

Zamówienia in-house po 18 kwietnia 2016 r.

Unijny prawodawca uznał, że procedury przewidziane w dyrektywach nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych tzw. podmiotom wewnętrznym, czyli podmiotom, nad którymi zamawiający ma pełną kontrolę. Nowe dyrektywy zamówieniowe skodyfikowały w tym zakresie wcześniejsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Tym samym, po latach dyskusji i sporów, ze względu na konieczność transpozycji dyrektyw, polski prawodawca stanął przed koniecznością kompleksowego uregulowania problematyki zamówień in-house w prawie krajowym.

W chwili obecnej projekt nowelizacji Prawa zamówień publicznych przewiduje, że zamawiający będzie mógł udzielać zamówienia swojemu podmiotowi wewnętrznemu w trybie z wolnej ręki.

Pojęcie podmiotu wewnętrznego (in-house)

Koncepcja podmiotu wewnętrznego jest znana prawu Unii Europejskiej od wielu lat. Została ona wypracowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ("**Trybunał**") jeszcze w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, w związku z próbami określenia przesłanek uzasadniających rezygnację ze stosowania przepisów zamówieniowych do zamówień udzielanych podmiotom zależnym przed podmioty dominujące (tzw. zamówienia in-house).

Punkt wyjścia dla bezpośredniego (a więc bez stosowania konkurencyjnej procedury) udzielenia zamówień publicznych między podmiotem dominującym a zależnym stanowił przez lata wyrok Trybunału w sprawie C-107/98, Teckal. Zgodnie z tym orzeczeniem, **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.

W późniejszym orzecznictwie Trybunał doprecyzował te warunki, wskazując, że np. nie jest możliwe bezpośrednie udzielenie zamówienia spółce, w której udział, nawet mniejszościowy, posiada podmiot prywatny (por. przykładowo wyroki Trybunału w sprawach C-26/03, Stadt Halle oraz C-410/04, ANAV).

Trybunał orzekał w wielu sprawach dotyczących udzielania zamówień in-house w takich państwach Unii Europejskiej

jak Austria, Finlandia, Hiszpania, Niemcy, Portugalia i Włochy. Rozstrzygane przez Trybunał sprawy dotyczące zamówień na rzecz podmiotów wewnętrznych w przeważającej mierze dotyczyły spółek utworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego.

Zamówienia in-house w nowych dyrektywach zamówieniowych

Uchwalając nowe dyrektywy unijny prawodawca uznał, że istnieje konieczność skodyfikowania orzecznictwa Trybunału.

Dyrektywy pozostają wierne założeniom przyjmowanym dotychczas w orzecznictwie Trybunału i wprowadzają możliwość udzielania zamówień in-house tylko przy spełnieniu następujących warunków:

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

Jednocześnie sprecyzowano, że zamawiający sprawuje nad wykonawcą będącym odrębną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, jeżeli wywiera decydujący wpływ **zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje wykonawcy**. Kontrolę tę może przy tym sprawować **pośrednio**.

Zamówienia in-house w projekcie zmiany prawa zamówień publicznych

Zgodnie z projektem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ("Pzp.") z 19 stycznia 2016 r. ("**Projekt**"), zamówienia in-house podlegać miały wyłączeniu stosowania Pzp., co oznaczałoby, że zamawiający mógłby bez żadnych przeszkód udzielić takiego zamówienia kontrolowanej przez siebie spółce, o ile tylko 90% działalności tej spółki dotyczyłoby zadań powierzonych jej przez zamawiającego (w świetle dyrektywy próg ten wynosi 80%, tak więc polski ustawodawca postanowił zastrzyć

nieco kryterium przewidziane w dyrektywach – co jednakże w polskich realiach nie zmniejszałoby istotnie kręgu podmiotów spełniających kryteria wyłączenia). Ponadto polski ustawodawca dopuścił wprost udział w podmiocie zależnym zamawiającego partnera prywatnego, jeżeli został on wyłoniony w trybie przepisów o zamówieniach publicznych lub przepisów na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tym samym podmiotem wewnętrznym może być podmiot o mieszanej strukturze własnościowej kontrolowany przez zamawiającego).

W toku konsultