 228.

⁴¹⁸ Por. wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49, w którym TSUE stwierdził, iż nawet mniejszościowe udziały przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym podmiotu, któremu zleca się wykonanie zadania, wykluczają jego uznanie za podmiot wewnętrzny.

Trybunału posiadanie natomiast przez przedsiębiorstwo prywatne udziału, nawet mniejszościowego, w kapitale spółki, w której udziały posiada również dana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami⁴¹⁹. Istotne było również to, że prawo dopuszczało sprawowanie łącznej kontroli nad podmiotem wewnętrznym przez większą liczbę instytucji zamawiających. Nie miało wówczas znaczenia, że w rzeczywistości np. poszczególni udziałowcy spółki nie sprawują kontroli indywidualnie; liczy się bowiem to, że całość udziałów należy wyłącznie do podmiotów publicznych. Trybunał uzasadnił tak szeroką wykładnię zasadniczo tym, że bardziej zawężona interpretacja tego kryterium uniemożliwiłaby stosowanie zwolnienia określonego w sprawie *Teckal* w większości przypadków, w których dochodzi do współpracy między instytucjami zamawiającymi. W tym samym duchu Trybunał uznał, że procedura, którą instytucje kontrolujące stosują przy podejmowaniu wspólnych decyzji, jest nieistotna. Na przykład stosowanie głosowania większością głosów nie stoi w sprzeczności z ustanowieniem (wspólnej) kontroli przez wszystkie zaangażowane instytucje zamawiające. Wynika z tego, że jeżeli władza publiczna zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące wspólnikami tej spółki władze publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami tej władzy publicznej, gdy sprawują ją łącznie⁴²⁰.

Warto wskazać, że decydującym elementem jest wyłącznie bezpośredni prywatny udział w kontrolowanej osobie prawnej. W związku z tym, w przypadku gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej istnieje udział kapitału prywatnego (jak może to mieć miejsce w przypadku tzw. podmiotu prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE), nie wyklucza to możliwości skorzystania z przedmiotowego wyłączenia⁴²¹.

Dostrzegając zbyt rygorystyczne stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wynikające przecież z oceny konkretnych stanów faktycznych),

⁴¹⁹ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49.

⁴²⁰ Por. wyr. TSUE: z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA* przeciwko *Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, Zb.Orz. 2008, s. I-08457, pkt 51–53 oraz z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea Srl* przeciwko *Comune di Ponte Nossa*, Zb.Orz. 2009, s. I-08127, pkt 59–63.

⁴²¹ Motyw 32 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

prawodawca unijny wprowadził do przepisów dyrektywy 2014/24/UE pewien wyjątek od opisanej wyżej reguły. Otóż, zgodnie z jej art. 12 ust. 1 lit. c, dopuszcza się udział kapitału prywatnego w danym podmiocie, o ile udział taki wynika z przepisów krajowych zgodnych z TFUE, a jego wynikiem nie jest utrata kontroli nad tym podmiotem. Co ciekawe, w przypadku rozporządzenia nr 1370/2007/WE prawodawca unijny wyraźnie wskazał, że zgodnie z prawem wspólnotowym posiadanie przez właściwy organ publiczny pełnej własności, w szczególności w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, nie jest niezbędnym wymogiem sprawowania kontroli, o ile istnieje przewaga wpływu publicznego i sprawowanie kontroli można stwierdzić na podstawie innych kryteriów⁴²².

W tym zakresie widać wyraźnie różnicę w prawie wtórnym⁴²³, co pokazuje, że pomimo intencji, wprowadzone regulacje nie wyjaśniają wszystkich wątpliwości. Co więcej, takie postanowienie, a szczególnie wskazanie na prawo wspólnotowe (unijne), zdaje się sugerować, że dotychczasowe orzecznictwo TSUE jest zbyt ostrożne w aspekcie wymagania 100% udziału podmiotów publicznych w podmiocie wewnętrznym. Powstaje przy tym pytanie o sytuacje, w których – zgodnie z art. 12 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE – możliwy jest udział kapitału prywatnego. Postanowienie to zostało wprowadzone na skutek prac legislacyjnych i stanowiska Parlamentu Europejskiego. Pierwotne stanowisko Komisji Europejskiej nie przewidywało bowiem takiego rozwiązania⁴²⁴. Jak wynika z motywu 32 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, chodzi o sytuacje, gdy udział prywatny wynika ze zgodnych z TFUE i TUE uregulowań krajowych. Wydaje się, że przykładem takiego rozwiązania mogą być udziały lub akcje pracownicze powstałe na skutek komercjalizacji przedsiębiorstw publicznych, jednak wyłącznie, gdy pozostają w ich rękach, a nie zostają zbyte, w szczególności gdy obejmuje je jeden podmiot prywatny (przedsiębiorca). Jak podkreśla się w orzecznictwie SN, wprowadzenie preferencji pracowniczych w ustawie z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁴²⁵ oraz późniejsze nadanie mocą ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji⁴²⁶ określonym grupom osób

⁴²² Por. art. 5 ust. 2 lit. a zd. 2 rozporządzenia nr 1370/2007/WE.

⁴²³ Dyrektywa 2014/24/UE i rozporządzenie nr 1370/2007/WE.

⁴²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – KOM(2011) 896 wersja ostateczna, 2011/0438 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r.

⁴²⁵ Dz.U. 1990 nr 51 poz. 298.

⁴²⁶ T.j. Dz.U. 2023 poz. 343.

prawa do nieodpłatnego nabycia akcji spółek powstałych w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstw, pozostawało w ścisłym związku z podstawowym celem tych ustaw, tj. przekształceniem własności państwowej przedsiębiorstw we własność prywatną. Preferencyjne zasady nabywania akcji przez pracowników zostały wprowadzone nie jako forma rekompensaty lub dodatkowego wynagrodzenia za wkład pracy, czy też za wytworzenie majątku prywatyzowanych przedsiębiorstw, ani tym bardziej jako forma powszechnego uwłaszczenia obywateli, ale jako zachęta dla załóg służąca przyśpieszeniu prywatyzacji. Prawo do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanego przedsiębiorstwa państwowego było też pomyślane jako środek urzeczywistnienia idei akcjonariatu pracowniczego. Akcje przyznawane pracownikom nieodpłatnie miały na celu powiązanie ich dochodów z finansowymi wynikami spółki oraz włączenie w procesy decyzyjne w sprywatyzowanych spółkach⁴²⁷.

Ponadto, okazuje się, że w niektórych państwach członkowskich i w wybranych sektorach działalności komunalnej udział podmiotów prywatnych w podmiocie uznawanym za wewnętrzny jest wymagany regulacjami prawnymi. Jak wskazuje M. Burgi, jest tak np. w przypadku tzw. stowarzyszeń wodno-gruntowych⁴²⁸.

⁴²⁷ Por. wyr. SN z 14.5.2012 r., II PK 237/11, Legalis nr 526769.

⁴²⁸ Niem. Wasser-und Bodenverbände w niektórych landach niemieckich (M. Burgi, w: F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer, *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJOF Publishing 2014, s. 58.

4. Spółka komunalna jako wykonawca zamówienia *in-house*

W podrozdziale pierwszym niniejszego rozdziału, dotyczącym wykorzystywania zamówień publicznych jako formy wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego wskazano, że wybór określonej formy organizacyjno-prawnej wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki (art. 4 ust. 1 pkt 1 GospKomU). Oznacza to, iż powierzenie realizacji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego leży w kompetencji organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego. Zarówno GospKomU jak i ZamPublU nie zastrzegają jednak żadnych wymogów formalnych, co do formy takiego powierzenia. Z tych względów, przy ocenie powierzenia zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego podstawowe znaczenie mają przepisy regulujące sposoby i formy prowadzenia gospodarki komunalnej. Ustawodawca w art. 3 ust. 1 pkt 2 GospKomU zobowiązuje jednostki samorządu terytorialnego do stosowania ZamPublU w przypadku zawierania umów o charakterze cywilnoprawnym z osobami trzecimi, w tym spółkami zależnymi. Należy jednakże podkreślić, że wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej przez jednostkę samorządu terytorialnego za pośrednictwem utworzonej w tym celu jednostki organizacyjnej nie wymaga zawarcia umowy. W takim przypadku podstawą wykonywania zadań własnych może być sam akt tworzący daną jednostkę organizacyjną i określający przedmiot jej działania. Należy przy tym wyjaśnić, że prowadzenie gospodarki komunalnej w formie spółek prawa handlowego nie jest tożsame z powierzeniem spółce wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej, o których mowa w art. 3 GospKomU. Wykonywanie zadań publicznych przez inne organizacyjnie niepowiązane podmioty będzie wymagało natomiast zawarcia umowy o wykonywanie zadań i tym samym stosowania przepisów ZamPublU, co wynika z brzmienia art. 2 i 3 GospKomU.

W celu realizacji zadań publicznych jednostki samorządu terytorialnego, zgodnie z art. 9 ust. 1 GospKomU, mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Jednostki samorządu terytorialnego nie mogą tworzyć form organizacyjno-prawnych, takich jak: spółki cywilne, fundacje, stowarzyszenia, spółdzielnie czy spółki osobowe. Ponadto, zgodnie z art. 10 ust. 1 GospKomU, 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.

Zwrócić należy uwagę, że przepisy GospKomU wskazujące na ograniczenia w zakresie tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania do nich przez gminę nie znajdują zastosowania w przypadku posiadanych przez gminę akcji lub udziałów w spółkach zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związany z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości, oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej (art. 10 ust. 3 GospKomU). W spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego działa rada nadzorcza (w tym zakresie znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy KSH, z zastrzeżeniem przepisów GospKomU). Wskazać jednak należy, iż obowiązek powołania rady nadzorczej powstaje niezależnie od liczby posiadanych przez daną jednostkę samorządu akcji lub udziałów.

Utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego spółki prawa handlowego w celu wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej jest jedną z podstawowych i dopuszczonych prawem form wykonywania zadań gminy. Decyzja o powierzeniu zadania tworzonej spółce prawa handlowego (spółce komunalnej) następuje w uchwale organu stanowiącego (art. 4 ust. 1 pkt 1 GospKomU) oraz w akcie jej utworzenia (akt założycielski spółki albo statut). Z chwilą utworzenia spółki komunalnej następuje wyposażenie jej w majątek (kapitał zakładowy), który jest niezbędny do prowadzenia takiej działalności (realizacja zadania o charakterze publicznym). Podkreślić jednak należy, iż podjęcie przez organ stanowiący uchwały o utworzeniu spółki komunalnej nie powinno być rozumiane jako udzielenie zamówienia publicznego. Upoważnieniem do wykonywania przez spółkę komunalną określonego zadania publicznego jest bowiem uchwała organu gminy oraz akt o jej utworzeniu

(akt założycielski albo statut). Tym samym jednostka samorządu terytorialnego nie nabywa od spółki komunalnej usług, dostaw lub robót budowlanych. W konsekwencji stosunek powstający pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a jej spółką komunalną nie ma charakteru zobowiązującego. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych. W wyroku WSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2005 r., III SA/WA 2445/05 wskazano, że skoro ustawodawca w art. 2 GospKomU przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3 GospKomU, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych – to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina, będąc udziałowcem lub akcjonariuszem, decyduje o bycie prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilnoprawnej. W pierwszym więc przypadku, wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy. I w tym przypadku zasadnicze znaczenie ma aspekt działań monopolistycznych, ograniczających konkurencję i z całą pewnością obowiązek stosowania prawa zamówień publicznych, celem wyeliminowania niekorzystnych zjawisk społeczno-gospodarczych⁴²⁹.

Jak już wskazano powyżej utworzenie spółki prawa handlowego powinno nastąpić w oparciu o stosowną uchwałę organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego. Jednocześnie utworzenie spółki przez jednostkę samorządu terytorialnego jest podstawą do rozważenia czy powierzenie jej wykonywania zadań użyteczności publicznej jest zgodne z prawem, a zarazem efektywne ekonomiczne, czy właściwsze byłoby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w formule *in-house*, bądź też któregoś z trybów konkurencyjnych przewidzianych przez ZamPublU, w którym spółka komunalna mogłaby brać udział.

W celu dokonania oceny czy spółka komunalna może realizować objęte zamówieniem publicznym przedsięwzięcie, niezbędne jest stwierdzenie, czy spółka

⁴²⁹ Wyr. WSA w Warszawie z 10.11.2005 r., III SA/WA 2445/05, Legalis nr 80848.

komunalna należy do desygnatów pojęcia wykonawcy, w świetle przepisów ZamPublU. Zgodnie z legalną definicją wykonawcy zawartą w art. 7 pkt 30 ZamPublU przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Definicja powyższa ma jednolity charakter, obejmując swoim zakresem podmioty, które: ubiegają się o zamówienie, złożyły ofertę w postępowaniu oraz zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie definicja wykonawcy zawarta w przepisach ZamPublU ma charakter ogólny, bowiem nie zawiera enumeratywnego ani przykładowego wyliczenia katalogu podmiotów. Posługuje się ona jedynie ogólnymi pojęciami podmiotów, tj. osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, z których zastosowania można wysnuć błędny wniosek, że katalog wykonawców, z którymi zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego może być bardzo szeroki⁴³⁰.

Poza osobami fizycznymi wykonawcą w świetle przepisów ZamPublU może być osoba prawna. Zgodnie z art. 33 KC osobą prawną jest Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Zawarta przez ustawodawcę w art. 33 KC definicja wskazuje na dwie kategorie osoby prawnej, tj. Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, które zostały przez normę prawną wyposażone w osobowość prawną. W piśmiennictwie przyjmuje się, że Skarb Państwa to „państwo”⁴³¹. Część przedstawicieli wskazuje jednak, że terminem „państwo” należy posługiwać się wtedy, gdy mamy do czynienia z czynnościami władczymi (*imperium*), zaś termin „Skarb Państwa” należy używać w kontekście wykonywania przez państwo uprawnień właścicielskich (*dominium*)⁴³². W konsekwencji, spółka komunalna jako podmiot, który został utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego nie może być utożsamiana z terminem „Skarb Państwa”, który jest uosobieniem uprawnień

⁴³⁰ A. Sołtysińska zaznacza, że definicja wykonawcy obejmuje nie tylko wykonawców krajowych, ale również wykonawców z innych krajów Unii Europejskiej (A. Sołtysińska, *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998, Nr 10).

⁴³¹ G. Bieniek, H. Pietrzykowski, (w:) G. Bieniek, H. Pietrzykowski, *Reprezentacja Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2013, s. 11.

⁴³² A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 205.

właścicielskich państwa w stosunkach cywilnoprawnych⁴³³. Pod rozwagę należy zatem poddać, czy spółka komunalna należy do drugiej kategorii osób prawnych. W doktrynie przyjmuje się, że przez jednostkę organizacyjną, której przepisy szczególne przyznają osobowość prawną należy rozumieć „twór społeczny” występujący w zorganizowanej formie działalności ludzkiej, w której zdolność prawna to kwalifikacja, która scala normę prawną z tą jednostką. Podmiot ten charakteryzuje się również zdolnością do czynności prawnych, działaniem na zewnątrz poprzez swoje organy oraz odrębnością finansową od podmiotu, który ją utworzył, a jego sposób powstania zależy od tego, w jakim zakresie państwo zastrzega sobie wpływ na jego powstanie. W przypadku, gdy zakres ten jest największy mamy do czynienia z systemem aktów organów państwa (osoba prawna powstaje z inicjatywy organu państwa w drodze aktu normatywnego ustawy, rozporządzenia, albo aktu administracyjnego). Z kolei jeżeli wpływ państwa zaznacza się w mniejszym stopniu, mamy do czynienia z systemem koncesyjnym (osoba prawna powstaje z inicjatywy tzw. założycieli). Jeśli zaś wpływ ten jest najmniejszy będziemy mieli do czynienia z systemem normatywnym (akt normatywny określa w sposób generalny dla danego typu osoby prawnej przesłanki, od których spełnienia zależy jej powstanie)⁴³⁴.

W świetle poczynionych powyżej rozważań należy wskazać, iż tylko kapitałowe spółki komunalne posiadają osobowość prawną. Jednocześnie nie każda kapitałowa spółka komunalna będzie mogła wykonywać zamówienie publiczne. Dla przykładu kapitałowa spółka komunalna, zawiązywana przez strony w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym nie może być wykonawcą z uwagi na jej charakter celowy. W tym miejscu należy wskazać, iż cel i przedmiot działalności spółki komunalnej nie może wykraczać poza zakres określony w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym, a więc nie będzie mogła przystąpić do realizacji zamówienia publicznego, którego celem jest inne przedsięwzięcie, niż określone w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym.

Reasumując, wyłącznie spółka komunalna utworzona na podstawie art. 9 ust. 1 GospKomU – jako osoba prawna – będzie wykonawcą, w rozumieniu art. 7 pkt 30 ZamPublU.

⁴³³ G. Bieniek, H. Pietrzykowski, (w:) G. Bieniek, H. Pietrzykowski, *Reprezentacja ...*, s. 11.

⁴³⁴ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 205.

W celu stwierdzenia, czy spółki komunalne spełniają definicję jednostek organizacyjnych, nieposiadających osobowości prawnej, niezbędna jest wykładnia tego pojęcia. W doktrynie przyjmuje się, że jest to podmiot niejednorodny, bowiem do tej grupy zaliczane są zarówno jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa nie przyznaje zdolności prawnej, jak i jednostki organizacyjne niewyposażone przez prawo w osobowość prawną, a którym przysługuje zdolność prawna, tj. będące podmiotami, które w świetle art. 33 KC nie mają osobowości prawnej, ale nabywają prawa i zaciągają zobowiązania, „a więc są traktowane w obrocie tak, jakby były osobami prawnymi, z tym tylko zastrzeżeniem, że stają się one nosicielami praw i obowiązków nie w pełnym, lecz ograniczonym zakresie”⁴³⁵.

Pierwsza kategoria jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej jest niesamodzielną, bowiem w obrocie prawnym mogą one działać tylko i wyłącznie w imieniu i na rachunek osoby prawnej, która je utworzyła. Powyższe oznacza, że podmioty te nie mogą nabywać praw i zaciągać zobowiązań we własnym imieniu, a mogą jedynie otrzymać od podmiotu macierzystego stosowne umocowanie do podejmowania działań prawnych na zewnątrz w jej imieniu⁴³⁶. E. Przeszło wskazuje, iż w obrocie prawnym jednostki te pojawiają się jako jednostki Skarbu Państwa (*statio fisci*) albo jako jednostki samorządu terytorialnego (*statio municipi*)⁴³⁷, np. jednostki budżetowe.

Druga kategoria jednostek organizacyjnych, które nie posiadają osobowości prawnej określana jest w doktrynie jako „niepełne osoby prawne”⁴³⁸ lub „ułamne osoby prawne”⁴³⁹, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, czyli zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków. Wskutek przyznania „ułamnym osobom prawnym” zdolności prawnej podmioty te posiadają także zdolność do czynności prawnych, zdolność sądową i zdolność procesową. Zgodnie z art. 33¹ § 1 KC, do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, mają odpowiednie zastosowanie przepisy o osobach prawnych. „Ułamna

⁴³⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 229.

⁴³⁶ Z. Czarnik, (w:), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński (red.), Warszawa 2011, s. 47.

⁴³⁷ E. Przeszło, Wykonawca, (w:), *Leksykon prawa zamówień publicznych...*, A. Powalowski (red.), s. 366.

⁴³⁸ A. Kappes, *Ułamne osoby prawne w projekcie kodeksu cywilnego z 2009 r.*, Przegląd Prawa Handlowego – numer 12 z 2010 r., LEX/el.

⁴³⁹ A. Wolter zaproponował termin „ułamna osoba prawna” – zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 229.

osobowość prawna” w praktyce bardzo zbliża się do pełnej osobowości prawnej. Różnica między osobami prawnymi a „ułamnymi osobami prawnymi” polega na odpowiedzialności za zobowiązania. Zgodnie z art. 33¹ § 2 KC, jeżeli przepis odrębny nie stanowi inaczej, za zobowiązania jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, odpowiedzialność subsydiarną ponoszą jej członkowie – odpowiedzialność ta powstaje z chwilą, gdy jednostka organizacyjna stała się niewypłacalna. Do „ułamnych osób prawnych” zalicza się przede wszystkim spółki osobowe prawa handlowego, tj. spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową i spółkę komandytowo-akcyjną⁴⁴⁰. Przy czym wskazać należy, że wspólnicy tych spółek nie będą posiadali przymiotu wykonawców, bowiem wyłącznie podmiot, który zamierza być lub jest stroną umowy o zamówienie publiczne jest wykonawcą, w rozumieniu art. 7 pkt 30 ZamPublU.

W świetle ZamPublU należy stwierdzić, że jednostki nieposiadające osobowości prawnej wskazane w legalnej definicji wykonawcy to wyłącznie „ułamne osoby prawne”. Natomiast jednostki organizacyjne, które nie mogą nabywać praw i zaciągać zobowiązań we własnym imieniu nie mogą być wykonawcami. Warunkiem *sine qua non* ubiegania się o zamówienie, złożenie oferty bądź zawarcie umowy o zamówienie publiczne jest bowiem zdolność prawna i zdolność do czynności prawnej danego podmiotu. Również Z. Czarnik twierdzi, że jednostki nieposiadające osobowości prawnej zawarte w pojęciu wykonawca to wszystkie podmioty, które w oparciu o przepisy KC, mają przyznaną zdolność prawną na podstawie odrębnych ustaw. Autor, jako przykład takich jednostek organizacyjnych, podaje osobowe spółki prawa handlowego (spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową), które, zgodnie z treścią art. 8 § 1 KSH, mogą we własnym imieniu nabywać prawa i zobowiązania. Z kolei jednostki organizacyjne z zakresu finansów nie mogą być wykonawcami, bowiem po ich stronie brak jest zdolności do wystąpienia w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż nigdy nie działają we własnym imieniu⁴⁴¹. Mając na względzie co powyżej należy stwierdzić, że osobowe spółki komunalne spełniają definicję „ułamnych osób prawnych”. Niemniej jednak spółka komandytowo-akcyjna lub komandytowa, działające w formule partnerstwa publiczno-prywatnego nie mogą być wykonawcami zamówienia publicznego, ponieważ mają charakter celowy. Z tego powodu nie mogą zatem przystąpić do realizacji

⁴⁴⁰ E. Przeszło, Wykonawca, (w:) *Leksykon...*, s. 366.

⁴⁴¹ Z. Czarnik, (w:) *Prawo zamówień publicznych...*, s. 48.

zamówienia publicznego, którego celem jest realizacja innego przedsięwzięcia, niż określone w umowie o partnerstwie publiczno-privatnym.

Reasumując wyłącznie spółka komunalna utworzona na podstawie art. 9 ust. 1 GospKomU może być wykonawcą zamówienia publicznego. Zakres prowadzonej przez nią działalności oraz jej forma organizacyjnoprawna nie wpływa na to, czy będzie ona posiadała status wykonawcy. Dodatkowo, spółka komunalna ma również możliwość ubiegania się wspólnie z innym podmiotem o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość składania oferty wspólnej, jak wskazuje E. Przeszło, pozwala spółce komunalnej na współdziałanie z innym podmiotem ubiegającym się o zamówienie publiczne⁴⁴². W sytuacji zaś, w której spółka komunalna nie będzie spełniała wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu, będzie mogła skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Spółka komunalna, która korzysta ze zdolności podmiotu trzeciego będzie, zgodnie z art. 119 ZamPublU, oceniana pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem tych samych kryteriów, jakie odnoszą się do wykonawcy, który nie korzysta ze zdolności podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonych rozważań, należy wskazać, że jednostka samorządu terytorialnego może zastosować zamówienie w trybie z wolnej ręki względem spółki komunalnej utworzonej na podstawie art. 9 ust. 1 GospKomU. Użycie przez ustawodawcę w art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU pojęcia „osoby prawne” bezwzględnie wskazuje, że podmioty, o których mowa w przedmiotowym przepisie, muszą być wyposażone w osobowość prawną. Ustawodawca ograniczył zatem zamówienia *in-house* na podstawie przepisów o zamówieniu z wolnej ręki wyłącznie do kapitałowych spółek komunalnych skutkującą pewnego rodzaju dyskryminacją osobowych spółek komunalnych względem kapitałowych spółek komunalnych.

⁴⁴² E. Przeszło, Wykonawca, (w:) *Leksykon...*, s. 366.

5. Powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a udzielenie zamówienia *in-house*

U podstaw wyłączenia zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno – publicznej spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych leżało przekonanie, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciężących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami. W takim przypadku nie zachodzi potrzeba zwracania się do podmiotów zewnętrznych, nienależących do ich służb, a ponadto instytucje zamawiające mogą tego dokonywać również we współpracy z innymi organami publicznymi. W orzecznictwie, w oparciu o wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Teckal ukształtowała się jedna z form współpracy publiczno–publicznej, tzw. *in-house*⁴⁴³. Poprzez zamówienia *in-house* rozumie się formę współpracy, jaka występuje pomiędzy instytucjami zamawiającymi, a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. W orzeczeniu w sprawie C-480/06, Trybunał Sprawiedliwości wskazał drugą formę współpracy publiczno – publicznej, tj. współpracę międzyinstytucjonalną⁴⁴⁴. Bezpośrednia współpraca międzyinstytucjonalna występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Na gruncie wyżej wymienionych orzeczeń Trybunału ustalono, że do tak rozumianej współpracy publiczno – publicznej stanowiącej w istocie szczególną formą aktywności instytucji zamawiających w celu realizacji swoich zadań nie znajdują bezpośredniego zastosowania przepisy dyrektyw o zamówieniach publicznych, przy czym zapadły one na gruncie dyrektyw 92/50/EWG i 93/36/EWG.

W dyrektywie 2014/24/UE skodyfikowano ustalone w orzecznictwie zasady uznawania form aktywności instytucji zamawiających za współpracę publiczno – publiczną i przesądzono, że obie ww. formy współpracy są szczególnymi zamówieniami publicznymi. Fundamentem regulacji zamówień *in-house* zawartej w przepisach dyrektywy 2014/24/UE jest założenie, iż sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako takiego zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno

⁴⁴³ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 49-20.

⁴⁴⁴ Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ZOTSiS 2009, nr 6A, poz. I-4747, pkt 38, 43.

jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Należy również zagwarantować, że żadna współpraca publiczno –publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami⁴⁴⁵. Przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE dotyczący zamówień *in-house* przewiduje jednakże szczegółowe przesłanki, których spełnienie wyłącza obowiązek stosowania dyrektywy do ich udzielenia. W motywie 32 dyrektywy 2014/24/UE podkreślono, że procedury przewidziane w dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami. Warunkiem jest, aby kontrolowana osoba prawna prowadziła ponad 80% swojej działalności, w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia. Zamówienia *in-house* są zamówieniami publicznymi, co do których uchylony jest – w określonych przypadkach – obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych. Analogicznych reguł nie formułowała wcześniej obowiązująca dyrektywa 2004/18/WE.

Prawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 dyrektywy 2014/24/UE na grunt prawa krajowego. Jednocześnie zagwarantowano swobodę państwom członkowskim w kwestii przeniesienia przedmiotowego wyłączenia na grunt prawa krajowego, co oznaczało możliwość transpozycji zamówień wewnętrznych przy jednoczesnym zaostrzeniu warunków jej stosowania. Regulacje prawa unijnego 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.

Należy wskazać, że do czasu wejścia w życie ZmZamPublU16, na mocy której zaimplementowano postanowienia dyrektywy 2014/24/UE, podejmowane przez

⁴⁴⁵ Zob. motyw 31 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

jednostki samorządu terytorialnego decyzje i kształtowane relacje prawne, nie miały wyraźnego umocowania w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, opierając się przede wszystkim na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Ustawodawca dopuszczał zamówienia wewnętrzne w bardzo ograniczonym zakresie podmiotowym, w tym zarówno zamówienia na rzecz instytucji gospodarki budżetowej udzielane przez organ władzy publicznej, pełniący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jak i zamówienia udzielane przez Ministra Sprawiedliwości lub jednostki organizacyjne Służby Więziennej przywieziennym zakładom pracy, które funkcjonują jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej. Przepisy ZamPublU2004 nie przewidywały w takim przypadku zarówno odstąpienia od stosowania ustawy w sytuacji nabywania przez jednostki samorządu terytorialnego usług, dostaw czy robót budowlanych od spółek komunalnych, jak i stosowania trybów niekonkurencyjnych, w szczególności zamówienia z wolnej ręki. Wskutek nowelizacji ZamPublU2004, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2017 r. zamówienia *in-house* przewidziano jako zamówienia udzielane w trybie z wolnej ręki. Taka regulacja pozwoliła wyraźnie odróżnić dwie prawne formuły:

- 1) powierzenia prowadzenia gospodarki komunalnej jednostce organizacyjnej poprzez akt założycielski oraz
- 2) powierzenia prowadzenia gospodarki komunalnej na podstawie umowy (w tym umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego).

Instytucja zamówień *in-house* w brzmieniu nadanym nowelizacją ZamPublU2004 zasadniczo nie zmieniła funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej zawartej w GospKomU. Jak wskazywano już powyżej, 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 omawianej ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek 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. Mając na względzie

powyższe rozważania należy wskazać, że jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- 1) w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy);
- 2) w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 GospKomU);
- 3) przez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy⁴⁴⁶.

Przypominając wskazywać należy, iż wybór określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego przysługuje organowi stanowiącemu tej jednostki (art. 4 ust. 1 GospKomU). Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż gmina może tworzyć spółki prawa handlowego, co do zasady, w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej (*a contrario* art. 10 ust. 1 GospKomU). Tworzenie spółek prawa handlowego poza sferą użyteczności publicznej jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. W związku z tym do decyzji właściwej jednostki samorządu terytorialnego będzie należał wybór formy organizacyjnoprawnej wykonywanej gospodarki komunalnej w celu realizacji zadań własnych. Jednocześnie przepisy GospKomU przesądzają, który ze sposobów wykonywania gospodarki komunalnej ma swoiste pierwszeństwo. W przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu, tworzonej spółce prawa handlowego, wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas nastąpi to w uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (art. 4 ust. 1 pkt 1 GospKomU), a także w akcie erekcyjnym spółki, tj. umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub statucie spółki akcyjnej. Podstawą do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu stanowiącego oraz akt erekcyjny spółki. Relacje prawne powstające pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak ekwiwalentności świadczeń. Powyższe stanowisko potwierdził NSA w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r., 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*”.

⁴⁴⁶ Por. wyr. WSA z 20.11.2005 r., III/SA/Wa 2445/05, niepubl.

Opisana powyżej możliwość wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie TSUE wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. W sprawie *Tragsa*⁴⁴⁷, orzekając na gruncie dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG⁴⁴⁸, 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 będzie w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, które doprecyzowuje zakres zadań i obowiązków jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. W wydanym na gruncie dyrektywy 92/50/EWG wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Asociación Profesional* wskazano, że gdy porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki

⁴⁴⁷ Wyr. TSUE z 19.4.2007 r., C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ZOTSiS 2007, nr 4, poz. I-2999, pkt 65.

⁴⁴⁸ 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.

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 publicznych⁴⁴⁹.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, należy także odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. Z zawarciem umowy będziemy mieli do czynienia, gdy jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tych zadań osobie trzeciej, tj. na zasadach ogólnych, o czym mowa w art. 3 ust. 1 GospKomU. W takim przypadku jednostka samorządu terytorialnego ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilnoprawnej⁴⁵⁰.

Ponadto realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych w drodze uchwały jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, albo powierzonych w drodze umowy, należy 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. Będą to takie zadania, które nie są określone w GospKomU. W takiej sytuacji zastosowanie będą miały przepisy ZamPublU, w tym dotyczące zamówień *in-house*, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ZamPublU. Mając na względzie co powyżej, zasadne jest zatem stwierdzenie, że w przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego ma zamiar zawrzeć np. umowę o roboty budowlane, właściwym rozwiązaniem jest zawarcie tej umowy z zastosowaniem przepisów ZamPublU. Podkreślić należy bowiem, że brak jest podstaw prawnych, w szczególności wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i orzecznictwa, aby sądzić iż taką umowę można zawrzeć na podstawie uchwały organu stanowiącego jednostkę samorządu terytorialnego w sprawie powierzenia wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej, z pominięciem przepisów ZamPublU.

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy), lub w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego (spółki z ograniczoną

⁴⁴⁹ Wyr. TSUE z 18.12.2007 r., C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* przeciwko *Administración General del Estado*, ZOTSiS 2007, nr 12C, poz. I-12175, pkt 54, 85, 88.

⁴⁵⁰ Wyr. WSA z 20.11.2005 r., III/SA/Wa 2445/05, niepubl.

odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej) to działa na podstawie GospKomU, a zatem nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów ZamPublU. Jeżeli jednak jednostka samorządu terytorialnego wykonująca zadania własne decyduje się na powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy to taki sposób powierzenia należy kwalifikować jako udzielenia zamówienia publicznego (jeśli przepisy innych ustaw nie mają zastosowania). Jednostka ta zobowiązana jest zatem do stosowanie przepisów ZamPublU, w tym przepisów o zamówieniach *in-house* jeżeli spełnią się opisane w tych przepisach przesłanki. Zwrócić należy uwagę, że jednostka samorządu terytorialnego, może także podjąć decyzję o współpracy niezinstytucjonalizowanej na podstawie umowy zawieranej między co najmniej dwoma zamawiającymi, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU.

Reasumując, instytucja zamówień *in-house* wprowadzona do ZamPublU2004 na mocy ZmZamPublU16 i utrzymana w ZamPublU nie wyklucza i nie stoi na przeszkodzie wykonywaniu zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze GospKomU. Należy bowiem wskazać, że zamówienia *in-house* uregulowane w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU mają szersze zastosowanie, albowiem dotyczą podmiotów, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, a zatem nie tylko jednostek samorządu terytorialnego i nie są ograniczone przedmiotowo. Powierzenie zadań w drodze GospKomU dotyczy jedynie tych zadań, które polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności są to zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Rozdział IV

Zamówienia *in-house* jako przejaw ograniczenia konkurencji w systemie zamówień publicznych

1. Wprowadzenie

Problematyka systemu zamówień publicznych pozostaje obszarem badań rozpoznany w stosunkowo niewielkim stopniu, jednak w obliczu dekonstrukcji oraz ograniczeń budżetowych sektora publicznego staje się coraz bardziej aktualna. Udział zamówień publicznych w ogólnym obrocie gospodarczym zawsze był istotny, ponieważ są one sposobem redystrybucji środków pieniężnych państwa. Z jednej strony zamówienia publiczne są narzędziem rozwojowym infrastruktury publicznej, z drugiej umożliwiają dostęp przedsiębiorców do zadań finansowanych ze środków publicznych. Od sposobu organizacji udzielania zamówień publicznych zależy przede wszystkim rozwój poszczególnych branż, ale także ekonomiczne powodzenie podmiotów, zaangażowanych w realizację zamówienia publicznego. Zamówienia publiczne stanowią zatem istotny element w strukturze gospodarki wolnorynkowej. Rynek zamówień publicznych jest najdynamiczniej rozwijającym się rynkiem, stanowiącym istotne źródło popytu wewnątrz krajowego, pełniącym rolę instrumentu zrównoważonego rozwoju gospodarki narodowej. Rola ta wynika ze współczesnego modelu rozwoju gospodarczego państw UE, który oparto, w znacznym stopniu, na zadłużeniu publicznym, co stworzyło impuls rozwojowy dla sektora zamówień publicznych⁴⁵¹. Pod pojęciem systemu zamówień publicznych rozumie się, wykształcony przez politykę społeczno-gospodarczą, zespół norm prawnych stanowiący proces nabywania dóbr i usług przez sektor publiczny, przy wykorzystaniu mechanizmów rynkowych, z uwzględnieniem związku dokonywania zakupów publicznych z wykonywaniem funkcji publicznych⁴⁵². W ujęciu behawioralnym system zamówień publicznych to instytucja gospodarki rynkowej o szerszym zakresie,

⁴⁵¹ Spekulacyjne zadłużanie podmiotów prywatnych, które umożliwiła deregulacja sektora finansowego w USA, to obok nadmiernej finansjeryzacji gospodarki (zbyt duży udział w strukturze gospodarki instytucji finansowych w stosunku do realnej gospodarki) główne przyczyny kryzysu finansowego lat 2008 – 2013.

⁴⁵² M. Kępa, *O właściwości kontrolnej Regionalnych Izb Obrachunkowych w systemie zamówień publicznych* (w:) *Kontrola zamówień publicznych*, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Warszawa – Wrocław 2013 r., s. 221.

tworząca zasady gry gospodarczej, której uczestnikami jest państwo i przedsiębiorcy, w których poza obowiązkami i uprawnieniami o charakterze prawnym, bierze się pod uwagę również wartości i cele mikro- oraz makroekonomiczne. Zamówienia publiczne to koncepcja ekonomiczna, wprowadzana w życie gospodarcze za pomocą prawa, będąca narzędziem polityki gospodarczej państwa oraz innych organizacji ponadnarodowych⁴⁵³.

Wzmacniająca się ingerencja gospodarcza na szczeblu UE oraz zmiany w ustawodawstwie wpływają na przekształcenie mechanizmów funkcjonowania podmiotów na rynku zamówień publicznych. Zauważalne jest ono przede wszystkim w zakresie przyznania podmiotom decyzyjności co do wyboru trybu, modelu oceny ofert, opisu podmiotu zamówienia, które mogą wpływać na konkurencyjność rynku, a także potencjalne oszczędności kontraktowe⁴⁵⁴.

Prawo zamówień publicznych, jak wynika z poprzednich rozdziałów pracy, nakłada na uczestników postępowań obowiązek przestrzegania szeregu zasad, a do naczelnych z nich należą: zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasada uczciwej konkurencji obejmuje całokształt czynności wiązanych z przygotowaniem oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które powinny zostać dokonane w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, pomiędzy uczestnikami. Zasada równego traktowania nakłada na zamawiających obowiązek równego, jednakowego traktowania wykonawców, ubiegających się o zamówienie publiczne, na wszystkich etapach postępowania.

Realizację tych zasad na rynku zamówień publicznych można weryfikować przy pomocy miary średniej, miary zróżnicowania, asymetrii oraz koncentracji⁴⁵⁵. Pierwszą wartością poddawaną ocenie może być zatem liczba złożonych ofert w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Na ogół większa liczba złożonych zamówień, umożliwi zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty. Kolejnym miernikiem jest różnica pomiędzy maksymalną a minimalną ceną zaoferowaną w złożonych ofertach. Dyspersja może być równoznaczna z poczynieniem przez zamawiającego znacznych

⁴⁵³ M. Kępa, *Kształtowanie się instytucji zamówień publicznych w Polsce: centralne planowanie versus konkurencyjne rynki*, (w:) 25 lat gospodarki wolnorynkowej w Polsce, ISSN 1899-3192, Wrocław 2014, s. 111.

⁴⁵⁴ W. Starzyńska, *Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej*, ANNALES UNIVESITATIS MARIAE CURIE – SKŁODOWSKA LUBLIN – POLONIA VOL. L, 4 SECTIO H 2016, s. 443.

⁴⁵⁵ W. Starzyńska, *Konkurencyjność ...*, s. 444.

oszczędności, przy wykluczeniu wystąpienia ceny rażąco niskiej. Na konkurencyjność w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma także wpływ wybór przez zamawiającego trybu postępowania przetargowego, zamiast pozostałych trybów niekonkurencyjnych. Zachowania samych wykonawców również mogą mieć wpływ na konkurencyjność zamówień, w szczególności w sytuacji stosowania przez nich nielegalnych praktyk, mających na celu znowę przetargową lub użycie pozycji dominującej. Każde bowiem działanie skutkujące ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców jest zjawiskiem negatywnym oraz niepożądanym. Wśród takich zachowań wyróżnić przed wszystkim można: rezygnację z przetargu, składanie ofert komplementarnych, rotacja ofert, podział zysku, podział rynku⁴⁵⁶.

Według Banku Światowego oceny systemu zamówień publicznych należy dokonywać na podstawie następujących kryteriów:

- 1) kryterium gospodarcze (najlepszy stosunek ceny do jakości);
- 2) kryterium efektywności (sprawność oraz szybkość procedury);
- 3) kryterium sprawiedliwości (bezstronność oraz wiarygodność zamawiającego);
- 4) kryterium niezawodności;
- 5) kryterium przejrzystości (klarowność zasad i procedur, dostępnych dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego);
- 6) kryterium odpowiedzialności (bodziec do postępowania uczciwie przez wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego)⁴⁵⁷.

Pod względem gospodarczym najważniejszymi parametrami są natomiast: wartość zamówienia oraz cena oferty najkorzystniejszej. Cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę⁴⁵⁸. Pojęcie ceny odnosi się do wartości brutto, natomiast wartość zamówienia ustalana jest w kwocie netto⁴⁵⁹. Kolejnym miernikiem efektywności jest tzw.

⁴⁵⁶ UOKiK, *Zmowy przetargowe*, 2009, s. 9.

⁴⁵⁷ W. Starzyńska, *Konkurencyjność ...*, s. 444-445.

⁴⁵⁸ Art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz.U. 2023 poz. 168).

⁴⁵⁹ Wyr. KIO z 28.3.2018 r., KIO 485/18, LEX nr 2508429.

wskaźnik „strat”, czyli stosunek ceny wybranej oferty do wartości zamówienia⁴⁶⁰. Czym mniejszy wskaźnik „strat” tym większa oszczędność dla zamawiającego.

Ukierunkowanie systemu zamówień publicznych na konkurencję wynika zatem ze względów ekonomicznych oraz integracyjnych⁴⁶¹. Za M. A. Weresa wskazać należy, że konkurencyjność to koncepcja, która odnosi się do utrzymania trwałego wzrostu gospodarczego, ale oznacza również zdolność do poprawy poziomu życia społeczeństwa, wzmocnienia pozycji na rynkach zagranicznych oraz wzrostu atrakcyjności danego terytorium dla inwestycji kapitału zagranicznego⁴⁶². Konkurencja nie tylko umożliwia rozwój gospodarczy, ale również wpływa na obniżenie kosztów świadczeń, a także przynosi inne korzyści, ułatwiając dostęp do dóbr. System zamówień publicznych stanowi instrument stymulacji rozwoju gospodarczego. Rozmiary oraz zasięg zamówień publicznych, ich różnorodność wpływają na rozwój gospodarczy, zwiększając chociażby popyt rynkowy. Zamówienia publiczne są także instrumentem do zaspokajania zbiorowych potrzeb, związanych przede wszystkim z funkcjonowaniem władzy publicznej, ale również z wykonywaniem zadań społecznych. Efektywne zaspokajanie zbiorowych potrzeb jest równoznaczny z podnoszeniem jakości życia społeczno-gospodarczego⁴⁶³.

Odstępstwem od ogólnych zasad dostępności i konkurencyjności zamówień publicznych, są zamówienia *in-house*. Pojęcie zamówienia *in-house*, jak wskazywano w przedmiotowej dysertacji, ukształtowane zostało w orzecznictwie TSUE. Po raz pierwszy Trybunał Sprawiedliwości w przełomowym wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., wydanym w sprawie C-107/98 *Teckal* dopuścił możliwość odstąpienia od stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych przez jednostkę samorządu terytorialnego jednostce stanowiącej formalnie odrębny podmiot, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli,

⁴⁶⁰ A. Szymańska, J. Szymański, *Efektywność i konkurencyjność zamówień publicznych na ubezpieczenia realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego*, *Przedsiębiorczość i zarządzanie* 2017, t. XVIII, s. 351.

⁴⁶¹ Zob. zwłaszcza M. Królikowska-Olczak, *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Warszawa–Łódź 2010, s. 9 i n., a także: A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, (w:) *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, M. Królikowska-Olczak (red.), Warszawa 2005, s. 31 in.

⁴⁶² M. A. Weresa (red.), *Polska. Raport o konkurencyjności 2015*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2015, s. 7.

⁴⁶³ R. Szostak, *Zamówienia publiczne i pomoc publiczna jako instrumenty wpływu na gospodarkę*, (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, A. Powałowski, 2016, s. 273.

sprawowanej nad swoimi własnymi służbami⁴⁶⁴, natomiast jednostka ta wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego⁴⁶⁵. Wyrok ten zapoczątkował dyskusje o wyodrębnieniu zamówień *in-house* z systemu zamówień publicznych oraz przyznaniu swobody zamawiającemu w wyborze wykonawcy zamówienia publicznego. W kolejnych orzeczeniach TSUE odnosił się do wskazanych warunków⁴⁶⁶.

Wybór formuły *in-house* skutkuje ograniczeniem możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamówienia *in-house* udzielane są podmiotom, które m.in. z uwagi na swą strukturę własnościową, należą do grupy podmiotów uprzywilejowanych. Udzielenie zamówienie w tej formule może zatem powodować ograniczenie konkurencyjności kosztem podmiotów prywatnego sektora, ale również wpływać na jakość, cenę oraz czas realizacji zamówień⁴⁶⁷.

Zamówienia *in-house*, jak szczegółowo opisano w rozdziale III pracy, *sensu stricto* oznaczają wszelkie operacje, w wyniku których podmiot publiczny udziela zamówienia swojej jednostce organizacyjnej, pozbawionej odrębnej osobowości prawnej. Natomiast ujęcie *sensu largo* obejmuje sytuacje, w których instytucja zamawiająca zawiera umowę z podmiotem trzecim, który jest wprawdzie odrębnym podmiotem prawnym, ale jest równocześnie kontrolowany przez podmiot publiczny⁴⁶⁸.

Podstawą normatywną udzielenia zamówienia *in-house* są przepisy dyrektywy: 2014/24/UE, 2014/25/UE oraz 2014/23/UE. Akty te wprowadziły bezpośrednie regulacje w zakresie warunków udzielania zamówień *in-house*⁴⁶⁹. Zgodnie z dyspozycją art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE⁴⁷⁰, zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są kumulatywnie następujące warunki:

⁴⁶⁴ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98, *Teckal*, pkt 50.

⁴⁶⁵ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ...*, s. 28–36.

⁴⁶⁶ Por. m.in. wyroki TSUE w sprawach: C-26/03 (*Stadt Halle*), C-231/03 (*Coname*), C-458/03 (*Parking Brixen*), C-340/04 (*Carbotermo*), C-295/05 (*Asemfo*), C-324/07 (*Coditel*), C-573/07 (*Sea*), C-182/11 i C-183/11 (*Econord*) oraz C-574/12 (*Centro Hospitalar*).

⁴⁶⁷ H. Wolska, *Zamówienia in house jako instrument oddziaływania na gospodarkę*, (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, A. Powałowski, 2016, s. 298.

⁴⁶⁸ D. Sześciło, *Głosa do wyroku TS z dnia 13 listopada 2008 r.*, C-324/07, ST 2009, nr 1-2, s. 143-146.

⁴⁶⁹ Patrz: art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, w art. 28 dyrektywy 2014/25/UE oraz w art. 17 dyrektywy 2014/23/UE.

⁴⁷⁰ Analogicznie brzmiący art. 28 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 17 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE.

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- 2) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez instytucję zamawiającą oraz
- 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie występuje bezpośredni udział kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierającym decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną⁴⁷¹.

Warunek sprawowania przez instytucję zamawiającą nad daną osobą prawną kontroli podobnej do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, jest spełniony, jeżeli zamawiający wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej⁴⁷². Kontrola ta może być także sprawowana przez inną osobę prawną, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą. Dla obliczenia wymagalnej wartości 80% działalności, uwzględnia się średni całkowity obrót lub odpowiednią alternatywną miarę, opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata, poprzedzające udzielenie zamówienia⁴⁷³.

Wyłączenie konieczności stosowania przepisów ZamPublU ma także zastosowanie w przypadku, gdy kontrolowana osoba prawna będąca instytucją zamawiającą udziela zamówienia instytucji zamawiającej sprawującej nad nią kontrolę lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę samą instytucję zamawiającą, pod warunkiem że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia publicznego, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy

⁴⁷¹ Wyr. TSUE z 1.8.2022 r., C-332/20, *Roma Multiservizi spa i Rekeep spa przeciwko Roma Capitale i Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.*, LEX nr 3408767, pkt 76.

⁴⁷² Zob. wyr. TSUE z 29.11.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 27-31, 33 i sentencja; wyr. TSUE z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 65.

⁴⁷³ M. Szydło, *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, *Zeszyty Prawnicze* 2014, Nr 2, s. 110–132.

krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną (tzw. „*in-house* odwrócony”)⁴⁷⁴.

Ustawodawca unijny przewidział także możliwość udzielania zamówienia *in-house* przez instytucję zamawiającą osobie prawa publicznego lub prywatnego, która nie podlega jej samodzielnej kontroli, która to sprawowana jest wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi (tzw. „*in-house* wspólny”). Kontrola taka została obwarowana dodatkowymi kryteriami, a mianowicie:

- 1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej muszą wchodzić przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających;
- 2) poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;
- 3) instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz
- 4) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesem instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę⁴⁷⁵.

Regulacje unijne nie tylko zatem sankcjonują instytucje zamówień *in-house*, ale również wprowadzają szereg zawężających przesłanek zastosowania zamówień wewnątrzorganizacyjnych.

Uwzględniając całokształt zaprezentowanych w rozdziałach I–III zagadnień, w ostatnim rozdziale dokonano ich podsumowania. Zestawiono opinie doktryny oraz orzecznictwa unijnego i krajowego dotyczące zamówień wewnętrznych. Ustalono, czy możliwość udzielenia zamówienia publicznego w modelu *in-house* powinna zwalniać zamawiającego od wydatkowania środków publicznych w sposób racjonalny. W dalszej części tego rozdziału przedstawiono zjawisko obchodzenia przepisów prawa przez zamawiających udzielających zamówień *in-house*, co w konsekwencji może prowadzić do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji na rynku. Pomimo stosunkowo krótkiego czasu obowiązywania reguł dotyczących udzielania zamówień *in-house*, w tym rozdziale omówiono przypadki, w których prowadzenie postępowania przeciwdziałało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

⁴⁷⁴ Art. 12 dyrektywy 2014/24 – zob. [online:] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>, dostęp: 20.1.2021 r.

⁴⁷⁵ Art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

2. Udzielanie zamówień *in-house*, a racjonalność wydatkowania środków publicznych

Przeznaczeniem funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający, pełniący rolę organizatora oraz gospodarza postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, zobligowany jest przede wszystkim do przestrzegania przepisów ZamPublU, ale także uwzględnienia pozostałych obowiązujących norm prawnych, w tym przede wszystkim określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych, zgodny z przepisami FinPublU⁴⁷⁶. Zamawiający pełni zatem także funkcję rzecznika interesu publicznego, co obliguje go do zapewnienia oraz przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych. Z perspektywy udzielenia zamówienia publicznego, istotne znaczenie ma zagadnienie celowości wydatkowania środków publicznych. Każdy z wydatków powinien być zaplanowany, ale również normatywnie uzasadniony. Wydatkowanie środków publicznych winno być celowe, ale również zakładające zminimalizowanie wykorzystywania zasobów. Naruszenie przez zamawiających zasad wydatkowania środków publicznych skutkuje naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Naczelne zasady normatywne prawa zamówień publicznych zmierzają przy tym do udostępnienia, na równych zasadach, rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom. Jednak w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego dochodzi do zderzenia interesów trzech różnych podmiotów: interesu zamawiającego, interesu publicznego oraz interesu wykonawców. Niezbędne jest zatem ich wyważenie, aby zapewnić prawidłową realizację celu udzielenia zamówienia publicznego, jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych⁴⁷⁷.

Polityka zamówień publicznych oddziałuje w sposób istotny na gospodarkę oraz kształt jej struktury. System zamówień publicznych jest instrumentem wydatkowania środków publicznych, za sprawą którego władze wyznaczają kierunek oraz skalę nakładu finansowego w pozyskanie oznaczonych produktów lub usług, czy też realizację

⁴⁷⁶ Wyr. KIO z 26.9.2012 r., KIO/UZP 1934/12, www.uzp.gov.pl.

⁴⁷⁷ E. Nowińska, Ch. Schnell, *Konkurencja w przetargu to nie wszystko*, Rzeczpospolita z dnia 15 kwietnia 2010 r., s. C6.

projektów⁴⁷⁸. System zamówień publicznych postrzega się również jako narzędzie regulacji sektorowej, mające na celu kontrolowanie oraz dyscyplinowanie zamawiających, pod kątem prawidłowego wydatkowania funduszy publicznych⁴⁷⁹. System zamówień publicznych umożliwia także wybór kierunku długotrwałych warunków rozwoju danych sektorów, w których stroną popytową są zazwyczaj podmioty zobowiązane do stosowania prawa zamówień publicznych⁴⁸⁰.

Zamówienia publiczne charakteryzuje efektywna konkurencja, która umożliwia jednocześnie wydatkowanie środków publicznych w najbardziej ekonomicznie efektywny sposób, czyli poprzez spełnienie kryteriów jakościowych, ale bez zaangażowanie większej ilości środków niż jest to niezbędne do ich spełnienia⁴⁸¹. Realizacja powyższych założeń jest możliwa dzięki instytucji wyboru oferty najkorzystniejszej, do którego dochodzi na podstawie przyjętych kryteriów, takich jak m.in.: kryterium najniższej ceny, najniższego kosztu czy kryterium bilansowe⁴⁸². Wybór oferty najkorzystniejszej warunkuje zapewnienie uczciwej konkurencji.

W procesie wydatkowania środków publicznych rola konkurencji jest dostrzegalna zarówno na gruncie prawodawstwa unijnego, jak i polskiego. Konkurencja nie jest jednak wartością bezwzględną⁴⁸³. Zapewnienie konkurencyjności oraz uczciwej rywalizacji pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorcami postrzegana się jedynie jako mechanizm ułatwiający realizację celów systemu zamówień publicznych, do których zalicza się racjonalność i efektywność wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie najwyższej jakości usług⁴⁸⁴. W pewnych okolicznościach, dla realizacji określonych celów, mechanizm konkurencji podlega ograniczeniu, a niekiedy nawet wyłączeniu⁴⁸⁵. Nie wszystkie zakupy, realizowane ze środków publicznych podlegają

⁴⁷⁸ G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 57.

⁴⁷⁹ A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ..., s. 47–52.

⁴⁸⁰ OECD, *Public Procurement. The role of Competition Authorities in promoting competition*, DAF/COMP (2007) 34, s. 24.

⁴⁸¹ UOKiK. *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013, s. 11. Szerzej na temat efektywności ekonomicznej zakupów dokonywanych w ramach zamówień publicznych zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 3–19.

⁴⁸² Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 12.

⁴⁸³ Nawet jeżeli system zamówień publicznych uwzględnia korzyści płynące z konkurencji, to niewątpliwie jego celem nie jest zapobieganie ograniczeniu konkurencji między przedsiębiorcami. Zob. A. Sánchez Graells, *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law* – zob. [online:] <http://ssrn.com/abstract=2206502>, s. 3.

⁴⁸⁴ G. Materna, *Zmowy przetargowe ...*, s. 64.

⁴⁸⁵ Wyłączenia te powinny być stosowane w ograniczonym wymiarze, gdyż rozdysponowywanie środków publicznych w oparciu o konkurencyjne procedury przetargowe pozwala istotnie redukować koszty

przepisom ZamPublU, a niektóre pomimo zastosowania reguł ustawy przewidują wyłączenie reguł konkurencji, w tym poprzez wybór niekonkurencyjnych trybów postępowania, pomimo ich reglamentacji⁴⁸⁶.

Do zmniejszenia znaczenia konkurencji dochodzi także wskutek postrzegania systemu zamówień publicznych jako narzędzia realizacji polityki państwa, w różnych obszarach. Realizowanie celów m.in. polityki społecznej, przemysłowej, czy ekologicznej może wpływać negatywnie na efektywność ekonomiczną zakupów, dokonywanych w systemie zamówień publicznych⁴⁸⁷. Nałożenie na zamawiających jako gospodarzy postępowania, obowiązku uwzględniania pozaekonomicznych kryteriów, realizujących różnopłaszczyznowe cele polityki państwa może doprowadzić do ograniczenia konkurencji w procesie wydatkowania funduszy publicznych⁴⁸⁸. Mając wzgląd na pozaekonomiczne kryteria, zamawiający powinni dążyć do zapewniania sprawiedliwego oraz niedyskryminacyjnego dostępu do realizacji zamówienia⁴⁸⁹, który w procedurach zamówień publicznych przejawiać się powinien w szczególności równym traktowaniu wykonawców, przejrzystości i uczciwości zamawiających, w tym zapobieganiu konfliktowi interesów⁴⁹⁰.

Zgodnie z brzmieniem art. 106 TFUE uprzywilejowanie przedsiębiorstw państwowych względem przedsiębiorstw prywatnych przez państwa członkowskie, co do zasady jest niedopuszczalne i uznaje się ją za pomoc publiczną. Pomoc publiczna jest natomiast dopuszczalna jedynie w zakresie, w jakim przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego, nie są w stanie wykonać poszczególnych zadań im powierzonych, w szczególności bez naruszenia reguł konkurencji. Oznacza to, że nie jest monopolem sytuacja, w której na rynku świadczone są usługi, spełniające standardy określone przez państwo, mogące podlegać finansowaniu bez konieczności udzielania subwencji. Usługi świadczone pomimo ich nierentowności to usługi w ogólnym interesie

zamówień dóbr i usług (nawet o 10%). Zob. A. Rodrigues, S. Ennis, *Hearing on the use of tenders and auctions – IssuesNote by the Secretariat*, DAF/COMP/WP2 (2014) 15, s. 3 – zob. [online:] [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2014\)15&doclang=ua&en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doclang=ua&en), dostęp: 10.5.2021 r.

⁴⁸⁶ Szerzej zob. W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 102–148.

⁴⁸⁷ M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 26.

⁴⁸⁸ A. Sánchez Graells, *Public Procurement...*, s. 54.

⁴⁸⁹ Por. wyr. TSUE z 17.9.2002 r., C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, EU:C:2002:495, pkt 64 i 69.

⁴⁹⁰ Zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 3 i 27–36.

gospodarczym (ang. *services of general economic interest*, SGEI). Zalicza się do nich przede wszystkim: służbę zdrowia, transport, budownictwo socjalne, szkolnictwo lub usługi w zakresie bezpieczeństwa publicznego⁴⁹¹. Komisja Europejska stoi na stanowisku, zgodnie z którym usługi w zakresie gospodarki, niewymagające finansowania ze strony państwa, których koszty pokrywane są przez ich odbiorców nie są usługami w ogólnym interesie gospodarczym, a więc muszą podlegać normom traktatowym wolnego rynku.

Państwa członkowskie posiadają duży margines swobody w definiowaniu SGEI, jednak powinny one precyzować szczególne cechy charakterystyczne danych usług, warunki ich świadczenia oraz docelową grupę odbiorców, do których jest ona kierowana. W przypadku, gdy dostępna jest podobna usługa, oferowana przez inne przedsiębiorstwa nieskierowane do świadczenia SGEI, które wykonują lub mają możliwość wykonywania danych usług w sposób i na warunkach zgodnych z interesem publicznym, nie byłoby właściwe powiązane z nimi świadczenia w ogólnym interesie gospodarczym. Chyba, że państwo uzna i wykaże, że oferowana usługa jest dla niego niezadowalająca, np. z uwagi na cenę lub jakość, a więc niezgodna z interesem publicznym. Jako przykład można podać zasadę rozliczania opłat za usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, którymi obciąża się ich pierwotnego wytwórcę lub obecnego lub poprzednich posiadaczy, a więc nie są one usługami w ogólnym interesie gospodarczym. Tryb *in-house* może być jednak zastosowany, jeśli na rynku nie występują inni przedsiębiorcy świadczący tego rodzaju usługi⁴⁹².

Zwrócić uwagę należy, iż aktualnie art. 10 ust. 2 pkt 3 ZamPublU, wyłącza stosowanie przepisów ustawy jedynie w stosunku do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej. Polski ustawodawca ograniczył zatem zamówienia wewnątrzorganizacyjne wyłącznie do instytucji gospodarki budżetowej, pozbawiając jednocześnie spółki komunalne skorzystania z tego uprawnienia. Powyższe rozwiązanie może być postrzegane jako przejaw dyskryminacji spółek komunalnych, na co zwracano uwagę już na etapie projektu nowelizacji ZamPublU2004 z 2008 r.⁴⁹³. Projekt zakładał wyłączenie z zakresu ustawy zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu

⁴⁹¹ M. Rypina, *Typy podmiotów prywatnych obowiązanych do udostępniania informacji publicznej*, (w:) *Udostępnianie informacji publicznej przez podmioty prywatne*, Warszawa 2022, LEX/el.

⁴⁹² Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Kauno Miesto Savivaldybe i Kauno Miesto Savivaldybes Administracija przeciwko UAB „Irgita” i UAB „Kauno Svara”*, LEX nr 2723796, pkt 50 oraz pkt 2 sentencji.

⁴⁹³ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 471.

terytorialnego spółce, o której mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, jeżeli łącznie zachodziły następujące przesłanki: działalność spółki dotyczyła wykonywania na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego oraz miała być prowadzona wyłącznie na obszarze tych jednostek lub na obszarze, na którym jednostka samorządu terytorialnego miała realizować zadania publiczne przekazane jej w drodze porozumienia, o którym mowa w przepisach o samorządzie gminnym, samorządzie powiatowym lub samorządzie województwa; spółka podlegała kontroli jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, odpowiadającej kontroli, sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającej na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami spółki; wszystkie udziały lub akcje spółki należały do jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek⁴⁹⁴.

Na gruncie polskiego ustawodawstwa zauważyć należy, iż zamówienia typu *in-house* w istocie nie zmieniają funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zagadnienie to reguluje GospKomU, 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 ustawy gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek 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 prawnej⁴⁹⁵.

Za stanowiskiem Rzecznika Generalnego *M.C. Sánchez-Bordona*, wskazać należy, że „w reżimie *in-house* podmiot zamawiający, z funkcjonalnego punktu widzenia, nie udziela zamówienia innemu odrębnemu podmiotowi, lecz w rzeczywistości samemu sobie

⁴⁹⁴ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność ...*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia ...*, s. 117.

⁴⁹⁵ E. Wiktorowska, *Niejasności, wątpliwości i zdrowy rozsądek*, ZPDORADCA 2017, Nr 2, s. 14–21.

(ang. contracts with itself), zważywszy na powiązania, jakie ma z formalnie odrębnym podmiotem. W rzeczywistości nie można mówić o udzieleniu zamówienia, lecz jedynie o zleceniu lub zadaniu, którego przyjęcia druga «strona» nie może odmówić, niezależnie od postaci, jaką przybierają»⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ Opinia Rzecznika Generalnego M.C. Sáncheza-Bordony z 27.4.2017 r., C-567/15, LitSpecMet UAB, EU:C:2017:319, pkt 70.

3. Zjawisko obchodzenia przepisów prawa przez zamawiających udzielających zamówień *in-house*

Zastanawiając się nad problematyką zamówień *in-house*, w perspektywie wykorzystania ich jako narzędzia do obejścia przepisów prawa na wstępie zauważyć należy, że ten niekonkurencyjny tryb udzielania zamówień *in-house* jest najczęściej wykorzystywany w Polsce przez administracje rządową oraz jednostki organizacyjne administracji samorządowej. Jednostki samorządu terytorialnego posiadają wyspecjalizowane spółki komunalne, które często wykonują zadania użyteczności publicznej, wskutek zlecenia im ich wykonania w formule *in-house*. Zamówienia wewnętrzne dotyczą zazwyczaj zamówień, których przedmiotem jest odbiór komunalnych odpadów, utrzymanie czystości na ulicach, utrzymanie zieleni miejskiej lub zimowego utrzymania dróg. Możliwe jest również zastosowanie bezprzetargowej procedury do zleceń związanych z zarządzaniem nieruchomościami i infrastrukturą, remontami dróg, budynków, budową ora przebudową kanalizacji wodnej, czy dróg oraz ulic. Mając na względzie zaplecze spółek komunalnych zachodzi obawa, że spółki nie będą realizować powierzonych zadań samodzielnie, a będą je zlecać podwykonawcom, będącym komercyjnymi przedsiębiorcami. Zgodnie z dyspozycją art. 214 ust. 9 ZamPublU, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Jednak brak jest w przepisach ZamPublU normy, która obligowałaby instytucje zamawiające do wskazania, która część zamówienia dotyczy głównego jego przedmiotu. Powyższy stan rzeczy może prowadzić do obchodzenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych.

Zjawisko obchodzenia przez instytucje zamawiające przepisów dotyczących zamówień *in-house* było przedmiotem poddawanych ocenie przez TSUE. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie wskazywał, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50/EWG, zmienionej dyrektywą 97/52/WE, ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym przedsiębiorstwem lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny

być stosowane⁴⁹⁷. Powyższe oznacza, że zamawiający nie biorą pod uwagę wszystkich trzech warunków, których dopiero kumulatywne spełnienia umożliwi udzielenie zamówienia publicznego z pominięciem formalnej procedury udzielania zamówień, zgodnego z przepisami dyrektywy. Zamawiający decydują się na udzielenie zamówienia *in-house* uwzględniając wyłącznie warunek sprawowania nad daną osobą prawną kontroli podobnej do kontroli, sprawowanej nad własnymi jednostkami, pomijając kwestię kryterium procentowej ilości udziałów oraz występowania bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Jako przykład tego rodzaju naruszenia przepisów dotyczących trybu *in-house* można wskazać stan faktyczny sprawy zawisłej przed Trybunałem Sprawiedliwości, C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH* przeciwko *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewerwertungsanlage TREA Leuna*.

Miasto Halle, na podstawie wydanej przez siebie uchwały z dnia 12 grudnia 2021 r., zleciło *RPL Lochau*, z pominięciem wszczęcia formalnej procedury, opracowanie projektu mającego na celu wstępne przetwarzanie, odzyskiwanie i unieszkodliwianie wytwarzanych przez siebie odpadów. Miasto także, bez przesłania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, rozpoczęło z *RPL Lochau* negocjacje, mające na celu zawarcie umowy w zakresie odprowadzania odpadów komunalnych od dnia 1 czerwca 2005 r. Ponadto spółka *RPL Lochau* miała brać udział, jako inwestor, w budowie urządzenia termicznego przeznaczonego do unieszkodliwiania i odzyskiwania odpadów. Kapitał spółki *RPL Lochau* należał natomiast:

- 1) w 75,1% do spółki *Stadtwerke Halle GmbH*, której jedyny udziałowiec należał w 100% do miasta *Halle*;
- 2) w 24,9% do prywatnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zamówienie miało zatem zostać udzielone przez jednostkę samorządu terytorialnego (instytucje zamawiającą) spółce pośrednio zależnej (zależnej spółce spółki-córki własnej spółki-córki). Aczkolwiek *Stadt Halle* posiadał 100% udziałów w swojej spółce-córce, a ta z kolei w swojej spółce-córce, to ta ostatnia posiada jedynie 75,1% w spółce od niej zależnej. Pozostałe udziały w tej spółce należą do prywatnego przedsiębiorstwa. Postępowanie dotyczyło zatem spółki z udziałem kapitału publicznego,

⁴⁹⁷ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 52 oraz pkt 2 sentencji.

tj. spółki z (pośrednim) udziałem większościowym instytucji zamawiającej i z udziałem podmiotu trzeciego niebędącego instytucją zamawiającą.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału nie można jednak wyłączyć braku stosowania dyrektywy odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi z samego faktu posiadania udziałów w spółce będącej kontrahentem instytucji zamawiającej przez przedsiębiorstwo prywatne, w którym instytucja zamawiająca bezpośrednio lub pośrednio posiada udziały. Nie jest bowiem wystarczające zdominowanie spółki z udziałem kapitału publicznego przez instytucję zamawiającą⁴⁹⁸.

Zamawiający próbują także obejść interpretacje warunków instytucji „współpracy” pomiędzy instytucjami zamawiającymi. Nie można jednak uznać, iż występuje między instytucjami współpraca, gdy instytucja zamawiająca wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym na swoim obszarze nie wykonuje sama tego zadania, lecz zleca za wynagrodzeniem jego wykonanie innej, niezależnej instytucji zamawiającej, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za wykonanie tego zadania realizowanego w interesie publicznym⁴⁹⁹.

Niemieckie powiaty ziemskie oraz miasto Koblenca powierzyły związkowi komunalnemu, podlegającemu ich wspólnej kontroli, wykonanie należącego do nich zadania odzyskiwania i usuwania odpadów produkowanych odpowiednio na ich obszarach. Związek komunalny posiada wyłącznie możliwość składowania odpadów resztkowych. Odpady resztkowe uzyskuje się zaś poprzez poddanie odpadów komunalnych złożonemu procesowi przetworzenia mechaniczno-biologicznego. Związek komunalny, z uwagi na fakt nieposiadania instalacji umożliwiającej to przetworzenie, powierza 80% działań w tym zakresie przedsiębiorstwom prywatnym, a 20% powiatom ziemskim.

W art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny przewidział możliwość wyłączenia stosowania dyrektywy w przypadku zawarcia umowy pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi, pod warunkiem, że:

⁴⁹⁸ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 96.

⁴⁹⁹ Wyr. TSUE z 4.6.2020 r., C-429/19, *Remondis GmbH* przeciwko *Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel*, LEX nr 3008604, pkt 39 oraz sentencja.

- 1) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi, w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- 2) wdrożeni tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- 3) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

Pojęcie współpracy, o której mowa w powyższych warunkach, nie posiada jednak swej legalnej definicji, pomimo że brzmienie przepisu art. 12 ust. 4 lit. a dyrektywy 2014/24 nadaje pojęciu „współpracy” centralne znaczenie w kontekście wyłączenia w nim zawartego⁵⁰⁰. Trybunał Sprawiedliwości, odrzucając hipotezę o zamiarze prawodawcy, którym miało być wprowadzenie mechanizmu opartego na współpracy, pozbawionej prawdziwego charakteru, czy też sytuacji naruszającej skuteczność poziomej współpracy między instytucjami zamawiającymi, wskazał że wymóg prawdziwej współpracy wynika ze sformułowania zawartego w motywie 33 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym współpraca powinna „opierać się na koncepcji współdziałania”, czyli skutecznej współpracy. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału wspólny udział wszystkich stron porozumienia o współpracy jest niezbędny do zagwarantowania, że zostaną zrealizowane usługi publiczne, które są one zobowiązane zapewnić. Nie można jednak uznać, iż warunek ten został zrealizowany, w sytuacji gdy wyłączny udział niektórych stron porozumienia ogranicza się do samego zwrotu kosztów – taki udział założono w treści postanowień porozumienia, będącego przedmiotem postępowania głównego⁵⁰¹.

Przyjęcie, że udział zamawiającego polegający wyłącznie na zwrocie kosztów jest wystarczający do wystąpienia „współpracy” w rozumieniu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, pozostaje w sprzeczności z założeniami ustawodawcy. Powyższe stwierdzenie prowadziłoby do braku możliwości rozróżnienia „współpracy” od „zamówienie publicznego”, do którego wyłączenia dąży przywołany przepis.

⁵⁰⁰ M. Sieradzka, „*Współpraca*” a zamówienie publiczne jako element oceny zamówienia in-house, LEX/el.

⁵⁰¹ Wyr. TSUE z 4.6.2020 r., C-429/19, *Remondis*, pkt 27 i 37.

Porozumienie o współpracy między podmiotami sektora publicznego powinno prezentować wynik obustronnych zabiegów na rzecz współpracy między jego stronami⁵⁰².

Podmioty sektora publicznego dążące do zawarcia porozumienia powinny, w ramach jego przygotowań, zdefiniować wspólnie potrzeby oraz rozwiązania, konieczne do ich zaspokojenia. Jednostronne zdefiniowanie potrzeb występuje natomiast w ramach zwykłej procedury udzielania zamówienia publicznego. Współpracę między podmiotami sektora publicznego wyróżnia wspólna strategia stron tej współpracy oraz połączenie przez instytucje zamawiające wysiłków w celu świadczenia usług publicznych⁵⁰³.

Trybunał ocenił, że założenia porozumienia, zgodnie z którymi związek komunalny odbiera odpady resztkowe w celu odprowadzenia ich na składowisko, które stanowią 46% początkowych odpadów, a wynagrodzenie powiatu ziemskiego przyjmuje wyłącznie formę zwrotu kosztów bez uwzględnienia marży zysku w zakresie bieżących kosztów działalności, nie mogą być wystarczające do wykazania istnienia prawdziwej współpracy między związkiem komunalnym a powiatem ziemskim. Porozumienie tego rodzaju zmierza bowiem wyłącznie do nabycia usługi za wynagrodzeniem. Tym samym zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego nie jest objęte wyłączeniem przewidzianym w art. 12 ust. 4 lit. a dyrektywy 2014/24/UE⁵⁰⁴.

W omawianym orzeczeniu Trybunał poddał analizie horyzontalną współpracę *in-house*. Przepis art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 zawiera warunki wystąpienia porozumienia horyzontalnego. Porozumienie o współpracy między podmiotami z sektora publicznego opiera się na określeniu przez podmioty, zmierzające do zawarcia porozumienia, ich potrzeby oraz podjęcia wysiłku w celu ich wspólnej realizacji. Współpraca nie występuje jednak między podmiotami, których udział w realizacji porozumienia ogranicza się jedynie do przepływów finansowych.

Zamawiający, a w szczególności jednostki samorządu terytorialnego, dokonują także obejścia prawa poprzez „sztuczne” wypełnianie przesłanek, od których zależy możliwość udzielenia zamówienia *in-house*⁵⁰⁵. Przepis art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, implementowany także do polskiego porządku prawnego (art. 214 ust. 1 pkt

⁵⁰² Wyr. TSUE z dnia 9.6.2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 38.

⁵⁰³ M. Sieradzka, „*Współpraca*”..., LEX/el.

⁵⁰⁴ Wyr. TSUE z 4.6.2020 r., C-429/19, *Remondis*, pkt 37-38.

⁵⁰⁵ M. Sieradzka, *Zamawiający może udzielić zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki, jeżeli spełnione zostały przesłanki ustawowe jego zastosowania*, Legalis/el.

14 ZamPublU) określa przesłanki tzw. „wertykalnego zamówienia *in-house*”, umożliwiającego powierzanie zamówień *in-house* przez wielu zamawiających, z uwzględnieniem zastrzeżenia odnoszącego się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów – w tym współpracy z innymi organami publicznymi.

Jako przykład obejścia uregulowań dotyczących wertykalnych zamówień *in-house* przywołać można stan faktyczny, ujawniony w postępowaniu przed KIO, o sygn. akt: KIO 2567/17⁵⁰⁶.

Gmina Ryglice zawarła w dniu 13 listopada 2017 r. z gminą Tarnów porozumienie międzygminne, w sprawie powierzenia gminie Tarnów wykonywania zadania własnego gminy Ryglice, w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy gminy. Zamawiający powierzył spółce MPGK (jednoosobowa spółka gminy Tarnów) realizację zamówienia poprzez skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Gmina Tarnów wskazała na przeprowadzoną reorganizację zmierzającą do ograniczenia świadczenia przez spółkę usług komercyjnych do poziomu poniżej 10%.

KIO nakazała unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU2004 (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU). W uzasadnieniu Izba wskazała, że porozumienie pomiędzy jednostkami sektora publicznego nie spełnia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU2004 oraz art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

KIO dokonując powyższego rozstrzygnięcia odniosła się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2013 r., C-386/11, który zapadł w analogicznej sprawie. Trybunał zaś orzekł, że umowa, na mocy której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą

⁵⁰⁶ Wyr. KIO z 27.12.2017 r., KIO 2567/17 – zob. [online:] <https://www.saos.org.pl/judgments/353964>, dostęp: 21.2.2022 r.

odpowiadać kosztom poniesionym przy realizacji tego zadania, przy czym ta druga jednostka jest ponadto uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, które w danym przypadku są zdolne do działania na rynku w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18⁵⁰⁷.

Wobec powyższego, porozumienie zawarte pomiędzy gminą Tarnów a gminą Ryglice, nie mogło zostać zakwalifikowane jako jedno z zamówień nieobjętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE. Porozumienie nie stanowiło również zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub 15 ZamPublU2004 (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 lub 14 ZamPublU).

Za kluczową kwestię dla oceny działania zamawiającego KIO wskazała uprawnienie do skorzystania, celem realizacji zadania przez jednostkę zobowiązaną – gminę Tarnów – z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku. Izba powołała się przy tym na treść motywu 31 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, że należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami”. W sprawie zawisłej przed Izbą, MPGK była spółką należącą do gminy Tarnów, jednak miała możliwość działania na rynku, a zatem była prywatnym usługodawcą, o którym mowa w przywołanym powyżej motywie.

Postępowanie zamawiającego zostało dodatkowo uznane przez Izbę za przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Działania zamawiającego – podmiotu organizującego rynek właściwy wprost – zmierzały do wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy, ale także sztucznego zawężenia konkurencji, poprzez uniemożliwienie uzyskania zamówienia na realizację zadania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie gminy przez inne podmioty niż spółka komunalna. Wyeliminowanie konkurencji z rynku lokalnego poprzez niedozwolone wykorzystanie instrumentu *in-house*, zdobywanie kolejnych rynków pod hasłem rzekomego dbania o interes publiczny, Izba uznała za jaskrawy przykład naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się zamawiający prowadząc

⁵⁰⁷ Wyr. TSUE z 13.6.2013 r., C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*, pkt 41.

postępowanie. Dodatkowo Izba uznała działanie zamawiającego za przejaw nadużycia pozycji dominującej na rynku⁵⁰⁸.

Podobnych naruszeń dopuściło się także m.st. Warszawa, które planowało udzielić, korzystając z instytucji *in-house*, swojej spółce MPO, zamówienia o wartości ponad 527 mln złotych na odbieranie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, zamieszkiwanych przez mieszkańców oraz obiektów gastronomicznych i targowiskowych. Zamiar ten spotkał się ze sprzeciwem pozostałych przedsiębiorców, którzy złożyli odwołanie do KIO. Z zarzutów podnoszonych przez innych wykonawców wynikało, że spółka MPO nie spełniła wymogu osiągnięcia co najmniej 90% przychodów z działalności wykonywanej na zlecenie zamawiającego. Spółka konkurowała z przedsiębiorcami na wolnym rynku odbierania odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. Zamawiający uzasadnił swoje postępowanie zamiarem reorganizacji spółki oraz wiarygodnymi prognozami handlowymi, z których wynikało, że przychody spółki z działalności powierzonej przez m.st. Warszawę, w ciągu najbliższych trzech lat, miały stanowić 90% jej ogólnych przychodów – co stanowiło przejaw obejścia wymogu 90%. Ponadto posiadana przez spółkę instalacja nie była wystarczająca do przetworzenia wszystkich śmieci zbieranych na terenie miasta, co wiązałoby się z koniecznością korzystania z usług firm posiadających takie instalacje lub zainwestowaniem znacznej kwoty pieniędzy na wyposażenie się w nie. W ocenie KIO przychody dotyczące zagospodarowania odpadów, które formalnie zostały powierzone do realizacji miejskiej spółce, jednak z uwagi na ograniczenia MPO zostały przekazane dalej, do podwykonawców wyłonionych w przetargach publicznych nie mogą być wliczane przy weryfikacji spełniania kryterium „90% przychodów”. Zdaniem Izby nie można utożsamiać powierzenia zadania własnego spółce zależnej z dalszym jej przekazaniem kolejnym firmom, które ostatecznie realizują to zamówienie⁵⁰⁹.

Spółka MPO nie posiadała także odpowiedniego potencjału do obsługi o wiele większego obszaru, co wiązałoby się z dodatkowymi inwestycjami w zasoby ludzkie oraz techniczne, a więc narażanie dyscypliny finansów publicznych na dodatkowe, nieuzasadnione koszty. W ocenie Izby wybór trybu *in-house* nie miał podstaw w zdolnościach faktycznych spółki MPO do wykonania tak dużego wolumenu

⁵⁰⁸ Wyr. KIO z 27.12.2017 r., KIO 2567/17, Legalis nr 1718693.

⁵⁰⁹ Wyr. KIO z 16.5.2022 r. w sprawach połączonych, 561/22, 563/22, 573/22, 574/22, 575/22, 577/22, 579/22, 581/22, 587/22, 589/22, Legalis nr 2700567.

zamówienia, założenie korzystania przez tę spółkę z podwykonawstwa w zakresie części głównej zamówienia uniemożliwiło wykorzystanie *in-house*⁵¹⁰. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie, w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 98/22, rozpoznawanej na skutek wniesienia skargi na rozstrzygnięcie odwołania od czynności wyboru trybu i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki przez m.st. Warszawę ze spółką MPO, którego przedmiotem miał być odbiór odpadów komunalnych. Sąd orzekł, że *„wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia jest założeniem, że podmiot otrzymujący zamówienie wewnętrzne jest samodzielnie zdolny do jego realizacji. W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której zamawiający podzlecaliby 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. Jak bowiem wskazano w poprzedniej części uzasadnienia, taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w omawianych przepisach prawa zamówień publicznych oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług i robót budowlanych przez zamawiających i podmioty przez nich kontrolowane. Należy wskazać, iż podstawą i celem przedstawionych regulacji jest ochrona konkurencyjności”*⁵¹¹.

Samo skorzystanie z instytucji *in-house* nie prowadzi jednak z założenia do nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej⁵¹². Zarówno przepisy prawa Unii, jak i krajowe dotyczące zamówień wewnętrznych uznają uprzywilejowanie zamawiającego, jednak pod warunkiem spełnienia kumulatywnie przesłanek zastosowania tego szczególnego trybu postępowania. Przyznanie zamawiającemu możliwości wyboru procedury, w tym zastosowania instytucji *in-house* mogą być postrzegane jako ograniczenie konkurencji, jednak jego granice wyznaczają przepisy samego prawa.

⁵¹⁰ Wyr. KIO z 16.5.2022 r. w sprawach połączonych, 561/22, 563/22, 573/22, 574/22, 575/22, 577/22, 579/22, 581/22, 587/22, 589/22, Legalis nr 2700567.

⁵¹¹ Wyr. SO w Warszawie z 21.10.2022 r., XXIII Zs 98/22, LEX nr 3445898.

⁵¹² K. Ronikier-Dolańska, *Co wynika z rocznej informacji Krajowej Izby Odwoławczej*, ZPDORADCA 2018, Nr 8.

W orzecznictwie występuje także pogląd, zgodnie z którym uznaje się, że przepisy prawa Unii jak również ZamPublU „nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązany także wykazać, przedstawiając analizy, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli poprzez wykazanie przesłanek wymaganych art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU2004 dla zastosowania tej podstawy prawnej (...)”⁵¹³. Powyższe oznacza, że decyzja zamawiającego o udzieleniu zamówienia *in-house* nie musi zostać poprzedzona weryfikacją konkurencji na rynku właściwym 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. Samo zainteresowanie innych podmiotów, po publikacji informacji o zamiarze nawiązania współpracy, nie wyłącza możliwości udzielenia zamówienia *in-house*.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki oraz skorzystanie z instytucji *in-house* nakłada zatem na zamawiającego ciężar udowodnienia kumulatywnego zaistnienia przesłanek określonych w przepisach unijnych oraz krajowych, regulujących zastosowanie tego trybu. Kierunek interpretacyjny tych przesłanek wyznacza przede wszystkim bogate orzecznictwo TSUE, zapoczątkowane orzeczeniem z dnia 18 listopada 1999 r., w sprawie C-107/98 *Teckal*. Wyrok ten wyznaczył dwa podstawowe kryteria, których spełnienie umożliwia uznanie zamówienia za *in-house* oraz wyłączenie go spod porządku stosowania przepisów szeroko pojętego prawa zamówień publicznych. Pierwszym warunkiem jest analogiczna kontrola sprawowana przez zamawiającego nad wykonawcą do własnych udziałów. Drugim warunkiem jest udzielenie zamówienia podmiotowi, wykonującemu zasadniczą część działalności na rzecz zamawiającego. Kryteria te zostały oczywiście doprecyzowane na gruncie dalszego orzecznictwa Trybunału, a także wprowadzono je do polskiego porządku prawnego.

Instytucja zamówień *in-house* umożliwia JST udzielenie zamówienia z wolnej ręki, należącym do nich spółkom komunalnym, po spełnieniu ustawowych przesłanek. Jak wynika z dotychczasowej praktyki zamawiający często nie są w stanie sprostać powyższemu obowiązkowi, z uwagi na niewłaściwą wykładnię obowiązujących przepisów oraz próbę ich obejścia. Bezprzetargowe zamówienia *in-house* stanowią proste

⁵¹³ Wyr. KIO z 7.2.2017 r., KIO 96/17, LEX nr 2237189.

narzędzie do nadużywania przez samorzady przyznanych im uprawnień. Zgodnie z dyspozycją art. 214 ust. 5 i 6 ZamPublU przy obliczaniu procentu działalności (dotyczącego kryterium wykonywania 90% działalności przez wykonawcę na rzecz zamawiającego) uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. 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 ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Kryterium osiągnięcia 90% przychodów z działalności zleconej przez zamawiającego miało na celu ograniczenie bezprzetargowego sposobu udzielania zamówień spółkom gminnym tylko wobec podmiotów, nieprowadzących działalności na rynku, na rzecz innych niż zamawiający podmiotów. Większość polskich spółek gminnych nie spełnia tego warunku, co więcej skutecznie obchodzą to kryterium poprzez powoływanie się na „reorganizację” podmiotu i „wiarygodne prognozy handlowe”, uprawdopodobniające osiągnięcia przynajmniej 90% przychodów z działalności na zlecenie zamawiającego⁵¹⁴.

Omówiony powyżej sposób obchodzenia przepisów dotyczących zamówień *in-house* prowadzi do naruszenia głównej idei – dbałości o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zabezpieczenia konkurencyjnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Zagroza także wystąpieniu monopolizacji danych obszarów gospodarki, która niesie za sobą negatywne skutki dla podmiotów gospodarczych oraz konsumentów. Przedsiębiorcy pozbawiani są możliwości konkurowania z podmiotem monopolistycznym, a konsumenci wyboru innego usługodawcy oraz oferowanych przez niego usług z uwzględnieniem ich jakości oraz ceny. Monopol jest zatem zjawiskiem wysoce niepożądanym, którego zaistnienia w gospodarce powinno się unikać. Dlatego też podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych jest tryb przetargowy, który pomimo wielu niedoskonałości zapewnia konkurencję między podmiotami, zainteresowanymi danym zamówieniem. Udzielenie zamówień z wolnej ręki uzasadniają

⁵¹⁴ Memorandum Związku Przedsiębiorców i Pracodawców w sprawie nadużywania regulacji dotyczących zamówień *in-house*, ZPDORADCA 2018, Nr 5, s. 68.

zatem wyłącznie wyjątkowe sytuacje, w których podaż na dane usługi jest wyraźnie ograniczona. Prawodawca powinien zaś ukształtować regulacje normatywne w taki sposób, by podmioty mogły konkurować ze sobą na rynku na równych zasadach.

4. Zakłócenie konkurencji wynikające ze współpracy publiczno-publicznej

Współpraca publiczno-publiczna, jak pokazuje praktyka, może wpływać na konkurencję w obrocie gospodarczym. Ograniczenie konkurencyjności wynikające z zastosowania trybu *in-house* oddziałuje na rynek dwupłaszczyznowo. Pierwszy z nich polega na wyłączeniu konkurencji w danym obszarze właściwym dla przedmiotu zamówienia, a po drugie doprowadza do ograniczenia konkurencyjności poprzez wyłączenie aktywności wykonawców, posiadających publiczny kapitał, w zamówieniach uzyskanych w trybie niekonkurencyjnym. Powyższe powoduje potencjalne ograniczenia innych podmiotów rynkowych w uzyskaniu danego zamówienia. Działania takie, pomimo ich legalności, wpływają na działalność komercyjnych przedsiębiorców.

Uczciwa konkurencja jest zaś fundamentalną wartością prawa zamówień publicznych, kreującą przede wszystkim określone obowiązki po stronie zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵¹⁵. Efektywna konkurencja „może przyczyniać się do wzrostu gospodarczego oraz zapewnić efektywność wydatkowania środków publicznych. Stosując powyższą zasadę, instytucje publiczne powinny dokonywać zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych po korzystniejszych cenach i o lepszej jakości”⁵¹⁶. Jak słusznie podnosi się w literaturze przedmiotu: „składaniu ofert, które mogą być następnie oceniane jako mniej lub bardziej konkurencyjne, sprzyja konkurencja (...), której istota przejawia się we współzawodnictwie (...). Stąd też poszerzenie palety uczestników procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, wpływa niewątpliwie na rozwój współzawodnictwa ofertowego, co w konsekwencji przyczynia się do wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc do efektywnego wydatkowania środków publicznych”⁵¹⁷. Jak wskazywano we wcześniejszych rozdziałach pracy, regulacje prawa zamówień publicznych dążą do realizacji zasady uczciwej konkurencji, wprowadzając mechanizmy zapewniające wydatkowanie środków publicznych z poszanowaniem tej zasady – w szczególności poprzez przyznanie prymu przetargowym trybom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem zamówień publicznych jest jednak optymalizacja zakupów, finansowych ze środków publicznych, a więc oparcie podstaw zamówień na motywach

⁵¹⁵ Por. M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*, s. 1.

⁵¹⁶ A. Górczyńska, *Naruszenie konkurencji ...*, s. 26, por. również W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 74.

⁵¹⁷ T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu ...*, s. 31–32.

czysto ekonomicznych⁵¹⁸. Zapewnienie warunków uczciwej konkurencji jest uznawane za gwarant uzyskania korzyści wynikających z uczciwej rywalizacji między wykonawcami.

Udzielanie zamówień *in-house*, czyli z pominięciem procedur konkurencyjnych, w szczególności spółkom komunalnym wzbudza wiele kontrowersji. Gminy często zlecają spółkom komunalnym realizację usług publicznych. Spółki komunalne są zaś odrębnymi od gmin podmiotami, oferującymi usługi o charakterze użyteczności publicznej, posiadającym osobowość prawną oraz status przedsiębiorcy na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Mogą one zatem ubiegać się o zamówienia publiczne w ramach przetargowych procedur konkurencyjnych, na tych samych zasadach co prywatni przedsiębiorcy lub otrzymać je w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki w formule *in-house*. Powyższe doprowadza do sytuacji, w której podmiot finansowany ze środków publicznych, uzyskuje zamówienie *in-house*, a jednocześnie jest on uczestnikiem konkurencyjnego rynku, co umożliwi mu wykorzystywanie tej przewagi.

Fakt posiadania przez spółkę komunalną statutu podmiotu wewnętrznego nie oznacza automatycznej legalności decyzji w przedmiocie wyboru bezprzetargowego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Powierzenie określonych usług przez gminę, należącej do niej spółce ma wpływ na konkurencję, może także potencjalnie naruszać interesy przedsiębiorców oferujących tożsame usługi w danym obszarze, ale na rynku komercyjnym. Gmina nie może zatem podejmować decyzji o wykorzystaniu procedury *in-house* z pominięciem rynkowych uwarunkowań.

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. Uzasadniona zatem jest weryfikacja decyzji gminy o zamknięciu rynku na spółki komunalne, dokonywana przez pozostałych przedsiębiorców danej branży. Udzielanie zamówień publicznych w trybie *in-house*, bez rzetelnego spełnienia formalnych przesłanek oraz analizy rynku, stanowi podstawę do

⁵¹⁸ Por. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 13; OECD, *Public Procurement. The role of Competition Authorities in promoting competition*, DAF/COMP (2007) 34, s. 7.

zaskarżenia takiej decyzji przez pozostałych wykonawców, a także unieważnienia umowy zawartej przez gminę jako dominanta⁵¹⁹.

Uprawnienie do udzielenia zamówienia *in-house* nie może naruszać zakazu negatywnego oddziaływania na konkurencję. 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.

Proces wyodrębniania zamówień *in-house* z systemu zamówień publicznych był długotrwały. Wyjątki od ogólnej reguły, dotyczące niestosowania przepisów o zamówieniach publicznych należy zatem interpretować w sposób ścisły, założenie to nie zostaje jednak naruszone w razie zastosowania dalej idących ograniczeń w odniesieniu do zamówień *in-house* niż określone w dyrektywie 2014/24/UE. Przyjęte w dyrektywie 2014/24/UE rozwiązania stanowią efekt bogatego dorobku orzeczniczego, a w szczególności przełomowego wyroku w sprawie *Teckal*⁵²⁰. Wyodrębnienie tego rodzaju zamówień dąży do wyznaczenia granic aktywności zamawiających, a *explicite* zadań realizowanych w ramach współpracy publiczno-publicznej, czyli wewnętrznej struktury administracji oraz przez podmioty zewnętrzne.

W ramach współpracy publiczno-publicznej realizowane są zadania przez jednostki organizacyjne zamawiającego, nieposiadające odrębnej osobowości prawnej oraz jednostki własne zamawiającego, które posiadają formalną odrębność, jednak pozostają silnie powiązane z instytucją zamawiającego. Podmiotami zewnętrznymi są zaś podmioty prowadzące działalność gospodarczą na rynku komercyjnym, pozostającymi poza wpływami instytucji zamawiającej. Zamówienie *in-house* wyróżnia zatem okoliczność nawiązania przez zamawiającego w ramach danego zamówienia, stosunku zobowiązaniowego z samym sobą. W orzecznictwie wskazuje się, że zamówienia publiczne mają sens wówczas, gdy obejmują umowy odpłatne zawierane z niezależnymi od zamawiającego podmiotami, a nie odrębnymi jedynie w znaczeniu formalnym lub funkcjonalnym. Dopiero w takich okolicznościach zawiązywany stosunek prawny może

⁵¹⁹ J. Miziołek, *In-house – koniec konkurencji w usługach publicznych?* – zob. [online:] <http://e-magazynadwokat.pl/in-house-koniec-konkurencji-w-uslugach-publicznych>, dostęp: 5.12.2020 r.

⁵²⁰ H. Nowicki, *Zamówienia in-house ...*, s. 193–203.

zostać zawarty „na zasadach równości, a nie zależności lub hierarchicznej podległości”⁵²¹.

Procedurę *in-house* stosuje się w przypadku umów zawieranych przez zamawiającego z odrębną, pod względem prawnym, jednostką organizacyjną jednak zależną organizacyjnie (sprawowanie kontroli podobnej jak sprawowana nad własnymi jednostkami), kapitałowo (brak udziału kapitału prywatnego lub udział o charakterze niekontrolującym lub blokującym) oraz ekonomicznie (wymóg prowadzenia ponad 80% działalności w ramach zadań powierzonych przez instytucję zamawiającą lub podmioty kontrolowane przez tę instytucję). Zamówienie publiczne typu *in-house* ma miejsce wówczas, gdy pomiędzy instytucją zamawiającą a kontrolowanym i zależnym od niej podmiotem, spełniającym wskazane wyżej warunki, dochodzi do zawarcia odpłatnej umowy⁵²², co jest warunkiem *sine qua non*.

Za J. Jagodą, wskazać należy, że podstawy wyłączenia procedur ZamPublU w zakresie zamówień udzielanych w ramach współpracy publiczno-publicznej umotywowane są możliwością wypełniania przez organy publiczne, nałożonych nań zadań, pozostających w publicznym interesie, finansowych z własnych środków, ale realizowanych we współpracy z innymi organami sektora władzy publicznej⁵²³. Powyższa koncepcja posiada odzwierciedlenie w stanowisku TSUE, zgodnie z którym realizowanie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, przy zaangażowaniu własnych środków oraz zasobów, wyłącza reżim stosowania przepisów dyrektywy.

Mimo powyższego, powierzanie wykonania danych usług własnym podmiotom wewnętrznym wpływa na konkurencję, w szczególności na rynku komercyjnym oferującym tożsame usługi. Decyzja uprawnionych instytucji zamawiających o wykorzystaniu trybu *in-house* nie może być zatem podjęta w oderwaniu od rynkowych realiów, tym bardziej że działania zamawiającego mogą zostać postrzegane jako nadużycie pozycji dominującej⁵²⁴.

Zagadnienie wpływu udzielenia zamówienia *in-house* na konkurencję poszczególnych segmentów rynku było przedmiotem analizy TSUE. W 2019 r.,

⁵²¹ Por. Opinię Rzecznika Generalnego z 27.4.2017 r., C-567/15, pkt 70 i 71.

⁵²² Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona ...*, s. 126–128.

⁵²³ J. Jagoda, *Porozumienia międzygminne ...*, s. 65.

⁵²⁴ W. Hartung, *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, (w:) *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), Warszawa 2017, s. 17-26.

w sprawie C-285/18, *Irgita* Trybunał wydał znaczący dla stosowania instytucji *in-house* wyrok, dotyczący możliwości doprecyzowania przez państwa członkowskie kryteriów uprawniających do skorzystania z trybu *in-house*, uwzględniających poszanowanie zasad uczciwej konkurencji⁵²⁵.

Orzeczenie to zapadło wskutek przedstawienia przez Sąd Najwyższy Litwy zapytania prejudycjalnego, dotyczącego litewskich przepisów o zamówieniach publicznych. Powództwo przed sądem zostało wytoczone przez spółkę *Irgita*, która zakwestionowała zgodę litewskiego urzędu zamówień publicznych na udzielenie zamówienie *in-house* przez instytucje zamawiającą. Administracja rejonu miejskiego Kowno (instytucja zamawiająca) zawarła ze spółką *Irgita* umowę o świadczenie usług koszenia trawy na okres trzech lat. Instytucja zamawiająca, w trakcie trwania powyżej umowy, wystąpiła do urzędu zamówień publicznych o udzielenie zgody na zlecenie w trybie procedury *in-house* usługi podobnej (z zakresu utrzymania zieleni, lasów i parków oraz zarządzania nimi) do usług świadczonych na rzecz zamawiającej przez spółkę *Irgita*. Urząd pomimo udzielenia zgody wskazał, że instytucja zamawiająca przed udzieleniem zamówienia *in-house* powinna poddać ocenie, czy możliwe jest zamówienie usług na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych, uzasadniając swoje stanowisko ochroną racjonalności wydatkowania środków publicznych oraz zapewnieniem konkurencji. *Irgita* zakwestionowała decyzję urzędu wskazując, że instytucja zamawiająca nie była uprawniona do udzielenia zamówienia *in-house* z uwagi na wiążącą ich umowę. Stanowisko to wzbudziło sprzeciw sądów krajowych, które poddały w wątpliwość, czy udzielenie zamówienia *in-house* nie narusza zakazu negatywnego oddziaływania na konkurencję pomiędzy wykonawcami. Wobec tego sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie, czy kryteria, wyszczególnione w dyrektywie 2014/24/UE umożliwiające skorzystanie z procedury *in-house*, zostały wyczerpująco określone, czy też państwa członkowskie posiadają swobodę w ich kształtowaniu i mogą ustanowić dodatkowe warunki dotyczące zamówień *in-house*, a w przypadku istnienia przyznania im tej swobody, o wskazania sposobu z jej skorzystania⁵²⁶.

⁵²⁵ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, m.in. pkt 57 oraz pkt 3 sentencji.

⁵²⁶ M. Sieradzka, *Państwa UE mogą same regulować zamówienia in-house. Omówienie wyroku TS z dnia 3 października 2019 r., C-285/18 (Irgita)*, LEX/el.

Sąd odsyłający uzasadnił swoje stanowisko najnowszym orzecznictwem *Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas* (Trybunału Konstytucyjnego Republiki Litewskiej), *Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas* (Naczelny Sąd Administracyjny Litwy), które uzależnia uznanie zamówień *in-house* za zgodne z prawem nie tylko od spełnienia kryteriów określonych w wyroku *Teckal*, ale również od spełnienia innych kryteriów wynikających w szczególności z litewskiej ustawy o konkurencji (lit. *Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas*), które obejmują w szczególności ciągłość, dobrą jakość i dostępność usług, a także wpływ przewidzianych zamówień *in-house*, z jednej strony, na równe traktowanie innych wykonawców oraz, z drugiej strony, na ich możliwość konkurowania o odnośne usługi⁵²⁷. powyższe skłoniło sąd odsyłający do sformułowania następujących pytań prejudycjalnych:

- 1) czy art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, iż umowy zawierane w ramach zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług?
- 2) czy art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle zasady przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień *in-house*, powinny zostać ustanowione w oparciu o precyzyjne i jasne przepisy prawa dotyczące zamówień publicznych?
- 3) czy udzielenie zamówienia typu *in-house*, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24/UE, jest samo w sobie zgodne z prawem Unii?

Opierając się na wcześniejszym orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że co do zasady do zamówienia publicznego zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego⁵²⁸. W następnej kolejności Trybunał poddał analizie zagadnienie możliwości nałożenia przez państwo członkowskie na instytucję zamawiającą dodatkowych warunków,

⁵²⁷ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 23.

⁵²⁸ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 31.

nieprzewidziane w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, od których spełnienia uzależniona jest możliwość skorzystania z trybu *in-house*. TSUE orzekł, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie wyklucza wprowadzenia przepisu krajowego, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług⁵²⁹, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości. Trybunał pomimo, że nie odwołał się swych rozważaniach bezpośrednio do zasady subsydiarności, przyjął kierunek interpretacyjny zgodny z jej istotą. Subsydiarność uzasadnia bowiem adaptację prawnych rozwiązań do krajowych uwarunkowań oraz poszczególnych branż, a w szczególności stopnia rozwoju gospodarczego oraz kultury gospodarczej⁵³⁰. Z zasady tej można zatem wywodzić ogólne uprawnienia państw członkowskich do uszczegółowienia, na gruncie regulacji krajowych, warunków i zasad udzielenia zamówień *in-house*.

Jak wynika z opinii rzecznika generalnego prawo litewskie przewiduje właśnie dodatkowe wymogi warunkujące udzielenie zamówień *in-house*, którym są: brak możliwości zagwarantowania jakości, dostępności i ciągłości usług w ramach zamówień publicznych. Istota tych warunków pokrywa się zatem z definicją usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Pod pojęciem takich usług rozumie się bowiem usługi, posiadające „szczególne cechy charakterystyczne w porównaniu z innymi rodzajami działalności, określone przedsiębiorstwo nie podjęłoby się lub nie podjęłoby się w tym samym zakresie lub na tych samych warunkach świadczenia tych usług ze względu na swój własny interes gospodarczy, służą obywatelom lub leżą w interesie całego społeczeństwa”⁵³¹.

Podstawą wprowadzenia dodatkowych warunków umożliwiających udzielenie zamówienia *in-house* było przeprowadzone przez Radę ds. konkurencji Republiki

⁵²⁹ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 49–50.

⁵³⁰ Por. uwagi o relacji zasady subsydiarności i innych zasad traktatowych: J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 103 i n.

⁵³¹ Komunikat Komisji Zielona Księga na temat usług w interesie ogólnym, Bruksela, dnia 21 maja 2003 r., Green Paper on Services of General Interest, COM(2003) 270 wersja ostateczna – Official Journal C 76 z 25.3.2004, pkt 45–50.

Litewskiej badanie rynku gospodarowania odpadami komunalnymi. W jego trakcie ustalono, że najwyższe ceny usług z tego zakresu występowały w rejonach, w których usługi były świadczone przez przedsiębiorstwa kontrolowane przez te rejony. Powyższe zjawisko zmotywowało Republikę Litewską do uznania prymatu konkurencyjnym trybom postępowania. Podstawą wprowadzenia dodatkowych przesłanek dopuszczających stosowanie trybu *in-house* była zatem racjonalność wydatkowania publicznych środków, przejawiająca się w obniżeniu kosztów wydatkowania w sektorze odpadów komunalnych. Zarówno w ocenie rzecznika generalnego, jak i Trybunału Sprawiedliwości powyższe rozwiązanie uzasadnia przyznana państwom członkowskim swoboda decyzyjna.

Państwa członkowskie zostały wyposażone przez przepisy unijne w swobodę wyboru zakresu usług, których traktowanie w sposób szczególny, uzasadnia ich odmienny charakter⁵³². Warunkiem zastosowania art. 106 ust. 2 TFUE jest powierzenie przedsiębiorcy przez władze publiczne świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Sam fakt prowadzenia działalności lub posiadanie odpowiednich zezwoleń, umożliwiających zakwalifikowanie działalności jako świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie jest wystarczające. Akt powierzenia danemu przedsiębiorstwu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym powinien mieć charakter zindywidualizowany; musi także nastąpić w ramach władztwa publicznego przez władze odpowiedniego szczebla⁵³³. Powierzenie skutkuje ograniczeniem przestrzegania reżimu zasad konkurencji w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań powierzonych danemu przedsiębiorstwu⁵³⁴.

Litewski prawodawca wprowadził zatem warunki, ograniczające możliwości zlecenia usług podmiotom wewnętrznym, z pominięciem konkurencyjnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyłącznie do przypadków, wymagających zabezpieczenia dostępności usług, przy jednoczesnym braku możliwości ich zakontraktowania w warunkach konkurencyjnych⁵³⁵. Przyjęta koncepcja zbliża

⁵³² Por. Ł. Grzejdziak, *Regulacja finansowania usług publicznych w Europie*, Warszawa 2015, s. 203 i n.

⁵³³ Ł. Grzejdziak, *Regulacja finansowania...*, s. 212–217.

⁵³⁴ Art. 106 ust. 2 TFUE.

⁵³⁵ F. Łapecki, *Ograniczenia w dopuszczalności udzielania zamówień publicznych w trybie in-house*, PZP 2020, Nr 2 – zob. [online:] <https://czasopisma.beck.pl/prawo-zamowien-publicznych/artukul/ograniczenia-wdopuszczalnosci-udzielania-zamowien-publicznych-wtrybie-in-house/>, dostęp: 23.3.2022 r.

zamówienia *in-house* do rozwiązań z zakresu powierzenia świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym lub usług podobnych. Powyższe rozwiązanie zmusza zatem instytucje zamawiające na gruncie litewskich przepisów do oceny, czy okoliczności oraz charakter danego zamówienia może być utożsamiany z usługą świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym oraz uzyskania zgody właściwego organu administracyjnego. Kumulatywne spełnienie warunków podstawowych – wyznaczonych w dyrektywie unijnej oraz warunków dodatkowych – wprowadzonych przez ustawodawcę krajowego umożliwia powierzenie zadania przez instytucję zamawiającą podmiotowi wewnętrznemu, w trybie zamówienia *in-house*.

Z wyroku TSUE należy wysnuć zatem wniosek, 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. Wyrok ten zmienił zatem dotychczasowy kierunek orzeczniczy. W ocenie Trybunał fakt spełniania przez zamówienie warunków określonych w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystraszający sam w sobie, do uznania, że jest ono zgodne z prawem Unii.

W 2020 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał kolejny wyrok w sprawie C-89/19 *Rieco*, w którym podtrzymał stanowisko zaprezentowane w orzeczeniu C-285/18. Dodatkowo Trybunał podniósł, że swoboda, państw członkowskich co do wyboru sposobu zarządzania wykonaniem robót lub świadczeniem usług, jaki uznają za najodpowiedniejszy, nie może być jednak nieograniczona. Wręcz przeciwnie – powinna ona być wykonywana z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemne uznawanie, proporcjonalność i przejrzystość⁵³⁶.

Wpływ zamówień *in-house* na konkurencję stanowił także przedmiot badań KIO. W wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20, Izba zajęła stanowisko co do tego orzeczenia TSUE, wydanego w sprawie C-285/18, wskazując że nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu

⁵³⁶ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 48.

wyłaczenia *in-house*, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy 2014/2024/UE, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę. Prawo europejskie o tyle zajmuje się bowiem ochroną rynku zamówień publicznych w kontekście transakcji typu *in-house*, o ile zakazuje, aby współpraca na tej zasadzie nie stawiała prywatnego usługodawcy w sytuacji przewagi nad jego konkurentami⁵³⁷. Zamówienia *in-house* stanowią wyjątek od generalnych reguł udzielania zamówień publicznych. Warunki, od których państwa członkowskie uzależniają możliwość skorzystania z trybu *in-house* powinny zostać precyzyjnie i jasno wyznaczone w krajowych przepisach o zamówieniach publicznych, powszechnie dostępnych i przewidywalnych, aby uniknąć jakiegokolwiek ryzyka uznania ich za arbitralne⁵³⁸.

Trybunał Konstytucyjny również zajął stanowisko w powyższym zakresie, orzekając w sprawie udzielenia zamówienia na usługi z zakresu gospodarki odpadami w drodze przetargu konkurencyjnego⁵³⁹. Trybunał orzekł, że ustawodawca, wprowadzając kwestionowany przepis, ograniczył samodzielność gminy w zakresie realizacji zadania własnego. TK poddając regulację ocenie z uwzględnieniem zasady proporcjonalności wskazał, że celem ustawodawcy była ochrona konstytucyjnych wartości, takich jak: gospodarka rynkowa oraz uczciwa konkurencja (art. 20 Konstytucji RP). W ocenie Trybunału ograniczenie udziału gminnych jednostek organizacyjnych ma na celu zapewnienie konkurencji na rynku oraz zapobieżenie monopolizacji wykonywania niektórych usług przez jednostki własne gminy. Ingerencja ustawodawcy w zaostrenie warunków udzielania zamówień *in-house* uzasadniona jest ponadlokalnym zasięgiem działania, mieszczącym się w zakresie polityki ochrony środowiska. Trybunał wskazał także, że *„dopiero wówczas, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość wykonywania zadań publicznych przez władzę publiczną samodzielnie, z wyłączeniem podmiotów gospodarczych o charakterze prywatnoprawnym, instytucja zamawiająca może posłużyć się zamówieniem bezpośrednim”*⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Wyr. KIO z 16.12.2020 r., KIO 3069/20.

⁵³⁸ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 49-50; zob. F. Łapecki, *Ograniczenia ...*.

⁵³⁹ Por. Post. TK z 26.2.2014 r., K 52/12, OTK-A Nr 2/2014, poz. 25, zwłaszcza pkt 5.2.3. Problem konstytucyjności przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach był także przedmiotem wyroku TK z 28.11.2013 r., K 17/12 (Dz.U. poz. 1593).

⁵⁴⁰ Post. TK z 26.2.2014 r., K 52/12, OTK-A Nr 2/2014, poz. 25, pkt 7.4.

Udzielenie zamówień *in-house* uzależnione jest od spełnienia ustawowych przesłanek. W kontekście przywołanego orzecznictwa zdaje się być uzasadnione poszerzenie obowiązków instytucji zamawiających w zakresie oceny spełnienia przez instytucje wewnętrzne dodatkowych warunków, dotyczących charakteru świadczonej usługi oraz możliwości jej pozyskania na komercyjnym rynku, w ramach konkurencyjnych procedur. Obowiązek ten postrzegać należałoby za przejaw zagwarantowania poszanowania reguł uczciwej konkurencji. Litewski prawodawca przyznał uczciwej konkurencji nadrzędność nad swobodą powierzenia realizacji zamówień publicznych własnym jednostkom, co można uznać za ograniczenie autonomii instytucji zamawiającego w zakresie wyboru sposobu realizacji zamówienia.

Zgodnie z założeniami zasady proporcjonalności wprowadzane do krajowych porządków prawnych przepisy powinny się oceniać przez pryzmat możliwości realizacji założonych celów. Przyjęte rozwiązania powinny pozostawać spójne oraz konsekwentne systematycznie w odniesieniu do różnych gałęzi prawa oraz normatywnych rozwiązań krajowych⁵⁴¹.

Jak wskazywano we wcześniejszych rozważaniach nie sposób pominąć, iż regulacje traktatowe w zakresie konkurencji nie posiadają absolutnego charakteru. Wielokrotnie w orzecznictwie TSUE dopuszczano ograniczenie konkurencji w zakresie wybranych obszarów działalności. Trybunał odwoływał się przy tym do różnych wartości, których ochrona uzasadnia stosowanie reguł proporcjonalności w krajowych unormowaniach. Wśród nich wyróżnia się innowacyjność, bezpieczeństwo, ochrona ludności przed negatywnymi zachowaniami (np. nałogami, przestępczością), ochrona zdrowia⁵⁴². Jak się wydaje, do tej kategorii może należeć również np. środowisko, a zwłaszcza jego ochrona. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości stosowanie swobodnej i niezakłóconej konkurencji na rynku szczególnym może prowadzić do szkodliwych

⁵⁴¹ Por. uwagi dot. zasady proporcjonalności w odniesieniu do gier losowych (w:) Ł. Górnicki, F. Łapecki, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.12.2018 r. (C-375/17 Stanley Intern. Betting Ltd)*, ZamPublU Nr 1/2019; por. także. Ł. Grzejdziak, *Regulacje finansowania ...*, s. 224 i n.

⁵⁴² Wyr. TSUE z 11.12.2014 r., C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. przeciwko San Lorenzo Soc. coop. Sociale oraz Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ZOTSiS 2014, nr 12, poz. I-2440, pkt 65.

skutków wynikających z rywalizacji podmiotów konkurujących i chęci uczynienia ich oferty jak najbardziej atrakcyjną⁵⁴³.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż w toku oficjalnych debat dotyczących kierunków regulacji dyrektywy 2014/24/UE w zakresie zamówień *in-house* wykazywano korzyści związane z powierzeniem zadań przez jednostki funkcjonujące w ramach sektora publicznego. Zwracając uwagę na skutki ograniczeń, wprowadzonych do dyrektywy, wskazywano na wiele różnych skutków, w tym nie zawsze pozytywnych dla samego rynku⁵⁴⁴. W ocenie przedstawicieli literatury przedmiotu prawodawca unijny kierował się przede wszystkim ochroną rynku przed niewykluczonym szkodliwym udziałem jednostek sektora publicznego, pomijając potencjalne korzyści, związane chociażby ze zwiększeniem sprawności tych jednostek oraz pozytywnego wpływu na otoczenie rynkowe⁵⁴⁵.

Również postulaty ujmowane w unijnych dokumentach strategicznych, a w szczególności „Europa 2020”, wskazują na naczelną rolę sektora publicznego dla realizacji celów politycznych wspólnoty⁵⁴⁶. Do celów tych zalicza się: wysoki poziom konkurencji, rozwój przedsiębiorczości, sprzyjanie włączeniu społecznemu czy innowacyjność. Biorąc pod uwagę wzrost trendu ekologicznego wskazuje, iż w przyszłości do celów tych zostanie dodana ochrona środowiska. Do działań z zakresu ekologii i ochrony środowiska można zaliczyć gospodarowanie odpadami komunalnymi. Wobec tego obszar ten może wymagać zwiększenia udziału sektora publicznego, także w zakresie dozwolonych działań umożliwiających wykroczenia poza ściśle reguły konkurencji⁵⁴⁷. Powyższe wywołuje konieczność przesądzenia, czy prawidłowe stanowienie oraz stosowanie przepisów krajowych dotyczących warunków

⁵⁴³ Wyr. TSUE z 19.12.2018 r., C-375/17, *Stanley International Betting Ltd i Stanleybet Malta Ltd* przeciwko *Ministero dell'Economia e delle Finanze i Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, ZOTSiS 2018, nr 12, poz. I-1026, pkt 48.

⁵⁴⁴ Np. w zakresie optymalizacji działalności jednostki wewnętrznej, jej pozytywnego wpływu na otoczenie rynkowe. W literaturze wskazuje się także na sztuczne i nie do końca przekonująco uzasadnione wskazania co do wysokości ustalonych progów procentowych dla działalności poza stosunkiem korporacyjnym. Por. np. J. Ząbkowicz, *Rynkowe usługi użyteczności publicznej w Unii Europejskiej. W poszukiwaniu konsensu i pewności prawnej*, Warszawa 2017, s. 21 i n.

⁵⁴⁵ Por. uwagi J. Ząbkowicza o procesie legislacyjnym (w:) J. Ząbkowicz, *Rynkowe usługi ...*, s. 96 i n.

⁵⁴⁶ Komunikat Komisji „Europa 2020”. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, zob. [online:] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PL:PDF>, s. 11 i n., dostęp: 30.3.2020 r.

⁵⁴⁷ Na niebezpieczeństwa wynikające z nadmiaru regulacji w sektorze bankowym wskazują np. S Kurkiewicz, L. Kurkliński, W. Szpringer, *Zasada proporcjonalności. Przełom w ocenie regulacji*, Warszawa 2014, s. 17 i n.

udzielenia zamówień *in-house* wymaga ingerencji ustawodawcy, czy wystarczająca jest kierunek zmian wykładni przepisów.

Uwzględniając kierunek obrany przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C- 285/18, *Irgita* uznać należy, iż wprowadzenie do krajowych porządków prawnych przepisów szczególnych w zakresie dodatkowych warunków umożliwiających udzielenie zamówienia *in-house* jest możliwe, ale kształt przepisów je regulujących musi dążyć do osiągnięcia celów takich jak: precyzyjności, jasności, dostępności i przewidywalności przepisów umożliwiających takie ich stosowanie, by każdy zainteresowany podmiot miał pewność prawidłowej wykładni. Postulat ten ma na celu podniesienie jakości oraz przejrzystości krajowych norm. Zaznaczyć jednak należy, iż uprawnienie państw członkowskich do uszczegóławiania przepisów dyrektywy w zakresie zamówień *in-house*, nie oznacza przyznania im pełnej dowolności, przepisy krajowe tworzone poza zharmonizowaną sferą przepisów unijnych, muszą pozostawać zgodne z ich celami, zasadami oraz standardami. TSUE nie wprowadza jednak do prawa unijnego żadnego nowego warunku udzielania zamówień *in-house* ponad te które wynikają z brzmienia przepisu.

Z zaprezentowanych orzeczeń wynika zatem, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie wyznacza zamkniętego katalogu warunków dopuszczalności udzielenia zamówienia *in-house*. Trybunał Sprawiedliwości zaaprobował możliwość wprowadzenia na gruncie przepisów prawa krajowego dodatkowych wymogów udzielenia zamówienia publicznego w ramach instytucji *in-house*. Dopuszczalność niestosowania przepisów dyrektywy, nie może być jednak rozciągana na wywoływanie szerszych skutków prawnych niż wynikające wprost z jej przepisów. Sam fakt niezastosowania przepisów dyrektywy nie jest równoznaczny i wystarczający do uznania legalności działań instytucji zamawiającej podejmowanych w celu powierzenia danego kontraktu publicznego w niekonkurencyjnym trybie w formule *in-house*. Nie należy bowiem zapominać, że zamówienia *in-house* są wyodrębnioną kategorią zamówień publicznych, co wiąże się z powinnością poszanowania zasad zamówień publicznych. W szczególności, że – jak wynika z dotychczasowej praktyki – do naruszenia fundamentalnych zasad: uczciwej konkurencji dochodzi poprzez konkretne czynności faktycznych, a nie tylko prawne.

Zamówienia *in-house*, z samej swej istoty, powodują uprzywilejowanie danej grupy uczestników. W związku z tym tak bardzo istotna jest każdorazowo rzetelna analiza instytucji zamawiającej. Jak wskazywano w treści wyroku Sądu Okręgowego

w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2021 r., XXIII Zs 14/21, nawet gdy, w przypadku spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* w trybie z wolnej ręki określonych w ustawie nie dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, to jednak niewątpliwie ta szczególna forma zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego oddziałuje na pozostałych uczestników rynku⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Wyr. SO w Warszawie z 27.4.2021 r., XXIII Zs 14/21, LEX nr 3189647.

5. Podsumowanie obowiązujących rozwiązań prawnych i orzecznictwa

Konkurencja między samodzielnymi wykonawcami sprzyja wyborowi oferty najkorzystniejszej, gdyż motywuje ich do składania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo⁵⁴⁹. Istota zamówień *in-house* wyłącza jednak konkurencję pomiędzy niezależnymi podmiotami, bowiem polega na udzieleniu zamówienia w trybie bezprzetargowym. Zamówienia *in-house* są wyjątkiem od zasady prymatu trybów konkurencyjnych. W związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowania należy interpretować ściśle, natomiast każdy podmiot, decydujący się na wybór trybu postępowania *in-house*, musi być zdolnym udowodnić, że przesłanki te zostały kumulatywnie spełnione. Zgodnie z orzecznictwem KIO: „(...) obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w innym trybie niż przetarg ograniczony i nieograniczony, jest ustalenie, iż w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstąpienie od trybów konkurencyjnych. Ustalenie to winno opierać się na wiarygodnych i zbadanych danych, nie zaś na informacjach, wobec których sami autorzy analizy przyznają, że nie zostały sprawdzone”⁵⁵⁰.

Zamówienia *in-house*, jak już wielokrotnie zwracano na to uwagę, są stosowane przede wszystkim przez jednostki samorządu terytorialnego, które zlecają wykonywanie zadań własnych, należących do nich spółkom komunalnym. Dane z ostatnich lat świadczą o udzieleniu największej liczby zamówień typu *in-house* na usługi – w 2020 r. w sumie 382 (71%); w 2019 r. – 318 (70%); w 2018 r. – 263 (62%), a w 2017 r. – 213 (70%). W przypadku robót budowlanych było to 151 (28%) zamówień (w 2019 r. – 133; 37%; w 2018 r. – 158; 37%; w 2017 r. – 89; 29%), a w przypadku dostaw – 8 (1%) zamówień (w 2019 r. – 4; 1%; w 2018 r. – 5; 1% i w 2017 r. – 1; 1%)⁵⁵¹. Zamówienia na usługi udzielane w formule *in-house* dotyczyły przede wszystkim odbioru odpadów komunalnych i usług z tym związanych.

Pomimo rosnącego trendu w zakresie ilości udzielanych zamówień w *in-house*, jak wynika z dotychczas zaprezentowanej analizy, implementacja przepisów dyrektywy

⁵⁴⁹ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe ...*, s. 9.

⁵⁵⁰ Wyr. KIO z 11.3.2019 r., KIO 305/19, LEX nr 2677565.

⁵⁵¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa 2021 r., - zob. [online:] https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf, dostęp: 21.2.2022 r.

2014/24/UE oraz odpowiednie stosowanie przepisów krajowych z zakresu udzielania zamówień *in-house* podmiotom powiązanych wzbudza szereg wątpliwości, co przekłada się na liczbę wielu nieprawidłowości, wnoszonych odwołań, kierowanych pytań prejudycjalnych, wszczynanych kontroli, a w konsekwencji wydawanych rozstrzygnięć zarówno na szczeblu unijnym oraz krajowym.

Głównym źródłem wskazówek dotyczących wykładni oraz warunków stosowania przepisów o zamówieniach *in-house* jest orzecznictwo TSUE. Geneza judykatury zapoczątkowana została przez wyrok Trybunału w sprawie C-107/98, *Teckal*. Orzeczenie to zostało wydane wskutek skierowania pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni przepisów (nieobowiązującej) dyrektywy Rady 92/50/EWG. Sąd odsyłający popadł w wątpliwość, czy lokalny organ, który powierzył dostawę produktów konsorcjum, którego jest uczestnikiem, ma obowiązek stosować przepisy o zamówieniach publicznych. Wątpliwość ta zrodziła się na gruncie następującego stanu faktycznego. Organ samorządu terytorialnego zlecił przedsiębiorstwu AGAC zarządzanie usługami grzewczymi w budynkach komunalnych, z pominięciem przepisów zamówieniowych. Spółka ta stanowiła konsorcjum ustanowionym przez kilka samorządów gmin (w tym gminę, która dokonała zlecenia). Posiadała więc autonomię oraz osobowość prawną. Zagadnienie prawne przedstawione Trybunałowi do rozstrzygnięcia dążyło do ustalenia, czy organ samorządu terytorialnego może, z pominięciem przepisów zamówieniowych, zlecić zamówienie podmiotowi formalnie odrębnemu, ale pozostającemu w zależności do niej.

Trybunał stwierdził, że nie można uznać istnienia odrębności stron umowy jeśli „organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów, oraz jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami”⁵⁵². Trybunał orzekł, że jednostka samorządu terytorialnego w sytuacji, gdy zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi wydziałami, natomiast podmiot ten jednocześnie wykonuje większą część swoich działań na rzecz tej jednostki bądź jednostek samorządu terytorialnego, może pominąć stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych. Obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dotyczy jedynie sytuacji,

⁵⁵² Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 50.

gdy zamawiający planuje zawarcie umowy pisemnej i odpłatnej z podmiotem formalnie od niego niezależnym i odrębnym, jeśli chodzi o podejmowanie decyzji⁵⁵³.

Wyrok *Teckal* umożliwił zatem udzielenie zamówień typu *in-house* podmiotom o niskim poziomie działalności na rynku komercyjnym. Zamawiający może zlecić wykonanie danego zadania z pominięciem procedur, wynikających z prawa zamówień publicznych, podmiotowi, który zasadniczą część działalności wykonuje na rzecz zamawiającego. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że przedmiot działalności podmiotu, któremu ma zostać udzielone zamówienie *in-house*, musi przede wszystkim obejmować działalność na rzecz instytucji zamawiającej, natomiast inne formy aktywności mogą mieć jedynie charakter marginalny⁵⁵⁴. W wyroku C-107/98, *Teckal* Trybunał uzależnił zatem możliwość udzielenia zamówienia *in-house* od ekonomicznego uzależnienia wykonawcy od instytucji zamawiającej oraz jego marginalnej działalności na konkurencyjnym rynku komercyjnym⁵⁵⁵.

Wyrok ten zapoczątkował rozwój doktryny, nazywanej potocznie „doktryną *Teckal*”⁵⁵⁶, dotyczącej zamówień *in-house*. Doktryna ta 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 zamawiającego⁵⁵⁷. Warunki wyprowadzone z tego orzeczenia *Teckal* wymagały jednak dalszego doprecyzowania. Jak zauważył rzecznik generalny P. Léger w swojej opinii – kryteria konieczne dla uznania zamówienia *in-house* nie zostały dostatecznie jasno zdefiniowane w wyroku C-107/98, co mogło być źródłem

⁵⁵³ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98 *Teckal*, pkt 51.

⁵⁵⁴ Wyr. TSUE z 17.7.2008 r., C-371/05, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 31.

⁵⁵⁵ Rzecznik Generalny P. Cruz Villalón nazwał to zjawisko „brakiem orientacji rynkowej” – zob. Opinia Rzecznika Generalnego z 19.7.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 46.

⁵⁵⁶ Zob. m.in. R. Caranta, *The In-house Providing: The Law as It Stands in the EU* (w:) *The In-house Providing in European Law*, eds. M. Comba, S. Treumer, Copenhagen 2010, s. 19.

⁵⁵⁷ Zob. K. Horubski, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Sam. Teryt. 2006/10, s. 7 i n. Należy jednak podkreślić, że nie jest to umowa rozumiana cywilistycznie, ponieważ, jak słusznie zauważa W. Hartung, w doktrynie *in-house* stosunki między zamawiającym a wykonawcą „mają charakter quasi-administracyjny i w wielu sytuacjach nie są umową w rozumieniu cywilistycznym, a w szczególności nie opierają się na fundamentalnej dla takich relacji zasadzie swobody umów” – szerzej W. Hartung, *Samodzielność...*, s. 145–146 i cytowane tam orzecznictwo.

niepewności⁵⁵⁸. Wyrok w sprawie *Teckal*, zapoczątkował bogatą linię orzecniczą z zakresu zamówień *in-house*, w ramach której nadal rozwijana jest pierwotna koncepcja Trybunału⁵⁵⁹. O powyższym przesądza chociażby doprecyzowanie warunku co do zasadniczej części działalności podmiotu kontrolowanego w dyrektywie 2014/24/UE. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt b dyrektywy ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej musi być prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą⁵⁶⁰.

Przykładem ewolucji koncepcji *Teckal* może być także wprowadzanie instytucji tzw. „odwróconych zamówień *in-house*”. Odwrócone zamówienia *in-house* polegają na tym, że kontrolowana osoba prawna będąca instytucją zamawiającą udziela zamówienia instytucji zamawiającej sprawującej nad nią kontrolę lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę samą instytucję zamawiającą, pod warunkiem spełnienia przesłanek umożliwiających stosowanie „klasycznej” konstrukcji *in-house*. W odwróconym modelu *in-house* zachowuje się zatem wewnętrzny charakter kontroli oraz stosunek podległości, a więc stanowią one identyczną podstawę wyłączenia przepisów jak w przypadku klasycznych zamówień typu *in-house*.

Przykładem rozszerzenia koncepcji *Teckal* i zawartych w niej kryterium kontroli dopuszczalności udzielenia zamówienia *in-house*, jest – wspomniany wcześniej – wyrok

⁵⁵⁸ Opinia Rzecznika Generalnego P. Léger z 15.6.2000 r., C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, EU:C:2000:330, pkt 55 – Rzecznik Generalny przykładowo wskazał, że o ile łatwo sobie wyobrazić istnienie podmiotu odrębnego od zamawiającego, o tyle o wiele trudniej wskazać stopień niezależności, którym może się cechować ten podmiot. W konsekwencji zarówno nieprecyzyjnie określony charakter kontroli, jaką zamawiający ma sprawować nad tym podmiotem, jak również zakres działań wykonywanych przez ten podmiot na rzecz zamawiającego, który pozwoliłby na przyjęcie uzasadnionego założenia, że jest to istotna, zasadnicza część całej jego działalności, mogły, w ocenie Rzecznika Generalnego, budzić słuszne wątpliwości.

⁵⁵⁹ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność ...*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia ...*s. 119–120.

⁵⁶⁰ Warto jednak zauważyć, że w trakcie procesu legislacyjnego Komisja Europejska proponowała wskazany próg określić na poziomie ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz instytucji zamawiającej. Również orzecznictwo Trybunału akceptowało próg 90%, jako przesadzający o spełnieniu warunku wynikającego z wyroku C-107/98, *Teckal*, m.in. w wyroku C-295/05, *Asemfo*, pkt 62–63. W przypadku Prawa zamówień publicznych również przyjęto próg wyższy niż określony w dyrektywach (ponad 90%). Z kolei w Finlandii podniesiono omawiany próg aż do 95%. To pokazuje, że państwa członkowskie Unii Europejskiej nadal mają pewien margines elastyczności w procesie implementacji dyrektyw zamówieniowych, w tym przypadku w zakresie zawiązania warunków pozwalających na udzielanie zamówień *in-house* czy też dodawania dodatkowych obostrzeń i wymagań. Tak W. Hartung, K. Kuźma, *In-house Procurement – How it is Implemented and Applied in Poland*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018/3, s. 172.

Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-26/03, *Stadt Halle*. W sprawie tej Trybunał poddał analizie przepisy definiujące terminu „zamówienia publiczne”, w odniesieniu do udzielania zamówień, z pominięciem stosowana przepisów zamówieniowych, przedsiębiorstwom, w których kapitale mają udział zarówno podmioty publiczne, jak i podmioty prywatne⁵⁶¹. Trybunał uznał, że w takiej sytuacji istnieje obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych uregulowanych w prawie Unii, ponieważ obecność udziałów prywatnych w kapitale spółki, nawet w ilości symbolicznej, wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami⁵⁶². Trybunał oparł swoje rozstrzygnięcie na ukierunkowaniu przedsiębiorstw publicznych oraz spółek o kapitale mieszanym na zupełnie odmienne cele. Związek pomiędzy organem władzy publicznej – instytucją zamawiającą oraz jej własnymi służbami określony jest względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym, natomiast udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega względom interesu prywatnego⁵⁶³. W ocenie Trybunału, możliwość udzielenia zamówienia *in-house* przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym stanowiłaby przejaw naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz zasady równości traktowania wykonawców⁵⁶⁴.

Orzeczenie wydane w sprawie C-26/03 wskazało różnicę pomiędzy interesem publicznym (który realizowany jest poprzez zamówienia publiczne), a interesem prywatnym – które są brane pod uwagę przy wyborze sposobu udzielenia zamówienia. Zgodnie z tezami wyroku w sprawie C-26/03, *Stadt Halle* udział wykonawcy – podmiotu prywatnego, niebędącego przedsiębiorcą – którego cele i interesy mogą być istotne ze społecznego punktu widzenia, wyklucza możliwość zastosowania trybu *in-house*.

Do tożsamej konkluzji Trybunał doszedł m.in. w wyroku w sprawie C-574/12, *Centro*, dotyczącym instytucji prywatnych sprawiedliwości społecznej prowadzących działalność o charakterze niezarobkowym⁵⁶⁵ oraz w wyroku w sprawie C-606/17 *IBA Molecular Italy Srl* dotyczący szpitali „klasyfikowanych”, które nie spełniają warunku

⁵⁶¹ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49-52.

⁵⁶² Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 49. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazywali jednak, że w wyroku tym Trybunał stwierdził wprost to, co wcześniej wynikało z orzecznictwa w sposób dorozumiany – zob. m.in. J.M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert, *Qualification de marché public*, „*L'actualité Juridique. Droit Administratif*” 2005, s. 1113–1114.

⁵⁶³ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 50.

⁵⁶⁴ Wyr. TSUE z 11.1.2005 r., C-26/03 *Stadt Halle*, pkt 51.

⁵⁶⁵ Wyr. TSUE z 19.6.2014 r., C-574/12, *EPE* i *SUCH*, pkt 36–44.

kontroli analogicznej, pomimo uwzględniania ich w publicznym systemie planowania opieki zdrowotnej.

Zauważyć jednak należy, iż publiczny charakter przedsiębiorstwa przesądza o spełnieniu kontroli. Trybunał wskazywał na tę okoliczności m.in. w wyroku w sprawie C-340/04, *Carbotermo*, w którym orzekł, że z faktu, iż instytucja zamawiająca ma, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, nie wynika w sposób przesądzający, że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, w rozumieniu wyroku w sprawie C-107/98, *Teckal*⁵⁶⁶, chociaż co do zasady można taką supozycję przyjąć⁵⁶⁷.

W dalszych orzeczeniach Trybunał odnosił się także do wartości udziałów w kapitale danego przedsiębiorstwa. W orzeczeniu w sprawie C-295/05, *Asemfo* uznał, że w pewnych okolicznościach nawet posiadanie 1% udziału w kapitale przedsiębiorstwa przez gminę, przy 99-procentowych udziałach innych instytucji publicznych, może być wystarczające do uznania, że wskazana gmina ma kontrolę nad tym przedsiębiorstwem, jeżeli, przykładowo, z przepisów krajowych wynika, że ma obowiązek wykonywać zadania jej zlecone przez każdego z udziałowców⁵⁶⁸.

W wyroku w sprawie C-573/07, *Sea*⁵⁶⁹ Trybunał uznał, że kontrola instytucji zamawiającej nad wykonawcą może być sprawowana zbiorczo przez jednostki samorządu terytorialnego i spełniać wymogi „kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami”, jeżeli działalność spółki, której zamierzają one udzielić zamówienia *in-house*, jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, przez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego⁵⁷⁰. Natomiast w nieco nowszym orzecznictwie Trybunał uznał,

⁵⁶⁶ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 37– podobnie: Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 31.

⁵⁶⁷ Wyr. TSUE z 19.4.2007 r., C-295/05, *Asemfo*, pkt 57.

⁵⁶⁸ Wyr. TSUE z 19.4.2007 r., C-295/05, *Asemfo*, pkt 60.

⁵⁶⁹ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 40.

⁵⁷⁰ Wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 90.

że kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje zamawiający nad własnymi służbami, może przejawiać się w inny sposób niż za pomocą podejścia kapitałowego⁵⁷¹.

TSUE zwraca uwagę na konieczność kompleksowej oceny spełnienia kryterium kontroli, która powinna uwzględniać obowiązujące przepisy prawne, indywidualny stan faktyczny wykazujący, że instytucja zamawiająca wywiera wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje wykonawcy⁵⁷².

Przepisy unijne dotyczące zamówień publicznych nie obejmują swym zakresem: zamówień udzielanych przez podmioty publiczne w trybie *in-house* oraz odpłatnych umów współpracy podmiotów publicznych mających za przedmiot wykonanie wspólnego zadania z zakresu usług publicznych. Drugie z wyłączeń jest możliwe jedynie w przypadku, gdy umowy zawierane są wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych, w celu realizacji zadań leżących w interesie publicznym⁵⁷³.

Kolejnym istotnym zagadnieniem jest sposób implementacji przepisów dyrektywy 2014/24/UE dotyczących zamówień *in-house*. W literaturze przedmiotu zastanawiano się, czy przepisy dyrektywy obligują państwa członkowskie do przyjęcia, wprowadzonych w niej rozwiązań⁵⁷⁴. Rozstrzygnięcie powyższej kwestii znajduje swoje źródło w przepisach traktatowych. W art. 114 TFUE zawarto bowiem legalne upoważnienie dla instytucji UE do przyjmowania środków, w tym przepisów, dotyczących rynku wewnętrznego⁵⁷⁵, który jest przedmiotem regulacji przepisów o zamówieniach publicznych⁵⁷⁶. Warto w tym miejscu zauważyć, iż zamówienia *in-house*, pomimo że odnoszą się do organizacji zadań publicznych, a więc rynku usług publicznych, to zakres tych zadań dotyczy wszystkich zamówień i nie ogranicza się wyłącznie do

⁵⁷¹ Wyr. z 18.6.2020 r., C-328/19, Postępowanie zainicjowane przez Porin kaupunki, LEX nr 3017824, pkt 68.

⁵⁷² Tak m.in. wyr. TSUE: z 13.10.2005 r., C-458/03, *Parking Brixen*, pkt 65; z 17.7.2008 r., C-371/05, *Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 24.

⁵⁷³ Wyr. TSUE z 18.10.2018 r., C-606/17, *IBA Molecular Italy*, pkt 43.

⁵⁷⁴ W. Hartung, *Sposób i granice implementacji nowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, PZP 2016, Nr 1, s. 66.

⁵⁷⁵ Art. 114 ust. 1 TfUE: „Z zastrzeżeniem, że Traktaty nie stanowią inaczej, do urzeczywistnienia celów określonych w artykule 26 stosuje się następujące postanowienia. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego”. Art. 26 ust. 1 TFUE: „Unia przyjmuje środki w celu ustanowienia lub zapewnienia funkcjonowania rynku wewnętrznego zgodnie z odpowiednimi postanowieniami Traktatów”.

⁵⁷⁶ Por. K. Wauters, *Cooperation Agreements Between Public Authorities, The influence of CJCE case law on national legal systems*, 2015 Intersentia, s. 79; Opinia Rzecznik Generalnej C. Stixl-Hackl z 1.7.2004 r., C-247/02, *Sintesi SpA*, EU:C:2004:399, pkt 28–30.

określonej grupy. Charakter zamówień *in-house* przesądza zatem o upoważnieniu prawodawcy unijnego do wprowadzenia uregulowania z zakresu usług publicznych, ale na podstawie art. 14 TFUE⁵⁷⁷. Przepis ten, w przypadku decyzji państw członkowskich, umożliwiłby obowiązkowe wprowadzenie procedury *in-house*, ale na podstawie wydanego rozporządzenia⁵⁷⁸.

Dyrektywa jako jedno z źródeł unijnego prawa wtórnego, wiąże każde państwo członkowskie w odniesieniu do rezultatu, pozostawiając jednocześnie organom krajowym swobodę wyboru formy i środków jego osiągnięcia⁵⁷⁹. Dyrektywy jedynie harmonizują prawo, nie wpływają jednak – tak jak rozporządzenia – na jego unifikację. Implementacja norm może zatem różnić w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej, jednak muszą one umożliwić osiągnięcie rezultatu, którym w przypadku dyrektywy 2014/24/UE jest zgodność z prawem unijnym udzielania zamówienia *in-house*.

Kształt przepisów postanowień samej dyrektywy przemawia za uznaniem, iż to państwom członkowskim przypisano naczelną rolę w wyborze modelu organizacji rynku usług publicznych, ale również ustanowieniu katalogu świadczeń, wchodzących w zakres usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywa ta nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkiem usługi te powinny podlegać.

Swoboda ta obejmuje także wybór świadczeniodawcy, który może być zarówno podmiotem publicznym, jak i prywatnym. Jej podstawą jest natomiast zasada neutralności

⁵⁷⁷ Art. 14 zdanie drugie TFUE „Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecenia i finansowania takich usług”.

⁵⁷⁸ Por. P. Bauby, *From Rome to Lisbon SGIs in Primary Law*, (w:) *Developments in Services of General Interest*, E. Szyszczak, J. Davis, M. Andeanes, T. Bekkedal (eds.), 2011, XVIII Springer, s. 31.

⁵⁷⁹ Artykuł 288 TFUE – szerzej P. Justyńska, P. Nowicki, *Konsekwencje przyjęcia tzw. nowych dyrektyw zamówieniowych dla krajowego porządku prawnego* (w:) *Państwo a gospodarka. Instrumenty prawne realizacji zamówień publicznych*, H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Toruń 2015, s. 62–70.

prawa własności, pozostawiająca państwom członkowskim wyłączną kompetencję do kształtowania jego zasad (art. 345 TFUE)⁵⁸⁰.

Przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie nakładają na państwa członkowskie obowiązku zlecenia zewnętrznym podmiotom usług, które mają zamiar świadczyć samodzielnie. W dyrektywie nie znajduje się także żaden przepis, który obligowałby państwa członkowskie do wyboru modelu realizacji zadań⁵⁸¹. Przepisy dyrektywy nie stanowią także ingerencji w uprawnienia państw członkowskich z zakresu świadczenia, zlecenia oraz finansowania zadań publicznych⁵⁸². Odmienne założenia stanowiłyby ingerencję w wewnętrzną strukturę państw członkowskich, wynikającą z regulacji, o randze konstytucyjnej⁵⁸³.

Zgodnie z dyspozycją art. 12 dyrektywy 2014/24/UE zamówienia typu *in-house*, choć są kategorią zamówień publicznych, nie są objęte jej zakresem stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Państwa członkowskie dokonując implementacji przepisów dyrektywy posiada zatem swobodę decydowania co do kształtu przepisów dotyczących procedury *in-house*, jednak nie powinna ona wykraczać poza warunki minimalne, ustanowione w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE⁵⁸⁴. Powyższe oznacza, że państwo członkowskie, które zdecydowało się na wprowadzenie do krajowego porządku prawnego dodatkowego trybu udzielania zamówień publicznych, jakim jest *in-house*, nie może ustanowić warunków dopuszczających tego rodzaju współpracy bardziej liberalnych niż te przewidziane w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE. Warto zauważyć, iż przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE nie zawiera żadnych postanowień, obligujących państwa członkowskie do powielania jego treści, czy też nie wyznacza żadnych granic co do możliwości lub konieczności wprowadzenia tego trybu do poszczególnych sektorów gospodarki, niezależnie od stopnia konkurencyjności ich charakteru⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ Por. np. Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, Brussels, 30.4.2004 r., COM(2004) 327 final, s. 20.

⁵⁸¹ Motyw 5 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

⁵⁸² Motyw 7 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

⁵⁸³ Por. M. Burgi, (w:) M. Comba, S. Treumer, *The In-house Providing in European Law*, DJOF Publishing 2010, s. 78; M. Burgi, (w:) F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJOF Publishing 2014, s. 63–64.

⁵⁸⁴ W. Hartung, *Sposób i granice ...*, PZP 2016, Nr 1, s. 66.

⁵⁸⁵ Por. W. Hartung, (w:) W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

W pełni aktualne pozostaje zatem stanowisko TK, zgodnie z którym „ *europejskie prawo zamówień publicznych nie definiuje przy tym, ani jakie potrzeby, czy to o charakterze usług użyteczności publicznej, czy niemające takiego charakteru, państwo zobowiązane jest zaspokajać, ani przy użyciu jakich metod, może osiągnąć założone przez siebie cele. Określenie tych potrzeb i wskazanie metod ich zaspokajania stanowi domenę prawa krajowego*”⁵⁸⁶.

Regulacje dyrektywy 2014/24/UE i przyznane w niej uprawnienia są przejawem rewerencji względem tradycji, struktur organizacyjnych, zakresu samodzielności jednostek samorządów lokalnych państw należących do UE, a także brakiem ingerencji w kompetencje zastrzeżone wyłącznie dla państw członkowskich⁵⁸⁷. W przypadku, gdy prawo krajowe przewiduje swobodę zamawiającego w wyborze bezprzetargowego trybu powierzenia zadań podmiotom, nad którymi sprawuje kontrolę to regulacje dyrektywy nie powinny w taką swobodę ingerować.

Stan występujący przed ustanowieniem dyrektywy 2014/24/UE, polegający na braku jasnych regulacji uprawniających państwa członkowskie do wprowadzenia oraz korzystania z procedury *in-house* był przejawem niezupełności oraz niespójności porządku prawnego, a także stanowił podstawę do uznania, że tryb ten jest niedopuszczalny przez prawo Unii. Brak pewności prawa zawsze wywiera negatywny wpływ nawet w obszar ugruntowanej oraz jednolitej praktyki, występującej i to na rynku publicznym, jak i prywatnym. W związku z tym unijny ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie powyższych wątpliwości poprzez wyłączenie zamówień *in-house* spod reżimu przepisów dyrektywy 2014/24/UE, przy jednoczesnym wyznaczeniu granic swobody państw członkowskich w zakresie unormowania warunków dopuszczalności stosowania tego rodzaju postępowania. Przyjęcie nowych regulacji nie zmieniło jednak w żaden sposób zasad prawa unijnego w zakresie zamówień *in-house*, ponieważ normy w nich zawarte opierają się w całości na dotychczasowym orzecznictwie Trybunału. Zamówienia *in-house* nie wchodziły w zakres przedmiotowy obecnie obowiązujących dyrektyw zamówieniowych⁵⁸⁸, mimo że dyrektywy zawierają ich legalne definicje. Nie ulega jednak wątpliwości, że udzielenie zamówienia *in-house* jest działaniem

⁵⁸⁶ Post. TK z 26.2.2014 r., K 52/12.

⁵⁸⁷ Por. M. Burgi, *In-house Prociding in Germany*, (w:) M. Comba, S. Treumer, *In-house Providing in European Law*, DJOF 2010 r., s. 76; R. Cavallo Perin, D. Casalini, *Control over ...*, s. 239.

⁵⁸⁸ W. Hartung, *Samodzielność podstawowej jednostki ...*, s. 137.

dopuszczalnym przez prawo unijne i może stanowić element normalnej, racjonalnej i celowej polityki rynkowej instytucji zamawiających⁵⁸⁹.

Prawo UE nie ingeruje jednak w ograniczenia swobody instytucji zamawiających w wyborze bezprzetargowego trybu, gdy są one ustanowione przez przepisy krajowe. Zasady oraz zakres zamówień typu *in-house* pozostaje w wyłącznej kompetencji państw członkowskich i regulacji krajowych, dopóki unijny ustawodawca nie zdecyduje się na wydanie rozporządzenia w oparciu o art. 14 TFUE.

Zgodnie z aktualnym stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego „*celem europejskiego prawa zamówień publicznych nie jest przyznanie instytucjom zamawiającym uprawnienia do samodzielnego zaspokajania potrzeb publicznych, lecz jedynie zapewnienie wolnej konkurencji. Dopiero wówczas, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość wykonywania zadań publicznych przez władzę publiczną samodzielnie, z wyłączeniem podmiotów gospodarczych o charakterze prywatnoprawnym, instytucja zamawiająca może posłużyć się zamówieniem bezpośrednim*”. TK, podnosił także, że „[...] z przewidzianej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE możliwości wprowadzenia zamówień bezpośrednich (*in-house*) nie wynika zakaz wprowadzania przez ustawodawcę krajowego procedur przetargowych w celu wyłonienia wykonawcy określonego zadania publicznego”⁵⁹⁰.

Uzasadnione jest zatem stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, w którego opinii pogląd o obowiązku wprowadzenia zamówień *in-house* do krajowych porządków prawnych jest wynikiem błędnej wykładni regulacji zamówieniowych. Fakt, że Trybunał wyraził powyższe stanowisko na gruncie poprzedniej dyrektywy nie ma znaczenia dla zaprezentowanej analizy. To właśnie wątpliwości dotyczące możliwości lub konieczności wprowadzania, do krajowych porządków prawnych, instytucji *in-house* skłonił prawodawcę unijnego za sprecyzowania jasnych zasad, którego wyrazem jest art. 12 dyrektywy 2014/24/UE.

Regulacje zamówieniowe nie wyznaczają zatem modelu organizacji systemu zadań publicznych. Celem przepisów unijnych dotyczących współpracy publiczno-publicznej, a więc również zamówień *in-house*, jest jedynie usankcjonowanie dopuszczalności ich stosowania oraz wykazanie ich zgodności z prawem wspólnotowym.

⁵⁸⁹ H. Nowicki, P. Nowicki, *O potrzebie zamówień ...*, s. 479.

⁵⁹⁰ Post. TK z 26.2.2014 r., K 52/12, OTK Seria A 2014 nr 2, poz. 2.

Przepisy te nie obligują jednak państw członkowskich do wdrożenia procedury *in-house*, do krajowych porządków prawnych. Decyzja co do ich wprowadzenia pozostaje w gestii ustawodawcy krajowego⁵⁹¹.

Przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie narzucają także sposobu ich implementacji do krajowego porządku. Państwa członkowskie nie są zatem zobligowane do dosłownego przeniesienia przepisów. Zgodnie z regułami implementacji nie powinno nawet tego robić. Implementacja powinna bowiem zostać poprzedzona analizą w zakresie konieczności wprowadzenia danych regulacji oraz obowiązujących, a związanych z nią przepisów. Dopiero później należy podjąć działania legislacyjne, dążące do wprowadzenia danego rozwiązania do krajowego porządku prawnego, poprzez jego odpowiednie dostosowanie.

Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru modelu świadczenia usług podlega jednak ograniczeniom. Jej wykorzystanie nie może naruszać: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także wynikającymi z nich zasadach, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości⁵⁹². Przepisy prawa Unii dotyczące zamówień *in-house* zawierają jednak jedynie minimalne warunki dopuszczalności skorzystania z tej procedury. Państwa członkowskie uprawnione są zatem do wprowadzania dodatkowych kryteriów, uwzględniających prawno-gospodarcze uwarunkowania panujące w danym kraju, ale muszą one pozostawać zgodne z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości⁵⁹³. Wśród przykładowych warunków wyszczególnić można obowiązek:

- 1) upubliczniania stosownej informacji o zamiarze udzielenia zamówienia *in-house* z odpowiednim wyprzedzeniem, w powszechnym publikatorze, zawierającej m.in.: wyliczenie kosztów realizacji danego zadania z wykorzystaniem podmiotu wewnętrznego (*in-house*) oraz jego stosunku do kosztów realizacji tego zadania przez przedsiębiorców komercyjnych;

⁵⁹¹ Por. A. Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, HART Publishing, Oxford and Portland 2015, s. 251.

⁵⁹² Por. wyr. TSUE z 9.7.1987 r., w sprawach połączonych C-27/86–29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciwko Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" i inni*, EU:C:1987:355, pkt 15; z 10.9.2009 r., C-573/07, *Sea*, pkt 38.

⁵⁹³ M. Sieradzka, *Państwa UE mogą same regulować zamówienia in-house...*, LEX/el.

- 2) przeprowadzenia konsultacji z interesariuszami;
- 3) weryfikacji spełniania przesłanek utrzymania mechanizmu *in-house* podczas całego okresu realizacji zadania oraz realizacji obowiązków sprawozdawczych związanych z ww. wymogami;
- 4) kontroli decyzji zamawiających zamierzających, i już korzystających, z mechanizmu *in-house*.

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, wyrażonym w wyroku z dnia 2 października 2019 r. w sprawie C-285/18, *Irgita* – omawianym szczegółowo w podrozdziale 3 niniejszego rozdziału – przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE nie stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto Trybunał orzekł, że spełnienie wymogów, określonych w art. 12 ust. 1 lit. a-c dyrektywy 2014/24/UE nie oznacza, automatycznej legalności oraz zgodności z przepisami unijnymi decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia *in-house*. Dyrektywa 2014/24/UE nie może zobowiązywać państw członkowskich do udzielania zamówień typu *in-house*, nawet jeżeli spełnione są warunki określone w jej art. 12 ust. 1. Co więcej, państwa członkowskie mogą w ogóle zrezygnować z uregulowania kwestii związanych z zamówieniami *in-house*, co nie jest równoznaczne z niedopuszczalnością ich stosowania.

W polskim porządku prawnym, jak już wskazywano, warunki dotyczące zamówień *in-house* zostały uregulowane w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ZamPublU oraz art. 216 ZamPublU. W przepisach tych wyróżniono następujące rodzaje zamówień zaliczanych do zamówień typu *in-house* lub zamówień podobnych do zamówień *in-house*:

- 1) typowy *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 11 ZamPublU), gdy zamawiający udziela zamówienia kontrolowanemu;
- 2) odwrócony *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU), gdy kontrolowany udziela zamówienia zamawiającemu;

- 3) siostrzany *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 12 ZamPublU), gdy kontrolowany udziela zamówienia innemu kontrolowanemu;
- 4) zamówienie udzielane jest kontrolowanemu przez kilku zamawiających (art. 67 ust. 1 pkt 13 ZamPublU);
- 5) umowa zawierana jest pomiędzy zamawiającymi (art. 214 ust. 1 pkt 14 ZamPublU).

Warunkami, których kumulatywne spełnienia umożliwiają udzielenie klasycznego zamówienia *in-house* są natomiast:

- a) sprawowanie nad tą osobą prawną kontroli przez zamawiającego, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej 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.

Regulacja określona w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU wzorowana jest na art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, przy czym polski ustawodawca dokonał jej implementacji z pewnymi modyfikacjami. Należy wskazać, że przepisy ZamPublU nie przewidują dla zamówień *in-house* całkowitego wyłączenia stosowania przepisów ustawy, ustawodawca przewidział możliwość ich udzielenia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji udzielanie zamówienia *in-house* podlega, na podstawie przepisów ZamPublU, kontroli KIO, której podstawą wszczęcia może być złożone odwołanie, kwestionujące zasadność wyboru procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki (środki ochrony prawnej), a także mieści się w zakresie kompetencji kontrolnych Prezesa UZP (system kontroli)⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ K. Dziaćko, A. Wawrzynowicz, *Zamówienia in-house – nowe podejście po wyroku TSUE C-285/18* – zob. [online:] <https://zamowienia.org.pl/zamowienia-in-house-nowe-podejscie-po-wyroku-tsue-c-285-18/>, dostęp: 20.4.2023 r.

Takie rozwiązanie pozwala na kontrolę decyzji zamawiającego o bezpośrednim udzieleniu zamówień podmiotowi zależnemu. Ponadto dyrektywa 2014/24/UE pozwala na zastosowanie przesłanki udzielenia zamówienia *in-house*, gdy ponad 80% działalności wykonawcy jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, podczas gdy przepisy ZamPublU przewidują próg 90%.

Do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia⁵⁹⁵. 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, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych⁵⁹⁶. Przyjęty sposób ustalania wielkości udziału pozostaje zgodny ze stanowiskiem Trybunał Sprawiedliwości, który wskazywał, że: *„jeżeli chodzi o kwestię, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji. (...) W istocie, uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. (...) Nie ma znaczenia kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę”*⁵⁹⁷.

Wymóg ten ma na celu zapewnienie, aby przepisy prawa unijnego w obszarze zamówień publicznych znajdowały zastosowanie w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub więcej jednostek działa aktywnie na rynku, a tym samym

⁵⁹⁵ Art. 214 ust. 5 ZamPublU.

⁵⁹⁶ Art. 214 ust. 6 ZamPublU.

⁵⁹⁷ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 72.

może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami⁵⁹⁸. Udzielenie zamówienia *in-house*, w takich okolicznościach, prowadziłoby do nieuprawnionego uprzywilejowania pozycji wykonawcy na rynku i naruszało uczciwą konkurencję. Działalność wykonawcy na rynku konkurencyjnym powinna mieć marginalny charakter. Przedsiębiorstwo kontrolowane przez instytucję zamawiającą powinno poświęcać swoją aktywność głównie jednostkom kontrolującym⁵⁹⁹.

Dodatkowo istnienie przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia *in-house* jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia w BZP ogłoszenie o spełnianiu przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ZamPublU w terminie 30 dni po upływie każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ZamPublU⁶⁰⁰. Zgodnie ze stanowiskiem KIO „przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w BZP ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego w BZP uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w BZP”⁶⁰¹.

Dokonując analizy przyjętego sposobu implementacji przepisów dyrektywy warto odnieść się również do ukształtowania przepisów o zamówieniach *in-house* przez inne państwa członkowskie. W słowackim prawie zamówień publicznych ustawodawca implementował dosłownie większość regulacji unijnych. W Słowacji możliwe jest wyłącznie stosowanie ustawy w przypadku, gdy zamówienia udziela się podmiotowi, nad którym instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę podobną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, gdy więcej niż 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w celu wykonywania zadań powierzonych przez instytucję zamawiającą lub

⁵⁹⁸ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 60.

⁵⁹⁹ Wyr. TSUE z 11.5.2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, pkt 63–67; por. także: wyr. TSUE z 8.12.2016 r., C-553/15, *Undis Servizi*, pkt 40.

⁶⁰⁰ Art. 216 ust. 1 ZamPublU.

⁶⁰¹ Wyr. KIO z 14.1.2022 r., KIO 3666/21, LEX 3351536.

innych osób prawnych kontrolowanych przez tę instytucję zamawiającą i pod warunkiem że w kontrolowany podmiot nie jest zaangażowany kapitał prywatny⁶⁰².

Na Węgrzech wyłączeniu stosowania przepisów ustawy podlegają klasyczne zamówienia *in-house* zawieranych przez literalnie wskazane instytucje zamawiające⁶⁰³ z osobami prawnymi, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, jeżeli wywiera decydujący wpływ na ustalanie celów strategicznych osoby prawnej oraz decyzje dotyczące jej działania. W osobie prawnej nie może jednak występować jakikolwiek udziału kapitału prywatnego, a jej roczny obrót w ponad 80% musi pochodzić z planowanych lub zawartych, z zamawiającym sprawującym kontrolę lub inną osobą prawną kontrolowaną przez zamawiającego, umów. Przewidziano także możliwość zawarcia umów przez instytucje zamawiające z osobami prawnymi, nad którymi sprawuje współkontrolę z innymi zamawiającymi (tzw. *in-house* wspólny). Zainteresowani zamawiający powinni posiadać reprezentacje w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby. Interesy kontrolowanego nie mogą pozostawać sprzeczne z interesami organów kontrolowanych. Spod reżimu stosowania ustawy zamówieniowej węgierski ustawodawca wyłączył także współpracę publiczno-publicznej, polegającą na zawieraniu umów przez zamawiającego z innym zamawiającym. W ustawie określono, podobnie jak na gruncie polskiego porządku prawnego, metodę ustalania wielkości wykonywanej działalności na rzecz zamawiającego oraz wielkości wspólnego udziału w rynku. Również wymagana jest publikacja informacji o zamiarze zawarcia umów w trybie *in-house* w Bazie Zamówień Publicznych lub na stronie internetowej zamawiającego⁶⁰⁴.

Ustawodawcy państw członkowskich UE zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości wprowadzają dodatkowe warunki udzielenia zamówienia *in-house*, co pozostaje w pełni zgodne z prawem unijnym. Jak wskazywał Trybunał, w wyroku C-285/18, *Irgita*, przepisy art. 1 ust. 4 i art. 12 dyrektywy 2014/24/UE zawierają jedynie minimalne wymogi dla oceny dopuszczalności zamówień *in-house*. Państwa członkowskie mogą ustanowić dodatkowe wymogi dla zamówień tego typu. Wymogi te muszą pozostawać zgodne z zasadą przejrzystości, a ich wprowadzenie musi opierać się

⁶⁰² F. Łapecki, *Recepcja rozwiązań europejskich do słowackiego prawa zamówień publicznych*, PZP 2016, Nr 3, s. 64.

⁶⁰³ W art. 5 ust. 1 wymienia się m.in. ministerstwa, centralną jednostkę zamawiającą wyznaczoną przez rząd, samorządy lokalne i krajowe, organy budżetowe, a także tzw. podmioty prawa publicznego.

⁶⁰⁴ A. Gawrońska-Baran, *Implementacja dyrektywy 2014/24/UE na Węgrzech*, PZP 2016, nr 3 s. 50.

na wystarczająco dostępnych, precyzyjnych i przewidywalnych przepisach. W ocenie Trybunału przepis art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle zasady przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień typu *in-house*, powinny zostać ustanowione w oparciu o precyzyjne i jasne przepisy prawa dotyczące zamówień publicznych, które muszą być wystarczająco dostępne i przewidywalne w zakresie ich stosowania, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności⁶⁰⁵.

Jak wskazywał Trybunał udzielenie zamówienia *in-house* spełniającego warunki z art. 12 ust. 1 lit. a-c dyrektywy 2014/24/UE nie oznacza automatycznie jego zgodności z prawem UE. W ocenie Trybunału okoliczność, że zamówienie typu *in-house* w rozumieniu art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie jest objęte zakresem stosowania regulacji zamówieniowych, nie zwalnia państw członkowskich, ani instytucji zamawiających, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie bowiem z motywem 31 dyrektywy 2014/24/UE żadna współpraca między podmiotami sektora publicznego, która podlega wyłączeniu z zakresu stosowania tej dyrektywy, nie może zakłócać konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców.

Wyrok ten potwierdził dotychczasową linię orzecniczą dotyczącą swobody państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, w przypadku spełniania warunków wskazanych w art. 12 ust. 1 lit. a-c dyrektywy 2014/24/UE. Orzeczenie to zmieniło jednak podejście, zgodnie z którym spełnienie przesłanek wskazanych w dyrektywie aktualizowało automatyczne uprawnienie zamawiającego do udzielenia zamówienia *in-house* spółce zależnej, nawet w przysypka występowania w danej branży innych podmiotów zainteresowanych danym zamówieniem. Wcześniejszy kierunek orzecniczy prezentuje chociażby orzeczenie KIO z dnia 7 lutego 2017 r., KIO 96/17, w którym Izba uznała, iż nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innymi podmiotów zamówieniem *in-house* zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia *in-house*. Do wydania orzeczenia w sprawie C-285/18 uważano zatem, że udzielenia zamówienia *in-house* nie musi zostać poprzedzone przeprowadzeniem analizy wykazującej, że na danym rynku nie występują konkurencyjne podmioty komercyjne.

⁶⁰⁵ Wyr. TSUE z 3.10.2019 r., C-285/18, *Irgita*, pkt 57.

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 – co ma istotne znaczenie dla zamówień, udzielnych w ramach rynku, na którym występują zainteresowani wykonawcy komercyjni, zdolni do realizacji danego zamówienia. Przyjęcie takiego kierunku może być postrzegane jako ograniczenie możliwości skorzystania z zamówień *in-house*. Wyrok ten zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny unijnego prawa zamówień publicznych „zatrząsnął” fundamentami zamówień typu *in-house*⁶⁰⁶. Mając jednak na względzie szczególny charakter tego typu zamówień, stanowiący wyjątek od generalnej zasady przetargowej procedury zaostrożenie przesłanek dopuszczalności uznać należy za uzasadnione. Z tego też względu warunki determinujące możliwość udzielania zamówień *in-house* muszą podlegać wykładni zawężającej⁶⁰⁷. Prezentowany pogląd nie stanowił ponadto wyjątku, gdyż w wyroku C-89/19 do C-91/19, *Rieco*, Trybunał stwierdził, że przepis art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia udzielenie zamówienia *in-house* od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie – od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną⁶⁰⁸.

Wątpliwości interpretacyjne pozostawia jednak kwestia, czy za każdym razem należy poddać analizie wpływ udzielenia zamówienia *in-house* na konkurencje wobec prywatnych przedsiębiorców, czy tylko w tożsamym stanie faktycznym, zaprezentowanym w wyroku C-285/18, *Irgita*, w którym przedmiot zamówienia *in-house* był zbieżny z przedmiotem wcześniej zawartej umowy w procedurze zamówienia publicznego.

Przyjęcie obowiązku każdorazowej konieczności weryfikacji wpływu zamówienia na konkurencję na rynku prywatnym może skutkować wystąpieniem sytuacji, w której podmiot kontrolowany przez zamawiającego, świadczy wyłącznie na jego rzecz

⁶⁰⁶ Zob. W. Janssen, E. Olson, *On Competition...*, s. 2.

⁶⁰⁷ Zob. m.in. wyr. TSUE z 6.4.2006 r., C-410/04 *ANAV*, pkt 26.; tak również: H. Wolska, *Zamówienia in-house jako instrument oddziaływania na gospodarkę* (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, A. Powalowski (red.), Warszawa 2016, s. 304.

⁶⁰⁸ Wyr. TSUE z 6.2.2020 r., w sprawach połączonych C-89/19 do C-91/19, *Rieco SpA* przeciwko *Comune di Lanciano i in.*, LEX nr 2782634, pkt 42.

usługi, zostanie pozbawiony pewności uzyskania zamówienia *in-house*. Takie założenie podważałoby jednak sens zamówień *in-house*, w kontekście samodzielności i swobody przyznanej instytucjom zamawiającym. Jednak nie sposób pominąć, iż hipoteza ta jest uzasadniona z perspektywy zapewnienia racjonalności oraz efektywności ekonomicznej zamówień. Jak już wcześniej wykazano spełnienie warunków udzielenia *in-house* nie oznacza automatycznie jego zasadności. Bardziej efektywne może bowiem okazać się zlecenie realizacji danego zadania zewnętrznym podmiotom, przy zachowaniu standardowych reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Supozycja ta musiałaby jednak znajdować podstawy w regulacjach krajowych, które precyzowałyby jasne warunki oraz granice swobody stosowania trybu *in-house*. Dokładnie takie rozwiązanie przyjął polski ustawodawca, który nie wyłączył w stosunku do zamówień *in-house* stosowania przepisów ZamPubU, umożliwiając ich udzielenie w trybie z wolnej ręki⁶⁰⁹.

Przyznana państwu członkowskim swoboda w zakresie implementacji dyrektyw, pomimo wspólnej genezy zamówień *in-house* wynikającej z prawa unijnego, wpływa na przyjęty model ich udzielania oraz usytuowanie w krajowym systemie zamówień publicznych, czego przykładem są rozwiązania normatywne przyjęte w różnych krajach członkowskich, o których wspomiano w przedmiotowej dysertacji.

Podsumowując wskazać należy, iż zamówienia *in-house* wywodzą się z przyznanego instytucjom zamawiającym uprawnienia do samorealizacji, które na podstawie tzw. decyzji „Make-or-Buy”, wybierają sposób realizacji zadań publicznych poprzez własne działania lub zlecenie je podmiotom zewnętrznym. Celem tego rozwiązania jest maksymalizacja efektywności ekonomicznej oraz zapewnienie prawidłowości i racjonalności wydatkowania środków publicznych⁶¹⁰. Autonomia decyzyjna instytucji zamawiających jest uwzględniana oraz respektowana przez przepisy

⁶⁰⁹ Podobnie W. Hartung, *Zamówienia in-house...*, s. 26.

⁶¹⁰ Szerzej P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne ...*, s. 14–15. Instytucje zamawiające mają do dyspozycji różne instrumenty do realizowania ich zadań, nie tylko za pomocą własnych środków i zasobów czy przez zamówienia publiczne, lecz także przez koncesje na usługi lub roboty budowlane czy także partnerstwo publiczno-prywatne. Jednak wybór odpowiedniej opcji postępowania nie powinien przebiegać bezrefleksyjnie, tylko uwzględniać analizę wykazującą, który sposób postępowania przyniesie większe korzyści przy realizacji zadań publicznych. Jak wskazuje się w doktrynie, jest to tzw. analiza Value for Money. Zob. M. Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy po nowelizacji z 5.07.2018 r.*, Warszawa 2018, s. 18; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 307–308.

prawa unijnego, zgodnie z założeniami zasady subsydiarności⁶¹¹. Oznacza to, że państwa członkowskie nie są zobligowane do implementacji regulacji dyrektywy dotyczących zamówień *in-house* do krajowych porządków prawnych. Za H. Nowicki wskazać należy, że „to organ władzy publicznej, w ramach prawem określonej samodzielności, powinien mieć prawo wyboru zastosowania właściwej procedury do zrealizowania danego zadania publicznego”⁶¹².

W zamówieniach *in-house* nie dochodzi do spotkania autonomicznych intencji, reprezentujących odrębne interesy prawne⁶¹³. Udzielenie zamówienia w trybie *in-house* uzasadniona zatem brak autonomii wykonawcy, któremu ma zostać udzielone zamówienie⁶¹⁴, a w przypadku tzw. odwróconego zamówienia *in-house* – wykonawcy, udzielającemu takie zamówienia instytucji zamawiającej, która sprawuje nad nim kontrole. W schemacie zamówień typu *in-house* wykonawca nie posiada statusu „osoby trzeciej” w stosunku do zamawiającego, a zatem nie występuje między nimi stosunek zobowiązaniowy w ścisłym znaczeniu⁶¹⁵. Podległość wykonawcy wynika z faktu sprawowania nad nim kontroli przez zamawiającego, której zakres uprawnia go do wywieranie wpływu na aktywność rynkową wykonawcy, w szczególności w postaci wytyczania celów strategicznych jego działalności oraz wpływania na istotne decyzje⁶¹⁶. W konstrukcji zamówień *in-house* wykonawca jest formalnie odrębnym podmiotem od zamawiającego, jednak odrębność ta nie przyznaje mu autonomii. Nie jest to zatem tradycyjny stosunek, występujący w zamówieniach publicznych, w którym zamawiający

⁶¹¹ Art. 5 ust. 3 TFUE: „Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii” – szerzej P. Justyńska (w:) *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, J. Galster (red.), Toruń 2010, s. 276–279.

⁶¹² H. Nowicki, *Nowe regulacje prawne ...*, s. 159. Z kolei w motywie 5 preambuły dyrektywy 2014/24/UE znajdujemy stwierdzenie, że „żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

⁶¹³ Ang. concordance of two autonomous wills representing separate legal interests – zob. Opinia Rzecznika Generalnego G. Cosmasa z 1.7.1999 r., C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:344, pkt 64.

⁶¹⁴ Zob. W. Hartung, *Samodzielność...*, s. 144.

⁶¹⁵ Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z 19.7.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 43 i 44 – w tym zakresie szerzej: M.A. Bernal Blay, *Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones „in-house”*, „Revista Española de Derecho Administrativo” 2008/137, s. 115–138.

⁶¹⁶ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność ...*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia ...*, s. 121.

jest pozbawiony jakichkolwiek uprawnień kontrolnych w stosunku do wykonawcy. Marginalny charakter uprawnień kontrolnych, nie wywierający wpływu na samodzielność decyzyjną zamawiającego uniemożliwia udzielenie zamówienia *in-house*. Zależności pomiędzy instytucją zamawiającą, a wykonawcą muszą zatem zostać poddane wieloaspektowej ocenie, która powinna uwzględniać całokształt norm prawnych oraz okoliczności, mogących wpływać na możliwość udzielenia zamówienia *in-house*, wśród których wyróżnić można strukturę udziałów w kapitale wykonawcy, skład organów decyzyjnych, zakres ich uprawnień itd.⁶¹⁷. Ocena ta jest istotna pod względem weryfikacji spełnienia pierwszej z przesłanek warunkujących możliwość zastosowania procedury *in-house*, ale także umożliwia stwierdzenie, czy nie istniał obowiązek przeprowadzenia o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z regulacjami aktów normatywnych regulujących kwestie zamówień publicznych. Pozytywna weryfikacja umożliwia zamawiającemu wybór sposobu udzielenia zamówienia jakim jest *in-house*. Warto jednak podkreślić, że instytucja zamawiająca, pomimo spełnienia warunków umożliwiających udzielenie zamówienia *in-house*, może podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia na konkurencyjnym rynku⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 28 i 29.

⁶¹⁸ Jest bowiem możliwa sytuacja, w której mimo spełnienia warunków koniecznych do udzielenia zamówień *in-house* wykorzystanie tego wyjątku doprowadzi do takiego ograniczenia rynku, który będzie stanowił potencjalne naruszenie prawa konkurencji, przykładowo przez nadużycie pozycji dominującej na rynku przez zamawiającego – szerzej P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 115–119.

Zakończenie

1. Ogólne wnioski

W wyniku całokształtu poczynionych w przedmiotowej dysertacji rozważań stwierdzić należy, że udzielanie zamówień *in-house* przez uprawnione do tego na mocy ZamPublU instytucje zamawiające prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku zamówień publicznych. Przeprowadzona analiza orzecznictwa potwierdziła zaś, że stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasady udzielenia zamówień publicznych zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także może naruszać zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Punkt odniesienia dla oceny przyjętych rozwiązań stanowiły przepisy prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego, a także polskie i unijne orzecznictwo. Dokonano porównania powyższych źródeł, w wyniku czego ustalono cechy wspólne oraz różnice pomiędzy prawem krajowym, a prawem unijnym w zakresie udzielania zamówień *in-house*.

Rynek zamówień publicznych jest częścią rynku towarów i usług funkcjonującego na danym obszarze. Wszelkie nieprawidłowości czy odstępstwa na rynku zamówień publicznych zawsze będą miały znaczący wpływ na pozostałą część rynku. Z tego względu ochrona rynku zamówień publicznych przed nieuczciwymi praktykami wykonawców stanowi jednocześnie ochronę normalnych praw rynkowych mających znaczenie dla całej gospodarki.

Udział zamówień publicznych w ogólnym obrocie gospodarczym zawsze był istotny, ponieważ są one sposobem redystrybucji środków pieniężnych państwa. Z jednej strony zamówienia publiczne są narzędziem rozwojowym infrastruktury publicznej, z drugiej umożliwiają dostęp przedsiębiorców do zadań finansowanych ze środków publicznych. Od sposobu organizacji udzielania zamówień publicznych zależy przede wszystkim rozwój poszczególnych branż, ale także ekonomiczne powodzenie podmiotów, zaangażowanych w realizację zamówienia publicznego. Zamówienia publiczne stanowią zatem istotny element w strukturze gospodarki wolnorynkowej.

Polityka zamówień publicznych oddziałuje zatem w sposób istotny na gospodarkę – jej kształt oraz strukturę. System zamówień publicznych jest instrumentem wydatkowania środków publicznych, za sprawą którego władze wyznaczają kierunek oraz skalę nakładu finansowego w pozyskanie oznaczonych produktów lub usług, czy też realizację projektów⁶¹⁹. System zamówień publicznych postrzega się również jako narzędzie regulacji sektorowej, mające na celu kontrolowanie oraz dyscyplinowanie zamawiających, pod kątem prawidłowego wydatkowania funduszy publicznych⁶²⁰. System zamówień publicznych umożliwia także wybór kierunku długotrwałych warunków rozwoju danych sektorów, w których stroną popytową są zazwyczaj podmioty zobowiązane do stosowania prawa zamówień publicznych⁶²¹.

Zamówienia publiczne charakteryzuje więc efektywna konkurencja, która umożliwia jednocześnie wydatkowanie środków publicznych w ekonomicznie efektywny pod względem ekonomicznym sposób, czyli poprzez spełnienie kryteriów jakościowych, ale bez zaangażowania większej ilości środków niż jest to niezbędne do ich spełnienia⁶²². Realizacja powyższych założeń jest możliwa dzięki instytucji wyboru oferty najkorzystniejszej, do którego dochodzi na podstawie przyjętych kryteriów, takich jak m.in.: kryterium najniższej ceny, najniższego kosztu czy kryterium bilansowe⁶²³. Wybór oferty najkorzystniejszej warunkuje zapewnienie warunków uczciwej konkurencji.

Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do jej przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest zobligowany przestrzegać zasady uczciwej konkurencji przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto, zamawiający eliminuje z postępowania tych wykonawców, których zachowanie w postępowaniu godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami ZamPubIU, ale także uwzględnienia pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim

⁶¹⁹ G. Materna, *Zmowy przetargowe ...*, s. 57.

⁶²⁰ A. Sánchez Graells, *Public Procurement ...*, s. 47–52.

⁶²¹ OECD, *Public Procurement. ...*, s. 24.

⁶²² UOKiK. *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013, s. 11. Szerzej na temat efektywności ekonomicznej zakupów dokonywanych w ramach zamówień publicznych zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 3–19.

⁶²³ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 12.

tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych.

System zamówień publicznych można uznać za sprawny jedynie wówczas, gdy charakteryzują go jasno określone zasady wszczęcia oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantujące konkurencyjność postępowania. Ponadto musi on określać obowiązki uczestników postępowania, w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, a także zapewniać środki umożliwiające ich egzekucję. Jedynie sprawnie funkcjonujący system zamówień publicznych, respektujący założenia oraz zasady zamówień publicznych umożliwia efektywne wydatkowanie środków publicznych, przeznaczonych na nabywanie dóbr niezbędnych do prawidłowego wykonywania zadań publicznych.

Zasady i tryb udzielania zamówień publicznych zarówno w polskim, jak i unijnym prawie zamówień publicznych, wskazują na dążenie ustawodawcy do wspierania efektywnej konkurencji w zamówieniach publicznych, której celem jest optymalizacja procesu zakupów dokonywanych z wykorzystaniem środków publicznych, tak by zamówienia udzielane były w oparciu o motywy czysto ekonomiczne. Dążenie do zapewnienia efektywności zakupów ze środków publicznych nie zmienia jednak rangi przypisywanej ochronie konkurencji w systemie zamówień publicznych.

Prawo zamówień publicznych stoi na straży uczciwej konkurencji i zawiera wiele mechanizmów służących temu, aby środki publiczne były wydatkowane z poszanowaniem tej zasady, zarówno poprzez uznanie konkurencyjnych trybów przetargowych za podstawowe tryby zamówień publicznych, jak i przez nałożenie na zamawiających obowiązków przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Jednocześnie należy podkreślić, że ochrona konkurencji na rynku nie jest celem prawa zamówień publicznych. Celem systemu zamówień publicznych jest optymalizowanie zakupów dokonywanych z wykorzystaniem środków publicznych, zapewnianie, by zamówienia udzielane były w oparciu o motywy czysto ekonomiczne. Wykazywana powyżej dbałość o zachowanie warunków uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne jest natomiast wyrazem przekonania o korzyściach płynących z rywalizacji między wykonawcami w oparciu o reguły uczciwej konkurencji.

Respektowanie zasady uczciwej konkurencji ma przede wszystkim na celu zapewnienie nienaruszalności interesów żadnego z uczestników postępowania. Jej celem jest zatem ochrona sprawności funkcjonowania rynku. Za T. Grzeszczykiem wskazać należy, że konkurencja ma na celu również zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjając efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerszą z możliwych swobodę działania i dokonywania wyboru⁶²⁴. Co więcej dzięki konkurencji na rynku zamówień publicznych oferowane są produkty wysokiej jakości, w optymalnie niskiej cenie⁶²⁵.

W procesie wydatkowania środków publicznych rola konkurencji jest wyraźnie dostrzegalna. Konkurencja nie jest jednak wartością bezwzględną⁶²⁶. Zapewnienie konkurencyjności oraz uczciwej rywalizacji pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorcami postrzega się jedynie jako mechanizm ułatwiający realizację celów systemu zamówień publicznych, do których zalicza się racjonalność i efektywność wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie najwyższej jakości usług⁶²⁷. W pewnych okolicznościach, dla realizacji określonych celów, mechanizm konkurencji podlega ograniczeniu, a niekiedy nawet wyłączeniu⁶²⁸.

W prawie zamówień publicznych przewiduje się zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe wyłączenia spod zastosowania reguł konkurencji. Prawo zamówień publicznych reguluje także niekonkurencyjne tryby postępowania przy czym ich zastosowanie jest reglamentowane. Ponadto, znaczenie konkurencyjności

⁶²⁴ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Biblioteka Menedżera i Bankowca, 1997, s. 39.

⁶²⁵ G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce – studium prawne*, Warszawa 2005, s. 36.

⁶²⁶ Nawet jeżeli system zamówień publicznych uwzględnia korzyści płynące z konkurencji, to niewątpliwie jego celem nie jest zapobieganie ograniczeniu konkurencji między przedsiębiorcami – zob. A. Sánchez Graells, *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law* – zob. [online:] <http://ssrn.com/abstract=2206502>, s. 3.

⁶²⁷ G. Materna, *Zmowy przetargowe ...*, s. 64.

⁶²⁸ Wyłączenia te powinny być stosowane w ograniczonym wymiarze, gdyż rozdysponowywanie środków publicznych w oparciu o konkurencyjne procedury przetargowe pozwala istotnie redukować koszty zamówień dóbr i usług (nawet o 10%) – por. A. Rodrigues, S. Ennis, *Hearing on the use of tenders and auctions – Issues Note by the Secretariat*, DAF/COMP/WP2 (2014) 15, s. 3 – zob. [online:] [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2014\)15&doclang=uage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doclang=uage=en), dostęp: 10.5.2021 r.

w zamówieniach publicznych zmniejsza też postrzeganie systemu zamówień publicznych jako instrumentu polityki państwa. Realizowanie przez zamawiających polityki społecznej, przemysłowej, innowacyjności albo ochrony środowiska poprzez stosowanie kryteriów pozaekonomicznych może bowiem skutkować ograniczeniem konkurencji, a przez to osłabiać efektywność ekonomiczną dokonywanych zakupów w ramach zamówień publicznych.

Analiza przeprowadzona w dysertacji pozwala jednak na stwierdzenie, że regulacje z zakresu prawa zamówień publicznych nie zawsze gwarantują wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem ustawa zawiera szereg wyjątków w stosowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, ograniczających jednocześnie konkurencyjność. Jako przykład uproszczonego postępowania, oddziałującego w sposób negatywny na konkurencyjność rynku zamówień publicznych, zaprezentowano w pracy zamówienia *in-house*, udzielane na gruncie polskiego ustawodawstwa w trybie zamówień z wolnej ręki, które najczęściej wykorzystywane są przez jednostki samorządu terytorialnego.

Zamówienia *in-house* są odstępstwem od ogólnych zasad dostępności i konkurencyjności zamówień publicznych. Pojęcie zamówienia *in-house* ukształtowane zostało w orzecznictwie TSUE. Po raz pierwszy Trybunał Sprawiedliwości w przełomowym wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., wydanym w sprawie C-107/98 *Teckal* dopuścił możliwość odstąpienia od stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych przez jednostkę samorządu terytorialnego jednostce stanowiącej formalnie odrębny podmiot, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli, sprawowanej nad swoimi własnymi służbami⁶²⁹, natomiast jednostka ta wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego⁶³⁰. Wyrok ten zapoczątkował dyskusje o wyodrębnieniu zamówień *in-house* z systemu zamówień publicznych oraz przyznaniu swobody zamawiającemu w wyborze wykonawcy zamówienia publicznego. W kolejnych orzeczeniach TSUE odnosił się do wskazanych warunków⁶³¹.

⁶²⁹ Wyr. TSUE z 18.11.1999 r., C-107/98, *Teckal*, pkt 50.

⁶³⁰ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ...*, s. 28–36.

⁶³¹ Por. m in. wyroki TSUE w sprawach: C-26/03 (*Stadt Halle*), C-231/03 (*Coname*), C-458/03 (*Parking Brixen*), C-340/04 (*Carbotermo*), C-295/05 (*Asemfo*), C-324/07 (*Coditel*), C-573/07 (*Sea*), C-182/11 i C-183/11 (*Econord*) oraz C-574/12 (*Centro Hospitalar*).

Wybór formuły *in-house* skutkuje ograniczeniem możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamówienia *in-house* udzielane są podmiotom, które m.in. z uwagi na swą strukturę własnościową, należą do grupy podmiotów uprzywilejowanych. Udzielenie zamówienie w tej formule może zatem powodować ograniczenie konkurencyjności kosztem podmiotów prywatnego sektora, ale również wpływać na jakość, cenę oraz czas realizacji zamówień⁶³².

Jak wynika z przeprowadzonych rozważań jednostki samorządu terytorialnego decydują się na prowadzenie gospodarki komunalnej w ramach własnych struktur organizacyjnych. Dotyczy to przede wszystkim gmin oraz powiatów, które nie zdecydowały się na utworzenia samorządowych zakładów budżetowych, czy też spółek handlowych. Niekiedy jednostki samorządu terytorialnego powołują określony podmiot, któremu zleca realizację zadań z zakresu gospodarki komunalnej, ale zadania te są realizowane w imieniu tych osób prawnych, które ponoszą za nie własne ryzyko. Podstawą takich działań jest zwykle akt założycielski, a nie umowa cywilnoprawna. Jednostki samorządowe powierzają także wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej poprzez zawarcie stosownych umów z podmiotami zewnętrznymi, ale także i wewnętrznymi, przede wszystkim spółkom komunalnym. Zawarcie pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego, a spółką komunalną odpłatnej umowy, której przedmiotem są usługi, wymaga stosowania przepisów ZamPublU.

Decyzja jednostki samorządu terytorialnego o powołaniu spółki, a następnie zleceniu jej wykonania odpłatnie zadania publicznego, nie może być automatycznie utożsamiana z koniecznością wyboru formuły *in-house* oraz zastosowania trybu postępowania z wolnej ręki. Poza weryfikacją spełnienia ustawowych przesłanek, przewidzianych dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jednostka samorządu terytorialnego powinna poddać ocenie, czy zastosowanie tego trybu jest uzasadnione, uwzględniając przy tym poszanowanie zasady konkurencyjności, realizację wytycznych dyscypliny finansów publicznych, optymalność tego rozwiązania w konkretnej sytuacji faktycznej oraz prawnej. Obowiązek ten wynika z charakteru zadań powierzonych,

⁶³² H. Wolska, *Zamówienia in-house ...*, s 298.

z mocy samego prawa, jednostką samorządu terytorialnego⁶³³.

Zastosowanie trybu zamówień z wolnej ręki nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem podmiotów zamawiających. Jednostki samorządu terytorialnego zawsze mogą zdecydować się na powierzenie zamówienia podmiotowi zależnemu, w wyniku postępowania, przeprowadzonego w jednym z konkurencyjnych trybów.

Obecnie jednak większość jednostek samorządu terytorialnego posiada wyspecjalizowane wydziały zajmujące się *stricte* udzielaniem zamówień zarówno w sprawach użyteczności publicznej, jak i w bieżących sprawach funkcjonowania tych jednostek, czyli zamówień wewnętrznych. Jak wskazywano w przedmiotowej dysertacji na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat sprywatyzowano znaczną część sektora komunalnego. W konsekwencji zadania użyteczności publicznej zlecane są przeważnie sprywatyzowanym spółkom, w trybie bezprzetargowych postępowań publicznych.

Aktualnie zatem szeroki wachlarz usług publicznych jest realizowany przez odpowiednie kształtowanie oraz wykorzystanie przepisów ZamPublU, a co za tym idzie ograniczenie konkurencji. Zauważalna tendencja do rezygnacji z przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w konkurencyjnych trybach rodzi szereg zagrożeń oraz może wpływać na utrudnienie realizacji celów zadań publicznych, a w szczególności pod względem ekonomicznym.

Jednostki samorządu terytorialnego mogą wykorzystać ten stan rzeczy i tworzyć nowe spółki, pomimo istnienia na rynku konkurencyjnych podmiotów, a także sprywatyzowanych uprzednio spółek, które pomimo obszaru swojej działalności nie będą wybierane do realizacji zadań publicznych. Dla przedsiębiorców konkurencja jest zaś gwarantem uczciwości oraz sprawności systemu zamówień publicznych, a także możliwością podjęcia działalności na rynku zamówień publicznych. Udział wielu podmiotów, konkurujących ze sobą o uzyskanie zamówienia publicznego powoduje, że wraz ze wzrostem konkurentów, wzrasta jakość oferowanych usług, przy jednoczesnym spadku ich cen⁶³⁴. Pod względem ekonomicznym udzielanie zamówień podmiotom wewnętrznym może zatem okazać się nieefektywne.

⁶³³ O. Rytel, *Zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce. Przykład zamówień na roboty budowlane*, (w:) Zeszyty Naukowe Uniwersytetu przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach, Nr 93, Seria: Administracja i Zarządzanie 2012, s. 116-117.

⁶³⁴ M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej...*, s. 25.

Niemniej jednak, nie sposób pominąć, że w literaturze przedmiotu dostrzega się także zalety udzielania zamówień wewnętrznych, z pominięciem konkurencyjnego trybu. Nadmierne otwarcie na konkurencję może bowiem rodzić zagrożenie pogorszenia efektów, do których dążą zakupy publiczne. Może to wynikać z udzielenia zamówienia nieznanemu oraz niezweryfikowanemu odpowiednio podmiotowi, ale oferującym za to najniższą cenę, a także utrata możliwości nawiązania oraz kontynuowania stabilnej oraz długotrwałej współpracy⁶³⁵. Słuszność tego poglądu jednak, w opinii autora, nie znajduje uzasadnienia. Celem konkurencji nie jest bowiem jedynie wybór najtańszej oferty. Natomiast ewentualna wadliwość, awaryjność, zagrożenie bezpieczeństwa, czy po prostu niska jakość są typowymi zagrożeniami związanymi z wyborem danej oferty. Wydaje się, że pogląd ten nie bierze pod uwagę rozwiązań możliwych do zastosowania przy zachowaniu zasad konkurencji. Instytucje zamawiające – zgodnie z założeniami dyrektywy, a także ustawową definicją – wybierają ofertę najkorzystniejszą, a nie najtańszą. Ofertą najkorzystniejszą jest natomiast oferta, która przedstawia najlepszy stosunek jakości do ceny i innych kryteriów oceny ofert – m.in., takich jak kryteria jakościowe, funkcjonalne lub środowiskowe⁶³⁶.

Rozważania poczynione w dysertacji dają asumpt do przyjęcia poglądu, że powierzając realizację zadań własnych wykonywanych w sferze działalności gospodarczej, jednostki samorządu terytorialnego powinny kierować zasadami efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienia obywatelom najwyższej jakości usług. Ugruntowane wydaje się stanowisko przewidujące, że w chwili, gdy mechanizmy rynkowe są w stanie zapewnić konkurencyjny dostęp do określonego rodzaju usług na odpowiednim poziomie dostępności, cen i jakości, brak jest podstaw do stosowania jakichkolwiek odstępstw od reguł konkurencji, a w konsekwencji powierzania zadań podmiotowi wewnętrznemu.

Jeżeli zatem na danym rynku lokalnym występują prywatni przedsiębiorcy to powierzenie zadań spółce komunalnej nie może dążyć do ich wyeliminowania z udziału w rynku zamówień publicznych. Jednostki samorządu terytorialnego nie mogą dążyć do monopolizacji rynku na rzecz danej spółki komunalnej. Tym bardziej nie może dojść do takiego zjawiska, gdy dana usługa jest realizowana dzięki opłatom konsumentów. Organ

⁶³⁵ Ch. Bovis, *The Liberalisation of Public ...*, s. 164.

⁶³⁶ Art. 53 dyrektywy 2004/18, art. 55 dyrektywy 2004/17 oraz art. 239 ZamPublU.

nie może im narzucić obowiązku korzystania z usług spółki, którą sam utworzył, przy jednoczesnym wykluczeniu innych przedsiębiorców prywatnych. Spółka komunalna powinna konkurować o względy konsumentów na równych prawach z innymi przedsiębiorcami, nie należy jej w żadnym zakresie uprzywilejowywać.

Niezależnie od powyższego należy mieć na względzie, że może dojść do sytuacji, w której charakter danej usługi będzie decydował o możliwości jej świadczenia wyłącznie przez jednego przedsiębiorcę, jednocześnie gdy konkuruje o jej wykonanie kilka podmiotów. W takim stanie rzeczy weryfikacji poddać należy to, czy udzielenie zamówienia w bezprzetargowym trybie, prowadzi do monopolizacji danego obszaru rynku oraz ograniczenia konkurencji. Jednostki samorządu terytorialnego z dużą rozważą powinny podchodzić do powierzenia realizacji zadań z zakresu użyteczności publicznej spółce komunalnej, jedynie na podstawie aktu założycielskiego. Powyższe rozwiązanie może być stosowane przez jednostki samorządu terytorialnego, w sytuacji gdy na rynku lokalnym nie działa żaden przedsiębiorca prywatny, z przyczyn faktycznych, zdolny do realizacji danego zadania publicznego.

Wybór zamówienia *in-house* jako odmiany zamówienia z wolnej ręki nie oznacza, że zamawiającego nie obowiązują przepisy ZamPublU. Podkreślić bowiem należy, że zamawiający, decydując się na zastosowanie trybu *in-house*, jest związany przepisami dotyczącymi przesłanek wyboru trybu, dokumentowania postępowania i wyboru oferty, a więc nadal stosuje przepisy ustawy, natomiast wybiera tryb niekonkurencyjny do zakupu określonego produktu.

Współpraca publiczno-publiczna, jak pokazuje praktyka, może wpływać na konkurencję w obrocie gospodarczym. 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.

Udzielanie zamówień *in-house*, czyli z pominięciem procedur konkurencyjnych, w szczególności spółkom komunalnym, wzbudza wiele kontrowersji. Gminy często

zlecają spółkom komunalnym realizację usług publicznych. Spółki komunalne, w sensie formalnym, są odrębnymi od gmin podmiotami, oferującymi usługi o charakterze użyteczności publicznej, posiadającym osobowość prawną oraz status przedsiębiorcy na gruncie OKiKU. W rzeczywistości jednak, są to podmioty gospodarcze, funkcjonujące w ramach gmin, w których funkcję właścicielską pełni wszak organ wykonawczy gminy (wójt, burmistrz lub prezydent miasta). Mogą one zatem ubiegać się o zamówienia publiczne w ramach przetargowych procedur konkurencyjnych, na tych samych zasadach co prywatni przedsiębiorcy lub otrzymać je w niekonkurencyjnym trybie w formule *in-house*. Taki stan rzeczy powoduje, że podmiot finansowany ze środków publicznych, uzyskuje zamówienie *in-house*, a jednocześnie jest uczestnikiem konkurencyjnego rynku, co umożliwia mu wykorzystywanie tej przewagi.

Przypomnieć należy, że w każdym przypadku źródłem wyjątku odnoszącego się do zamówień *in-house* jest okoliczność braku autonomii wykonawcy, któremu ma zostać udzielone zamówienie⁶³⁷, a w przypadku tzw. odwróconego zamówienia *in-house* – wykonawcy, udzielającemu takie zamówienia instytucji zamawiającej, która sprawuje nad nim kontrolę. W schemacie zamówień typu *in-house* wykonawca nie posiada statusu „osoby trzeciej” w stosunku do zamawiającego, a zatem nie występuje między nimi stosunek zobowiązaniowy w ścisłym znaczeniu⁶³⁸. Podległość wykonawcy wynika z faktu sprawowania nad nim kontroli przez zamawiającego, której zakres uprawnia go do wywierania wpływu na aktywność rynkową wykonawcy, w szczególności w postaci wytyczania celów strategicznych jego działalności oraz wpływania na istotne decyzje⁶³⁹. W konstrukcji zamówień *in-house* wykonawca jest formalnie odrębnym podmiotem od zamawiającego, jednak odrębność ta nie przyznaje mu autonomii. Nie jest to zatem tradycyjny stosunek, występujący w zamówieniach publicznych, w którym zamawiający jest pozbawiony jakichkolwiek uprawnień kontrolnych w stosunku do wykonawcy. Marginalny charakter uprawnień kontrolnych, nie wywierający wpływu na samodzielność decyzyjną zamawiającego, uniemożliwia udzielenie zamówienia *in-house*. Zależności pomiędzy instytucją zamawiającą, a wykonawcą muszą zatem zostać poddane

⁶³⁷ Zob. W. Hartung, *Samodzielność...*, s. 144.

⁶³⁸ Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z 19.7.2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, pkt 43 i 44 – w tym zakresie szerzej: M. A. Bernal Blay, *Un paso en falso en la interpretación del criterio del criterio del análogo al de los propios servicios en las relaciones „in-house”*, „Revista Española de Derecho Administrativo” 2008/137, s. 115–138.

⁶³⁹ Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność ...*, (w:) *Ekonomiczne i prawne zagadnienia ...*, s. 121.

wieloaspektowej ocenie, która powinna uwzględniać całokształt norm prawnych oraz okoliczności, mogących wpływać na możliwość udzielenia zamówienia *in-house*, wśród których wyróżnić można strukturę udziałów w kapitale wykonawcy, skład organów decyzyjnych, zakres ich uprawnień itd.⁶⁴⁰.

Wskazać należy, że zamówienia *in-house* wywodzą się z przyznanego instytucjom zamawiającym uprawnienia do samorealizacji, które na podstawie tzw. decyzji „*Make-or-Buy*”, wybierają sposób realizacji zadań publicznych poprzez własne działania lub zlecenie je podmiotom zewnętrznym. Celem tego rozwiązania jest maksymalizacja efektywności ekonomicznej oraz zapewnienie prawidłowości i racjonalności wydatkowania środków publicznych⁶⁴¹.

Wielokrotnie jednak bezprzetargowe zamówienia *in-house* stanowią proste narzędzie do nadużywania przez samorządy przyznaných im ustawowo uprawnień. Większość polskich spółek gminnych nie spełnia warunku osiągnięcia 90% przychodów z działalności zleconej przez zamawiającego, co więcej skutecznie obchodzą to kryterium poprzez powoływanie się na „reorganizację” podmiotu i „wiarygodne prognozy handlowe”, uprawdotodabniające osiągnięcia przynajmniej 90% przychodów z działalności na zlecenie zamawiającego⁶⁴².

Sposób obchodzenia przepisów dotyczących trybu *in-house* prowadzi do naruszenia głównej idei zamówień publicznych – dbałości o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zabezpieczenia konkurencyjnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Zagroza także wystąpieniu monopolizacji danych obszarów gospodarki, która niesie za sobą negatywne skutki dla podmiotów gospodarczych oraz konsumentów. Przedsiębiorcy pozbawiani są możliwości konkurowania z podmiotem monopolistycznym, a konsumenci wyboru innego usługodawcy oraz oferowanych przez niego usług z uwzględnieniem ich jakości oraz ceny. Monopol jest zatem zjawiskiem

⁶⁴⁰ Wyr. TSUE z 13.11.2008 r., C-324/07, *Coditel Brabant SA*, pkt 28 i 29.

⁶⁴¹ Szerzej P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne ...*, s. 14–15. Instytucje zamawiające mają do dyspozycji różne instrumenty do realizowania ich zadań, nie tylko za pomocą własnych środków i zasobów czy przez zamówienia publiczne, lecz także przez koncesje na usługi lub roboty budowlane czy także partnerstwo publiczno-prywatne. Jednak wybór odpowiedniej opcji postępowania nie powinien przebiegać bezrefleksyjnie, tylko uwzględniać analizę wykazującą, który sposób postępowania przyniesie większe korzyści przy realizacji zadań publicznych. Jak wskazuje się w doktrynie, jest to tzw. analiza *Value for Money* – zob. M. Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy po nowelizacji z 5.07.2018 r.*, Warszawa 2018, s. 18; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych ...*, s. 307–308.

⁶⁴² Memorandum Związku Przedsiębiorców i Pracodawców ..., s. 68.

wysoce niepożądanym, którego zaistnienia w gospodarce powinno się unikać. Dlatego też podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych jest tryb przetargowy, który pomimo wielu niedoskonałości zapewnia konkurencję między podmiotami, zainteresowanymi danym zamówieniem. Udzielenie zamówień z wolnej ręki uzasadniają zatem wyłącznie wyjątkowe sytuacje, w których podaż na dane usługi jest wyraźnie ograniczona. Prawodawca powinien zaś ukształtować regulacje normatywne w taki sposób, by podmioty mogły konkurować ze sobą na rynku na równych zasadach.

Powierzenie wykonania danych usług własnym podmiotom wewnętrznym wpływa zatem na konkurencję, w szczególności na rynku komercyjnym oferującym tożsame usługi. Decyzja uprawnionych instytucji zamawiających o wykorzystaniu trybu *in-house* nie może być zatem podjęta w oderwaniu od rynkowych realiów, tym bardziej że działania zamawiającego mogą zostać postrzegane jako nadużycie pozycji dominującej⁶⁴³. Zamówienia *in-house*, z samej swej istoty, powodują bowiem uprzywilejowanie danej grupy uczestników. W związku z tym tak bardzo istotna jest każdorazowo rzetelna analiza instytucji zamawiającej.

⁶⁴³ W. Hartung, *Zamówienia in-house ...*, s. 17-26.

2. Konkluzje i postulaty *de lege ferenda*

Zaprezentowane w przedmiotowej dysertacji rozważania umożliwiły wyszczególnienie najistotniejszych konkluzji:

- 1) Zamówienia publiczne stanowią istotny element w strukturze gospodarki wolnorynkowej.
- 2) Rynek zamówień publicznych jest najbardziej dynamicznie rozwijającym się rynkiem, stanowiącym istotne źródło popytu wewnątrz krajowego, pełniącym rolę instrumentu zrównoważonego rozwoju gospodarki narodowej.
- 3) Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz przestrzeganie pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Szczęólnego znaczenia zasady te nabierają podczas przygotowania postępowania, kiedy to zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty.
- 4) Odstępstwem od ogólnych zasad dostępności i konkurencyjności zamówień publicznych, są zamówienia *in-house*.
- 5) Wybór formuły *in-house* skutkuje ograniczeniem możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamówienia *in-house* udzielane są bowiem podmiotom, które m.in. z uwagi na swą strukturę własnościową, należą do grupy podmiotów uprzywilejowanych.
- 6) W praktyce często dochodzi do obchodzenia przepisów w zakresie udzielania zamówień *in-house*, poprzez pozorne lub „sztuczne” wypełnienie przesłanek, od których zależy możliwość udzielenia zamówienia, w szczególności w zakresie podejmowania działań zmierzających do osiągnięcia przez kontrolowaną osobę prawną wymaganego poziomu 90% zadań realizowanych na rzecz instytucji zamawiającej.
- 7) Zamawiający decydują się na udzielenie zamówienia *in-house* uwzględniając wyłącznie jeden z trzech warunków – warunek sprawowania nad daną osobą prawną kontroli podobnej do kontroli, sprawowanej nad własnymi jednostkami, pomijając kwestię kryterium procentowej ilości udziałów oraz występowania bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

- 8) Stosowanie w zamówieniach publicznych instytucji *in-house* prowadzi do monopolizacji danych obszarów rynku. Monopolizacja każdego rynku, w tym także rynku usług publicznych, niesie natomiast za sobą daleko idące negatywne skutki, w szczególności dla przedsiębiorców, którzy nie mają szansy konkurować z monopolistą. Tym samym, oczywiste wydaje się, że monopol stanowi sytuację niepożądaną, czego powinno się unikać stosując procedury przetargowe jako podstawowe sposoby udzielania zamówień publicznych.
- 9) Problemy, jakie występują na tle regulacji prawnej zamówień *in-house* wymagają zmiany regulacji prawnych w zakresie udzielania zamówień publicznych podmiotom wewnętrznym.
- 10) Regulacje prawne w zakresie zamówień *in-house* nie realizują w pełni celów i zasad udzielania zamówień publicznych oraz nie chronią konkurencji na rynku zamówień publicznych.

Przedstawione konkluzje potwierdzają zatem zasadność postawionej na wstępie tezy, zgodnie z którą udzielanie zamówień *in-house* przez instytucje zamawiające ma negatywny wpływ na konkurencję na rynku zamówień publicznych. Stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 ZamPublU, co powoduje konieczność dokonania zmian w aktualnym porządku prawnym.

Wnioski, jakie wynikają z przeprowadzonej analizy w ramach przedmiotowej dysertacji jednoznacznie potwierdzają postawione wcześniej hipotezy badawcze, umożliwiając odpowiedź na postawione we wstępie pytania w następujący sposób:

<p>Czy udzielanie zamówień <i>in-house</i> przez uprawnione do tego na mocy ZamPublU, instytucje zamawiające prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku zamówień publicznych?</p>	<p>Udzielanie zamówień <i>in-house</i> przez uprawnione do tego na mocy ZamPublU, instytucje zamawiające prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku zamówień publicznych. Wybór formuły <i>in-house</i> skutkuje ograniczeniem możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamówienia <i>in-house</i> udzielane są bowiem podmiotom, które m.in. z uwagi na swą strukturę własnościową, należą do grupy podmiotów uprzywilejowanych.</p>
<p>Czy stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasady udzielenia zamówień publicznych, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także czy jest zgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości?</p>	<p>Stosowanie w praktyce przepisów o zamówieniach wewnętrznych narusza zasady udzielenia zamówień publicznych, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także jest niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W praktyce często dochodzi do obchodzenia przepisów w zakresie udzielania zamówień <i>in-house</i>, poprzez pozorne lub „sztuczne” wypełnienie przesłanek, od których zależy możliwość udzielenia zamówienia, w szczególności w zakresie podejmowania działań zmierzających do osiągnięcia przez kontrolowaną osobę prawną wymaganego poziomu 90% zadań realizowanych na rzecz instytucji zamawiającej.</p>
<p>Czy regulacje prawne w zakresie zamówień <i>in-house</i> realizują cele i zasady udzielenia zamówień publicznych oraz chronią konkurencję na rynku zamówień publicznych?</p>	<p>Regulacje prawne w zakresie zamówień <i>in-house</i> nie realizują w pełni celów i zasad udzielenia zamówień publicznych oraz nie chronią konkurencji na rynku zamówień publicznych. Stosowanie w zamówieniach publicznych instytucji <i>in-house</i> prowadzi do monopolizacji danych obszarów rynku. Monopolizacja każdego rynku, w tym także rynku usług publicznych, niesie natomiast za sobą</p>

	daleko idące negatywne skutki, w szczególności dla przedsiębiorców, którzy nie mają szansy konkurować z monopolistą. Tym samym, oczywiste wydaje się, że monopol stanowi sytuację niepożądaną, czego powinno się unikać stosując procedury przetargowe jako podstawowe sposoby udzielania zamówień publicznych.
Czy problemy, jakie występują na tle stosowania instytucji zamówień <i>in-house</i> wymagają zmiany regulacji prawnych w zakresie udzielania zamówień publicznym podmiotom wewnętrznym?	Problemy, jakie występują na tle regulacji prawnej zamówień <i>in-house</i> wymagają zmiany regulacji prawnych w zakresie udzielania zamówień publicznych podmiotom wewnętrznym. Zasadne jest zaostrzenie norm prawnych lub wprowadzenie nowych rozwiązań, umożliwiających zapobieganie negatywnym praktykom rynkowym.

W związku z dostrzeżoną tendencją do nadużywania przez podmioty zamawiające uprawnień do stosowania zamówień *in-house*, a także ich negatywnego wpływu na konkurencję na rynku zamówień publicznych *de lege ferenda* zasadne jest zaostrzenie norm prawnych lub wprowadzenie nowych rozwiązań, umożliwiających zapobieganie negatywnym praktykom rynkowym. Stosowanie zamówień *in-house* powinno mieć bowiem wyjątkowy charakter. Decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* powinna być poprzedzona rzetelną oceną przesłanek formalnych oraz analizą rynku. Nie należy bowiem zapominać, że zamówienia *in-house* są wyodrębnioną kategorią zamówień publicznych, co wiąże się z koniecznością poszanowania zasad zamówień publicznych. W szczególności, że – jak wynika z dotychczasowej praktyki – do naruszenia fundamentalnych zasad: uczciwej konkurencji dochodzi poprzez konkretne czynności faktycznych, a nie tylko prawne.

Z orzecnictwa, które stanowiło bazę dla podjętych w dysertacji badań wynika bowiem, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie wyznacza zamkniętego katalogu warunków dopuszczalności udzielenia zamówienia *in-house*. TSUE zaaprobował możliwość wprowadzenia na gruncie przepisów prawa krajowego dodatkowych wymogów udzielenia zamówienia publicznego w ramach instytucji *in-house*. Biorąc zatem pod uwagę kierunek obrany przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku C-285/18,

Irgita uznać należy iż zasadne jest wprowadzenie do krajowego porządku prawnego przepisów szczególnych w zakresie dodatkowych warunków ograniczających możliwości udzielania zamówień *in-house*, z pominięciem konkurencyjnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyłącznie do przypadków, wymagających zabezpieczenia dostępności usług, przy jednoczesnym braku możliwości ich zakontraktowania w warunkach konkurencyjnych. Kształt przepisów je regulujących musi jednak dążyć do osiągnięcia celów takich jak: precyzyjność, jasność, dostępność i przewidywalność przepisów umożliwiających takie ich stosowanie, by każdy zainteresowany podmiot miał pewność prawidłowej wykładni.

Należy zatem rozważyć w ramach postulatów *de lege ferenda*, na wzór rozwiązań innych państw członkowskich Unii Europejskiej, wprowadzenie dodatkowych kryteriów od których zależy udzielenie zamówienia *in-house*, uwzględniających prawno-gospodarcze uwarunkowania, zgodnych z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości. Wśród przykładowych warunków wyszczególnić można obowiązek:

- 1) wykazania przez zamawiającego, że udzielenie zamówienia publicznego poza formułą *in-house* nie zapewni dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług,
- 2) przeprowadzenia przez zamawiającego analizy wpływu planowanego zamówienia *in-house* na równe traktowanie innych wykonawców oraz na ich możliwość konkurowania odnośnie przedmiotu zamówienia,
- 3) upubliczniania przez zamawiającego informacji o zamiarze udzielenia zamówienia *in-house* z odpowiednim wyprzedzeniem, w powszechnym publikatorze, zawierającej co najmniej wyliczenie kosztów realizacji danego zadania z wykorzystaniem podmiotu wewnętrznego (*in-house*) oraz jego stosunku do kosztów realizacji tego zadania na rynku komercyjnym;
- 4) przeprowadzenia przez zamawiającego konsultacji z interesariuszami przed udzieleniem zamówienia *in-house*;
- 5) weryfikacji spełniania przesłanek utrzymania mechanizmu *in-house* podczas całego okresu realizacji zadania oraz realizacji obowiązków sprawozdawczych związanych z ww. wymogami.

Przedstawione postulaty *de lege ferenda* uzasadniają wprowadzenie zmian legislacyjnych w obowiązującym porządku prawnym, poprzez doprecyzowanie

warunków udzielenia zamówienia *in-house* oraz wprowadzenie dodatkowych instytucji i rozwiązań, skutkujących ograniczeniem stosowania bezkonkurencyjnego trybu postępowania wyłącznie do wyjątkowych przypadków, umożliwiających sprawowanie kontroli nad zamówieniami udzielanymi w trybie z wolnej ręki oraz gwarantujących poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych – w szczególności zasady uczciwej konkurencji raz równego traktowania wykonawców – a w konsekwencji zapobiegających negatywnym praktykom rynkowym. Propozycje zmian zaprezentowano w tabeli poniżej:

Art. 214 Udzielenie zamówienia z wolnej ręki; przesłanki udzielenia zamówienia <i>in-house</i>	
Obowiązujący stan prawny	Proponowane zmiany w obowiązującym stanie prawnym
1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...)	1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...)
11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: a) zamawiający sprawuje 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;	11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli <u>udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie niż zamówienia z wolnej ręki nie zapewnia dobrej jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług oraz</u> 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;
12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4	12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4

<p>i art. 5 ust. 1 pkt 1, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:</p> <p>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,</p> <p>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,</p> <p>c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;</p>	<p>i art. 5 ust. 1 pkt 1, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, <u>jeżeli udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie niż zamówienia z wolnej ręki nie zapewnia dobrej jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług</u> oraz spełnione są następujące warunki:</p> <p>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,</p> <p>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,</p> <p>c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;</p>
<p>13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:</p> <p>a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, 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:</p> <p>- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może</p>	<p>13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, <u>jeżeli udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie niż zamówienia z wolnej ręki nie zapewnia dobrej jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług</u> oraz spełnione są łącznie następujące warunki:</p> <p>a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, 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:</p> <p>- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi</p>

<p>reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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, <p>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,</p> <p>c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;</p>	<p>przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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, <p>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,</p> <p>c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;</p>
<p>14) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów, b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy. 	<p>14) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, <u>jeżeli udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie niż zamówienia z wolnej ręki nie zapewnia dobrej jakości, dostępności oraz ciągłości świadczonych usług oraz</u> spełnione są łącznie następujące warunki:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów, b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.
<p>Propozycja dodania w obowiązującym porządku prawnym (art. 214 ZamPublU) dodatkowych przepisów prawnych, o następującym brzmieniu:</p>	
<p><i>4a. Zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.</i></p>	

4b. Zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu sprawozdanie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 82 stosuje się odpowiednio.

10. Zamawiający przed zamieszczeniem ogłoszenia, o którym mowa w ust. 4, przeprowadza konsultacje z wykonawcami, w celu zbadania zasadności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, z uwzględnieniem kryteriów takich jak: cena, jakość, dostępność oraz ciągłość świadczonych usług. Przepis art. 84 ust. 2-4 stosuje się odpowiednio.

11. Zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 pod warunkiem że nie powoduje to zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Art. 216

Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy

Obowiązujący stan prawny	Proponowane zmiany w obowiązującym stanie prawnym
<p>1. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.</p> <p>2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1.</p> <p>3. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.</p>	<p>1. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.</p> <p><u>1a. Ogłoszenie zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych, o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, zawiera w szczególności nazwę i adres zamawiającego oraz przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem kosztów realizacji danego zadania z wykorzystaniem podmiotu, któremu ma zostać udzielone zamówienie w tym trybie oraz jego stosunku do kosztów realizacji tego zadania na rynku.</u></p> <p>2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1.</p> <p>3. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.</p>

Tabela 2. Propozycja zmian legislacyjnych w ZamPubIU

Nadmienić należy, że wprowadzenie do polskiego porządku prawnego wniosków *de lege ferenda* zaprezentowanych przez autora jest możliwe, bowiem państwa członkowskie Unii Europejskiej posiadają margines elastyczności w procesie implementacji dyrektyw zamówieniowych, w szczególności w zakresie zawężania warunków pozwalających na udzielanie zamówień *in-house* czy też dodawania dodatkowych obostrzeń i wymagań. W zaprezentowanym orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie aprobował możliwość wprowadzenia na gruncie przepisów prawa krajowego dodatkowych wymogów udzielenia zamówienia publicznego w ramach instytucji *in-house* (np. C-285/18 *Irgita* lub C-89/19 *Rieco*). Jedynym ograniczeniem jest brak możliwości niestosowania przepisów dyrektywy, w sposób wywołujący szersze skutki prawne niż wynikające wprost z przepisów dyrektywy 2014/24/UE.

Bibliografia

Akty prawne

Przepisy prawa krajowego

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2000 ze zm.).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. Nr 51, poz. 298 ze zm.).

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 40).

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 171 ze zm.).

Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1668).

Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. 2002 nr 72 poz. 664).

Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 623).

Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.).

Ustawa z 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. 1996 nr 118 poz. 561, ze zm.).

Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 679).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1526).

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2094).

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.).

Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 r. poz. 831 i 996).

Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1921 ze zm.).

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 30 ze zm.).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 161, poz. 1078).

Ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz.U. 2023 poz. 168).

Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r poz. 74 ze zm.).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.)

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 140).

Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 615 ze zm.).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415).

Akty prawne wspólnotowe

Wersja skonsolidowana Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006 r., s. 37).

Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83 z 30.3.2010 r.).

Wersja skonsolidowana Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euratom) (Dz. Urz. UE C 84 z 30.3.2010 r., s. 1).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego zamykająca procedurę konsultacji pomiędzy Parlamentem a Komisją Europejską dotyczącą perspektyw legislacji w zakresie zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE C 175 z 15.7.1985).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 18.5.2010 r. w sprawie zmian w procedurze udzielania zamówień publicznych (2009/2175(INI)) – P7 TA(2010)0173.

Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. UE. L. z 2007 r. Nr 315, str. 1 z późn. zm.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, str. 1, ze zm.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – KOM(2011) 896 wersja ostateczna, 2011/0438 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r.

Dyrektywa Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniająca dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty (Dz. Urz. WE L 210 z 21.7.1989 r., s. 1).

Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych

w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989 r., s. 33).

Dyrektywa Rady 90/531 EWG z dnia 17 września 1990 r. dotycząca zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorze wodnym energii, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 297 z 29.10.1990 r., s. 1).

Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.3.1992 r., s. 14).

Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.7.1992 r., s. 1).

Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993 r., s. 1).

Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993 r., s. 54).

Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993 r., s. 84).

Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. WE L 18 z 21.1.1997 r., s. 1).

Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r., s. 1).

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r., s. 114).

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy

skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76–136).

Akty i dokumenty związane z procesem legislacyjnym, opinie

Dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”), SEC (2011) 1169 wersja ostateczna z 4.10.2011 r., [online:] <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/?locale=pl>, [dostęp: 27.3.2022 r.].

Opinia Rzecznika Generalnego S. Alber z dnia 18 marca 1999 r., C-108/98, *RI.SAN. Srl*, EU:C:1999:161.

Opinia Rzecznika Generalnego G. Cosmasa z dnia 1 lipca 1999 r., C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:344

Opinia Rzecznika Generalnego P. Léger z dnia 15 czerwca 2000 r., C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, EU:C:2000:330.

Opinia Rzecznik Generalnej C. Stixl-Hackl z dnia 1 lipca 2004 r., C-247/02, *Sintesi SpA*, EU:C:2004:399.

Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 1 marca 2005 r., C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, EU:C:2005:123.

Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stixs-Hackl, z dnia 12 stycznia 2006 r., C-340/04, *Carbotermo*, EU:C:2006:24.

Opinia Rzecznika Generalnego P. Madura, z dnia 17 grudnia 2008 r., C-250/07, *Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2008:734.

Opinia Rzecznika Generalnego D. Ruiza-Jarabo Colomera, z dnia 2 czerwca 2009 r., C-196/08, *Acoset*, EU:C:2009:332.

Opinia Rzecznika Generalnego V. Trstenjak z dnia 23 maja 2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento*, EU:C:2012:303.

Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z dnia 19 lipca 2012 r., w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord*, EU:C:2012.

Opinia Rzecznika Generalnego P. Mengozziego z dnia 23 stycznia 2014 r., C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, EU:C:2014:23.

Opinia Rzecznika Generalnego M.C. Sáncheza-Bordony z dnia 27 kwietnia 2017 r., C-567/15, *LitSpecMet UAB*, EU:C:2017:319.

Opinia Rzecznika Generalnego G. Hogana z dnia 7 maja 2019 r., C-285/18, *Irgita*, EU:C:2019:369.

Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)) Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów.

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 471.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, VI kadencja, druk sejm. Nr 1180.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 3624.

Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji – KOM(2011) 897 wersja ostateczna, 2011/0437 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r.

Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych - Tekst kompromisowy prezydencji, wersja ujednolicona, dok. 12878/12, Bruksela, 24.7.2012 r.

Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – KOM(2011) 896 wersja ostateczna, 2011/0438 (COD), Bruksela, 20.12.2011 r. [online:] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=DA>, [dostęp: 23.3.2021 r.].

Literatura

Andała-Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018.

Arrowsmith S., *The Application of the EC to Public and Utilities Procurement*, 1995, nr 6.

- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londyn 1996.
- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Banasik P., *Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Wrocław 2011.
- Banasiński C., Gronkiewicz-Waltz H., Szafranski D., Wierzbowski M., Wyrzykowski M., *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2005.
- Bauby P., *From Rome to Lisbon SGIs in Primary Law*, (w:) *Developments in Services of General Interest*, E. Szyszczak, J. Davis, M. Andeanes, T. Bekkedal (eds.), 2011, XVIII Springer.
- Belorgey J.M., Gervasoni S., Lambert C., *Qualification de marché public*, „L’actualité Juridique. Droit Administratif” 2005.
- Bergmann T., *Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft*, 2005.
- Bernaczyk M., Jabłoński M., Wygoda K., *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2008.
- Bernal Blay M.A., *Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones „in-house”*, „Revista Española de Derecho Administrativo” 2008/137.
- Bieniek G., Pietrzykowski H., *Reprezentacja Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2013.
- Biliński M., Gonet W., Wolska H., *Gospodarka komunalna. Problematyka realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2020
- Bovis Ch., *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Ashgate 1998.
- Broussy E., Donnat F., Lambert C., *Chronique de jurisprudence Communautaire, Droit administratif*, 2009.
- Caranta R., *The In-house Providing: The Law as It Stands in the EU* (w:) *The In-house Providing in European Law*, M. Comba, S. Treumer (eds.), Copenhagen 2010.
- Cavallo Perin R., Casalini D., *Control over In-house Providing Organisations*, 2009.
- Ciepiela M., *Status prawny gminy jako komandytariusza*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001/4.
- Cieślak R., *W pierwszych tygodniach funkcjonowania*, [online:] <https://www.monitorzamowien.pl/artukul/w-pierwszych-tygodniach-funkcjonowania> [dostęp: 25.10.2020 r.].

- Comba M., Treumer S., *The In-house Providing in European Law*, 2010.
- Czarnow S., *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, Rejent 1998/1.
- Dabringhausen G., *Horizontale Inhouse-Geschäfte*, 2009.
- Dolewka Z., *Zarządzanie w jednostkach organizacyjnych gminy*, SE 2013, Nr 168.
- Dreher M., *Das In-house-Geschäft*, NZBau 2004.
- Dreyfus J.D., Rodrigues S., *La coopération intercommunale confortée par la CJCE?*, L'actualité juridique – droit administratif, 2009.
- Dziątko K., Wawrzynowicz A., *Zamówienia in-house – nowe podejście po wyroku TSUE C-285/18*, [online:] <https://zamowienia.org.pl/zamowienia-in-house-nowe-podejscie-po-wyroku-tsue-c-285-18/> [dostęp: 20.4.2023 r.].
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017*, LEX/el.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Kittel M., Stachowiak M., Jerzykowski J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2021*, LEX/el.
- Fill W., Mędrala M., Mituś A., *Kierunki zmian w administracji publicznej*, Warszawa 2018.
- Galster J., *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, Toruń 2010.
- Gawrońska-Baran A., *Implementacja dyrektywy 2014/24/UE na Węgrzech*, PZP 2016, nr 3.
- Górczyńska A., *Naruszenie konkurencji w zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa*, (w:) A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Górczyńska A., *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, (w:) *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, M. Królikowska-Olczak (red.), Warszawa 2005.
- Górnicki Ł., Łapecki F., *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.12.2018 r. (C-375/17 Stanley Intern. Betting Ltd)*, ZamPublU Nr 1/2019.
- Grabiec M., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prawnym. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Grzejdziak Ł., *Regulacja finansowania usług publicznych w Europie*, Warszawa 2015.

- Grzeszczyk T., *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Biblioteka Menedżera i Bankowca, 1997.
- Guziński M., *Zamówienia publiczne w realizacji funkcjonowania zarządu mieniem publicznym*, (w:) *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*. Księga dedykowana Profesor T. Rabskiej, B. Popowska (red.), Poznań 2006.
- Hartung W., *Samodzielność podstawowej jednostki samorządu terytorialnego w organizacji i świadczeniu usług komunalnych*, 2018.
- Hartung W., *Sposób i granice implementacji nowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, PZP 2016, Nr 1.
- Hartung W., *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, (w:) *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), Warszawa 2017.
- Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Hartung W., Kuźma K., *In-house Procurement – How it is Implemented and Applied in Poland*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018/3.
- Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, Warszawa 2005.
- Hoc S., *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
- Horubski K., *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Sam. Teryt. 2006/10.
- Hryc-Ląd A., Smerd A., *Tryby negocjacyjne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
- Hryc-Ląd A., Smerd A., Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych*, 2016.
- Jagoda J., *Porozumienia międzygminne a wykonywanie zadań w trybie zamówienia in-house*, ST 2019, Nr 6.
- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej* Warszawa 2007.
- Jagielski J., *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej (Kilka refleksji teoretycznych)*, (w:) *Kontrola Państwowa* Nr 1/2004, NIK, Warszawa 2014.
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Jerzmanowski Z. (red.), *Vademecum wójta, burmistrza, prezydenta*, Warszawa 2018.

- Justyńska P., Nowicki P., *Konsekwencje przyjęcia tzw. nowych dyrektyw zamówieniowych dla krajowego porządku prawnego*, (w:) Państwo a gospodarka. Instrumenty prawne realizacji zamówień publicznych, H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Toruń 2015.
- Kamerschen D., McKenzie R., Nardinelli C., *Ekonomia*, Gdańsk 1991.
- Kania M., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy po nowelizacji z 5.07.2018 r.*, Warszawa 2018.
- Kania M., Nowicki P., Piwowarczyk A., *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.*, Katowice 2017.
- Kappes A., *Ułomne osoby prawne w projekcie kodeksu cywilnego z 2009 r.*, Przegląd Prawa Handlowego – numer 12 z 2010 r., LEX/el.
- Kępa M., *Kształtowanie się instytucji zamówień publicznych w Polsce: centralne planowanie versus konkurencyjne rynki*, (w:) 25 lat gospodarki wolnorynkowej w Polsce, ISSN 1899-3192, Wrocław 2014.
- Kępa M., *O właściwości kontrolnej Regionalnych Izb Obrachunkowych w systemie zamówień publicznych*, (w:) Kontrola zamówień publicznych, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Warszawa – Wrocław 2013 r.
- Kidyba A., *Spółki jako forma gospodarki komunalnej. Zagadnienia wybrane*, (w:) Polska lat osiemdziesiątych. Przepisy państwa i prawa, Lublin 1997.
- Kocowski T., *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, (w:) Kontrola zamówień Publicznych, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Wrocław-Warszawa 2013
- Kocowski T., *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, (w:), Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), Warszawa 2012.
- Krajewski M., Wethkamp N.M., *Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben*, 2008.
- Królikowska-Olczak M., *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, (w:) Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, A. Borowicz, M. Królikowska- Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Warszawa–Łódź 2010.
- Kurkiewicz S., Kurkliński L., Szpringer W., *Zasada proporcjonalności. Przełom w ocenie regulacji*, Warszawa 2014.

- Lemke M. (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001.
- Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006.
- Lichere F., Caranta R., Treumer S., *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJOF Publishing 2014.
- Łapecki F., *Ograniczenia w dopuszczalności udzielania zamówień publicznych w trybie in-house*, PZP 2020, Nr 2, [online:] <https://czasopisma.beck.pl/prawo-zamowien-publicznych/artukul/ograniczenia-wdopuszczalnosci-udzielania-zamowien-publicznych-wtrybie-in-house/> [dostęp: 23.3.2022 r.].
- Łapecki F., *Recepcja rozwiązań europejskich do słowackiego prawa zamówień publicznych*, PZP 2016, Nr 3.
- Łukaszewicz A., *SIWZ po nowelizacji dotyczącej podwykonawstwa. Komentarz praktyczny*, Zamawiający 2014, Nr 6.
- Majchrzak B., *Analiza pracy regionalnych izb obrachunkowych i samorządowych kolegiów odwoławczych*, Warszawa 2018.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.
- Małecki J., Hauser R., Janku Z., *15 lat funkcjonowania regionalnych izb obrachunkowych jako organów nadzoru i kontroli gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego*, Poznań 2007.
- Materna G., *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016.
- Mażwa M., *Zamówienia in-house – przesłanki stosowania i procedura udzielania*, LEX/el.
- Memorandum Związku Przedsiębiorców i Pracodawców w sprawie nadużywania regulacji dotyczących zamówień in-house, ZPDORADCA 2018, Nr 5.
- Miziołek J., *In-house – koniec konkurencji w usługach publicznych?*, [online:] <http://e-magazynadwokat.pl/in-house-koniec-konkurencji-w-uslugach-publicznych> [dostęp: 05.12.2020 r.].
- Norek E., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2008.
- Nowicki H., *Nowe regulacje prawne w zakresie zamówień i koncesji in-house*, (w:) *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo*

- zamówień publicznych z 22.6.2016 r., M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), Warszawa 2017.
- Nowicki H., *Zamówienia in-house na tle nowych rozwiązań normatywnych, Zamówienia publiczne*, ZPDORADCA 2016, Nr 1.
- Nowicki H., Nowicki P., *O potrzebie zamówień „in-house” w gospodarce odpadami. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, (w:) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), 25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe, Katowice 2013.
- Nowicki H., Nowicki P., *Zamówienia „in-house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyński (red.), Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej. Międzynarodowa konferencja naukowa 21–22 czerwca 2010 r. w Łodzi, Warszawa 2010.
- Nowicki J. E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2019.
- Nowicki J.M., *Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji*, ZPDORADCA 2007, Nr 5.
- Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
- Nowicki P., *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.
- Nowicki P., Przeszło E., Wolska H., *Nadzór i kontrola zamówień i koncesji in-house*, Warszawa 2020.
- Nowińska E., Schnell Ch., *Konkurencja w przetargu to nie wszystko*, Rzeczpospolita z dnia 15 kwietnia 2010 r.
- OECD, *Public Procurement. The role of Competition Authorities in promoting competition*, DAF/COMP (2007) 34.
- Pawelec J., *Zamówienia in-house w praktyce*, Warszawa 2016.
- Pawelec J., *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism*, Warszawa 2016.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2019*. Legalis/el.
- Pirker B., *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de premiere instance. Chronique des arrêts. Arrêt „Commission c. Autriche et Commission c. Suède”*, Revue du droit de l'Union européenne 2009 n° 2.

- Powałowski A. (red.), *Leksykon prawa konkurencji. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010.
- Powałowski A., *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016.
- Przeszło E., *Kontrola udzielenia zamówień publicznych*, Poznań 2013.
- Rypina M., *Typy podmiotów prywatnych obowiązanych do udostępniania informacji publicznej*, (w:) *Udostępnianie informacji publicznej przez podmioty prywatne*, Warszawa 2022, LEX/el.
- Rytel O., *Zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce. Przykład zamówień na roboty budowlane*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach, Nr 93, Seria: Administracja i Zarządzanie 2012.
- Rodrigues A., Ennis S., *Hearing on the use of tenders and auctions – IssuesNote by the Secretariat*, DAF/COMP/WP2 (2014) 15, [online:] [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2014\)15&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doclanguage=en) [dostęp: 10.5.2021 r.].
- Ronikier-Dolańska K., *Co wynika z rocznej informacji Krajowej Izby Odwoławczej*, ZPDORADCA 2018.
- Salachna J.M., *Orzecznictwo regionalnych izb obrachunkowych – główne problemy interwencyjne*, (w:) *Orzecznictwo w systemie prawa. II Konferencja Naukowa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego*. Gdańsk 17–18.09.2007 r., T. Bądkowski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), Warszawa 2008.
- Sánchez Graells A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Portland 2011.
- Sieradzka M., *Glosa do wyroku KIO z 3.2.2009 r., KIO/UZP 91/09*, 2010, LEX/el.
- Sieradzka M., *Glosa do wyroku TS z 19.5.2009 r., C-538/07*, 2014, LEX/el.
- Sieradzka M., *Opis przedmiotu zamówienia publicznego przez wskazanie na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie a kwestie równoważności oferty*, PUG 2012, Nr 10.
- Sieradzka M., *Państwa UE mogą same regulować zamówienia in-house. Omówienie wyroku TS z dnia 3 października 2019 r., C-285/18 (Irgita)*, LEX/el.
- Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2018*, Legalis/el.
- Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022*, Legalis/el.
- Sieradzka M., *„Współpraca” a zamówienie publiczne jako element oceny zamówienia in-house*, LEX/el.
- Sieradzka M., *Zamawiający może udzielić zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki, jeżeli spełnione zostały przesłanki ustawowe jego zastosowania*, Legalis/el.

- Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych*, 2017.
- Smirnov E., *Sounds procurement – making it happen* (w:) Law in Transition, 2010.
- Solecka K., *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej*, (w:) Kontrola zamówień Publicznych, T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Wrocław-Warszawa 2013.
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006.
- Sołtysińska A., *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998, Nr 10.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, LEX/el.
- Starzyńska W., *Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej*, ANNALES UNIVESITATIS MARIAE CURIE – SKŁODOWSKA LUBLIN – POLONIA VOL. L, 4 SECTIO H 2016.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Sześciło D., *Glosa do wyroku TS z dnia 13 listopada 2008 r., C-324/07*, ST 2009, nr 1-2.
- Szewc A., *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Szewc A., Jyż G., Pławewski Z., *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Szustakiewicz P., *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?*, (w:) Kontrola zamówień publicznych, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Szustakiewicz P., *Poszanowanie uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2004, Nr 4.
- Szustakiewicz P., *System środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2007, Nr 3.
- Szustakiewicz P., *Uczciwa konkurencja w zamówieniach publicznych*, Prawo i Środowisko 2006, Nr 2.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Szydło M., *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008.

- Szydło M., *Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*, Zeszyty Prawnicze 2014, Nr 2.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Szymańska A., Szymański J., *Efektywność i konkurencyjność zamówień publicznych na ubezpieczenia realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego*, Przedsiębiorczość i zarządzanie 2017, t. XVIII.
- Szyszkowski A., *Nowe przepisy o podwykonawcach – komentarz*, M.Zam.Pub. 2013, Nr 12.
- Szyszkowski A., *Zamówienia publiczne w praktyce*, 2005.
- Tendering or Direct Awarding of Public Services – Plea for the Right to Choose for Territorial Authorities On the Need for Legal Provisions on the in-house Concept in the European Union, Statement of the Scientific Council of the Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft drawn up under the direction of Prof. Dr. Helmut Cox, Universität Duisburg-Essen, Berlin 2007.
- Thieme M.J., *Spoleczna gospodarka rynkowa*, Warszawa 1995.
- Trepte P., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa–Katowice 2006.
- Trojankowska A., *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, PZP 2017, Nr 2.
- UOKiK, Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, Warszawa 2013.
- Walczak P. (red.), *Uchwały i zarządzenia organów samorządu terytorialnego dotyczące spraw finansowych*, Warszawa 2015.
- Weresa M. A., *Polska. Raport o konkurencyjności 2015*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2015.
- Wauters K., *Cooperation Agreements Between Public Authorities, The influence of CJCE case law on national legal systems*, 2015 Intersentia.
- Wieczorek M., *Zachowanie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia w orzecznictwie*, ZPDORADCA 2012, Nr 9.
- Wicik G., *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych 2013, nr 4.
- Wiggen J., *Public procurement law and public-public cooperation*, 2019.
- Wiktorowska E., *Niejasności, wątpliwości i zdrowy rozsądek*, ZPDORADCA 2017, Nr 2.

Winter J.A., *Public Procurement in the EEC*, CMLR 1991, t. 28.

Wolska H., *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.

Wolska H., *Zamówienia in-house jako instrument oddziaływania na gospodarkę* (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, A. Powalowski (red.), Warszawa 2016.

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998.

Ząbkowicz J., *Rynkowe usługi użyteczności publicznej w Unii Europejskiej. W poszukiwaniu konsensu i pewności prawnej*, Warszawa 2017.

Orzecznictwo

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

Wyrok TSUE z dnia 9 lipca 1987 r., w sprawach połączonych C-27/86–29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciwko Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" i inni.*, EU:C:1987:355.

Wyrok TSUE z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA przeciwko Uniter Sanitaria locale no 2 di Carrara*, ECR 1990, nr 3, poz. I-889, LEX nr 126149.

Wyrok TSUE z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECR 1992, nr 6, poz. I-3401, LEX nr 123274.

Wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECR 1999, nr 8-9A, poz. I-5585.

Wyrok TSUE 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*, ECR 1999, nr 11, poz. I-8121.

Wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r., C-275/98, *Unitron Scandinavia i 3-S*, ECLI: EU:C:1999:567.

Wyrok TSUE z dnia 5 października 2000 r., C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, Zb.Orz. 2000, s. I-08377.

Wyrok TSUE z dnia 18 października 2001 r., C-19/00, *SIAC Construction*, ECLI:EU:C:2001:553, pkt 41; z 19.6.2008 r.

Wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r., C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab* przeciwko *Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, EU:C:2002:495.

Wyrok TSUE z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg* przeciwko *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Zb. Orz. 2003, s. I-07747.

Wyrok TSUE z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle I RPL Recyclingpark Lochau GmbH* przeciwko *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ZOTSiS 2005, nr 1, poz. I-1.

Wyrok TSUE z dnia 13 stycznia 2005 r., C-84/03, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Królestwu Hiszpanii*, ZOTSiS 2005, nr 1, poz. I-139.

Wyrok TSUE z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03, *Fabricom SA* przeciwko *Belgii*, ZOTSiS 2005, nr 3A, poz. I-1559.

Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname)* przeciwko *Comune di Cingia de' Botti*, ZOTSiS 2005, nr 7b, poz. I-7287.

Wyrok TSUE z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, *Parking Brixen GmbH* przeciwko *Gemeinde Brixen i Stadtrke Brixen*, ZOTSiS 2005, nr 10A, poz. I-8585.

Wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2005 r., C-29/04, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republice Austrii*, ZOTSiS 2005, nr 11, poz. I-9705.

Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 2006 r., C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)* przeciwko *Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, ZOTSiS 2006, nr 4, poz. I-3303.

Wyrok TSUE z dnia 11 maja 2006 r., C-340/04, *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei* przeciwko *Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, AGESP SPA, ZOTSiS 2006, nr 5A, poz. I-4137.

Wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2007 r., C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* przeciwko *Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ZOTSiS 2007, nr 4, poz. I-2999.

Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2007 r., C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* przeciwko *Administración General del Estado*, ZOTSiS 2007, nr 12C, poz. I-12175.

Wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ZOTSiS 2008, nr 4A, poz. I-2173.

Wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Zb.Orz. 2008, s. I-04401.

Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r., C-371/05, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, Dz.U.U.E.C 2008, nr 223, poz. 3.

Wyrok TSUE z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07, *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, Zb. Orz. 2008, s. I-08457.

Wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2008 r., C-213/07, *Michaniki AE przeciwko Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, ZOTSiS 2008, nr 12B, poz. I-9999.

Wyrok TSUE z dnia 9 czerwca 2009 r., C-480/06, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ZOTSiS 2009, nr 6A, poz. I-4747.

Wyrok TSUE z dnia 10 września 2009 r., C-573/07, *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossia*, Zb.Orz. 2009, s. I-08127.

Wyrok TSUE z dnia 15 października 2009 r., C-196/08, *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym*, ZOTSiS 2009, nr 10B, poz. I-9913.

Wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili scrl przeciwko Comune di Milano*, ZOTSiS 2009, nr 12B, poz. I-12169.

Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2012 r., C-368/10, *Komisja Europejska przeciwko Królestwo Niderlandów*, ZOTSiS 2012, nr 5, poz. I-284.

Wyrok TSUE z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.*, ZOTSiS 2012, nr 11, poz. I-758.

Wyrok TSUE z dnia 19 grudnia 2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, ZOTSiS 2012, nr 12, poz. I-817.

Wyrok TSUE z dnia 13 czerwca 2013 r., C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ZOTSiS 2013, nr 6, poz. I-385.

Wyrok TSUE z dnia 8 maja 2014 r., C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informationssystem GmbH* przeciwko *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ZOTSiS 2014, nr 5, poz. I-303.

Wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2014 r., C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)* przeciwko *Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ZOTSiS 2014, nr 6, poz. I-2004.

Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2014 r., C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in.* przeciwko *San Lorenzo Soc. coop. Sociale* oraz *Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ZOTSiS 2014, nr 12, poz. I-2440.

Wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14, *Partner Apelski Dariusz* przeciwko *Zarząd Oczyszczania Miasta*, ZOTSiS 2016, nr 4, poz. I-214.

Wyrok TSUE z dnia 24 maja 2016 r., C-396/14, *MT Højgaard A/S i Züblin A/S* przeciwko *Banedanmark*, ZOTSiS 2016, nr 5, poz. I-347.

Wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r., C-27/15, *Pizzo* przeciwko *CRGT Srl*, ZOTSiS 2016, nr 6, poz. I-404.

Wyrok TSUE z dnia 8 grudnia 2016 r., C-553/15, *Undis Servizi Srl* przeciwko *Comune di Sulmona*, ZOTSiS 2016, nr 12, poz. I-935.

Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r., C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord* przeciwko *Region Hannover*, ZOTSiS 2016, nr 12, poz. I-985.

Wyrok TSUE z dnia 18 października 2018 r., C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* przeciwko *Azienda ULSS n. 3 i in.*, ZOTSiSPI 2018, nr 10, poz. I-843.

Wyrok TSUE z dnia 19 grudnia 2018 r., C-375/17, *Stanley International Betting Ltd i Stanleybet Malta Ltd* przeciwko *Ministero dell'Economia e delle Finanze i Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, ZOTSiS 2018, nr 12, poz. I-1026.

Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r., C-285/18, *Kauno Miesto Savivaldybe i Kauno Miesto Savivaldybes Administracija* przeciwko *UAB „Irgita” i UAB „Kauno Svara”*, LEX nr 2723796.

Wyrok TSUE z dnia 6 lutego 2020 r., w sprawach połączonych C-89/19 do C-91/19, *Rieco SpA* przeciwko *Comune di Lanciano i in.*, LEX nr 2782634.

Wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2020 r., C-429/19, *Remondis GmbH* przeciwko *Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel*, LEX nr 3008604.

Wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 2020 r., C-328/19, Postępowanie zainicjowane przez *Porin kaupunki*, LEX nr 3017824.

Wyrok TSUE z dnia 12 maja 2022 r., C-719/20, *Comune de Lerici* przeciwko *Provincia di la Spezia*, LEX nr 3341354.

Wyrok TSUE z dnia 1 sierpnia 2022 r., C-332/20, *Roma Multiservizi spa i Rekeep spa* przeciwko *Roma Capitale i Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, LEX nr 3408767.

Postanowienie TSUE z 13 lipca 2017 r., C-35/17, *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o.* przeciwko *Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad*, Oddział w Poznaniu, LEX nr 2326531.

Krajowe

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Wyrok TK z dnia 26 marca 2007 r., K 29/06, OTK Seria A 2007 nr 3, poz. 30, Legalis nr 81065.

Wyrok TK z dnia 28 listopada 2013 r., K 17/12, OTK-a 2013, Nr 8, poz. 125.

Postanowienie TK z dnia 26 lutego 2014 r., K 52/12, OTK-a 2014, Nr 2, poz. 25.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657.

Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.

Wyrok SN z dnia 14 maja 2012 r., II PK 237/11, Legalis nr 526769.

Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego

Wyrok NSA z dnia 8 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05 (w:) *Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów*, red. W. Dzierżanowski, t. 2, Warszawa 2009.

Wyrok NSA z dnia 9 października 2009 r., I OSK 322/09, Legalis nr 213139.

Wyrok NSA z dnia 26 listopada 2013 r., II OSK 2283/13, Legalis nr 830488.

Wyrok NSA z dnia 12 stycznia 2017 r., II GSK 1459/15, Legalis nr 1558797.

Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2017 r., II GSK 2472/15, Legalis nr 1558796.

Wyrok NSA z dnia 22 lutego 2017 r., II GSK 1732/15, Legalis nr 1578982.

Orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych

Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2005 r., II SA/WR 169/05, Legalis nr 71004.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2005 r., III SA/Wa 2445/05, LEX nr 191962.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 6 października 2011 r., II SA/Bd 966/11, Legalis nr 446289.

Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 6 października 2011 r., II SA/Go 542/11, Legalis nr 474959.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 października 2012 r., II SA/Wa 1483/12, Legalis nr 554594.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 4 września 2013 r., II SA/Gd 321/13, Legalis nr 766511.

Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 22 sierpnia 2013 r., II SA/Sz 274/13, Legalis nr 789853.

Orzecznictwo sądów powszechnych

Wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., II Ca 587/05, LEX nr 570334.

Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05, niepubl.

Wyrok SO w Warszawie z 12 maja 2006 r., II Ca 93/05.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2021 r., XXIII Zs 14/21, LEX nr 3189647.

Wyrok SO w Warszawie z 21 października 2022 r., XXIII Zs 98/22, LEX nr 3445898.

Orzecznictwo innych organów

Uchwała KIO z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/KD 8/09, Legalis nr 749250.

Uchwała KIO z dnia 12 sierpnia 2011 r., KIO/KU 63/11, Legalis nr 758914.

Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2012 r., KIO/KD 14/12, LEX nr 1217605.

Uchwała KIO z dnia 27 września 2012 r., KIO/KD 80/12, LEX nr 1230124.

Uchwała KIO z dnia 4 października 2012 r., KIO/KD 81/12, Legalis nr 750257.

Uchwała KIO z dnia 24 marca 2014 r., KIO/KD 20/14, Legalis nr 993087.

Uchwała KIO z dnia 13 maja 2016 r., KIO/KD 30/16, LEX nr 2110658.

Uchwała KIO z dnia 19 maja 2016 r., KIO/KD 34/16, Legalis nr 1560202.

Uchwała KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r., KIO/KD 36/19, Legalis nr 2278189.

Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2021 r., KIO/KU 15/21, Legalis nr 2632124.

Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2008 r., KIO/UZP 27/08, LEX nr 393447.
Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2008 r., KIO/UZP 853/08, Legalis nr 114426.
Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2008 r., KIO/UZP 680/08, Legalis nr 310142.
Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r., KIO/UZP 1240/08, Legalis, LEX nr 479213.
Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r., KIO/UZP 91/09, LEX nr 487646.
Wyrok KIO z dnia 7 maja 2009 r., KIO/UZP 533/09, www.uzp.gov.pl.
Wyrok KIO z dnia 7 maja 2009 r., KIO/UZP 527/09, www.uzp.gov.pl.
Wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r., KIO/UZP 619/09, LEX nr 508622.
Wyrok KIO z dnia 28 maja 2009 r., KIO/UZP 641/09, Legalis nr 323295.
Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r., KIO/UZP 857/09, Legalis nr 162676.
Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 972/09, LEX nr 512938.
Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1602/09 LEX nr 551512.
Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r., KIO/UZP 1848/09, Legalis nr 465021.
Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 466/10, nr 260237.
Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO 533/10, [online:] www.uzp.gov.pl., [dostęp: 25.5.2021 r.].
Wyrok KIO z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10, Legalis nr 248475.
Wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r., KIO 868/10 LEX nr 590607.
Wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r., KIO 2016/10, Legalis nr 327784.
Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., KIO/UZP 2824/10, LEX 707662.
Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11, Legalis nr 367016.
Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., KIO 2787/11, Legalis nr 804125.
Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r., KIO 1287/12, Legalis nr 2851182.
Wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO/UZP 1934/12, www.uzp.gov.pl.
Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13, Legalis nr 734398.
Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 871/13, Legalis nr 735806.
Wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., KIO 964/13, Legalis nr 745981.
Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1567/13, Legalis nr 741478.
Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r., KIO 1560/13, Legalis nr 741593.
Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 120/14, Legalis nr 804187.
Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r., KIO 2691/14, Legalis nr 1213830.
Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14, Legalis nr 1231659.
Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r., KIO 638/15, Legalis nr 1259749.

Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r., KIO 2553/15, Legalis nr 1405379.
Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2015 r., KIO 2564/15, Legalis nr 1406559.
Wyrok KIO z dnia 22 marca 2016 r., KIO 308/16, Legalis nr 1469276.
Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r., KIO 444/16, LEX nr 2019439.
Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 786/16, Legalis nr 1482323.
Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r., KIO 2180/16, Legalis nr 1558713.
Wyrok KIO z 7 lutego 2017 r., KIO 96/17, Legalis nr 1587388.
Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2017 r., KIO 249/17, Legalis nr 1580840.
Wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r., KIO 328/17, Legalis nr 1580875.
Wyrok KIO z dnia 14 marca 2017 r., KIO 348/17, Legalis nr 1581617.
Wyrok KIO z dnia 29 marca 2017 r., KIO 470/17, Legalis nr 1581437.
Wyrok KIO z dnia 29 marca 2017 r., KIO 543/17, Legalis nr 1591974.
Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17, Legalis nr 1604472.
Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r., KIO 2567/17, [online:]
<https://www.saos.org.pl/judgments/353964>, [dostęp: 21.2.2022 r.].
Wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., KIO 485/18, LEX nr 2508429.
Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2018 r., KIO 2319/18, Legalis nr 1881609.
Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18, Legalis nr 1882862.
Wyrok KIO z dnia 11 marca 2019 r., KIO 305/19, LEX nr 2677565.
Wyrok KIO z 25 marca 2019, KIO 415/19, Legalis nr 2212427.
Wyrok KIO z dnia 3 października 2019 r., KIO 1828/19, Legalis nr 2256738.
Wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19, Legalis nr 2256750.
Wyrok KIO z dnia 31 października 2019 r., KIO 1833/19, Legalis nr 2256741.
Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 r., KIO 2401/19, Legalis nr 2280695.
Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20, Legalis nr 2522041.
Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2021 r., KIO 8/21, Legalis nr 2532063.
Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., KIO 731/21, Legalis nr 2594408.
Wyrok KIO z dnia 16 maja 2022 r. w sprawach połączonych, 561/22, 563/22, 573/22,
574/22, 575/22, 577/22, 579/22, 581/22, 587/22, 589/22, Legalis nr 2700567.
Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2022 r., KIO 1929/22, Legalis nr 2715642.
Postanowienie KIO z dnia 17 marca 2008 r., KIO/UZP 193/08, Legalis nr 101741.
Wyrok ZA z dnia 4 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0-3026/06, Legalis nr 80369.
Wyrok ZA UZP z dnia 7 marca 2007 r., UZP/ZO/0-207/07, Legalis nr 82679.

Inne źródła

Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczące-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/dopuszczalnosc-zakupu-uslug,-dostaw-lub-robot-budowlanych-przez-spolki-zalezne-od-zamawiajacych-sektorowych-u-podmiotow-trzecich-w-celu-realizacji-zadan-zleconych-przez-zamawiajacych-sektorowych-na-podstawie-art.-136-ust.-1-ustawy-pzp> [dostęp: 12.12.2022 r.].

Informacja o wynikach kontroli Realizacja Zadań Publicznych Spółki Tworzone Przez Jednostki Samorządu Terytorialnego, NIK, Nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP, [online:] <https://www.nik.gov.pl/plik/id,10139,vp,12457.pdf> [dostęp: 23.4.2021 r.].

Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/informacje-o-rynku-zamowien-publicznych-na-podstawie-ogloszen> [dostęp: 30.4.2023 r.].

Komunikat Komisji „Europa 2020”. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, [online:] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PL:PDF> [dostęp: 30.3.2020 r.].

Komunikat Wyjaśniający Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP), Bruksela, 5.2.2008 r. COM(2007) 6661, [online:] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0412%2802%29> [dostęp: 21.2.2021 r.].

Koncepcja nowego prawa zamówień publicznych, czerwiec 2018, [online:] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf [dostęp: 23.9.2020 r.].

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. Składanie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ZamPublU, przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/skladanie-oswiadczen-o-braku-lub-istnieniu-okolicznosci,-o-ktorych-mowa-w-art.-17-ust.-1-ustawy-pzp,-przez-osoby-wykonujace-czynnosci-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego> [dostęp: 20.3.2020 r.].

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 10: Scope, Brussels, 27.4.2012, 2011/0438 (COD), document: Nr 9315/12, s. 33 34, [online:] <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71292/20130913ATT71292EN.pdf> [dostęp: 21.3.2022 r.].

Przedmiotowa regulacja określana jest przez UZP jako tzw. mały in-house, zob. opinia UZP pt. Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2> [dostęp: 20.12.2021 r.].

Słownik Języka Polskiego, [online:] <http://sjp.pwn.pl/sjp/dominacja;2555328> [dostęp: 23.4.2022 r.].

Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa 2021 r., [online:] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf [dostęp: 21.2.2022 r.].

Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r. – zob. [online] <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2021-r>, [dostęp 20.4.2023 r.]

Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ZamPublU), [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie->

archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/udzielanie-zamowien-instytucji-gospodarki-budжетowej-przez-organ-wladzy-publicznej-wykonujacy-funkcje-organu-zalozycielskiego-tej-instytucji-art.-4-pkt-13-ustawy-pzp [dostęp: 20.4.2022 r.].

Udzielanie zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/udzielanie-zamowien-publicznych-spoldzielniom-socjalnym-przez-tworzace-je-jednostki-samorzadu-terytorialnego> [dostęp: 20.4.2022 r.].

Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, [online:] <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/wykonywanie-zadan-wlasnych-przez-jednostki-samorzadu-terytorialnego-a-obowiazek-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.4.2022 r.].

Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, (KOM 2011 wersja 15 ostateczna), Bruksela 2011, [online:] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pl:PDF> [dostęp: 21.1.2021 r.].

Wykaz wykresów, tabel i schematów

Wykres 1. Zamówienia udzielane w trybie z wolnej ręki w latach 2021-2023

Wykres 2. Przedmiot zamówień *in-house*

Tabela 1. Zamówienia, w których zastosowano odpowiednią przesłankę *in-house*

Tabela 2. Propozycja zmian legislacyjnych w ZamPublU

Schemat 1. Klasyczny model zamówienia *in-house*

Schemat 2. Model 1 odwróconego zamówienia *in-house*

Schemat 3. Model 2 odwróconego zamówienia *in-house*

Schemat 4. Model horyzontalnego zamówienia *in-house*

Schemat 5. Model wspólnego zamówienia *in-house*

Schemat 6. Model współpracy publiczno-publicznej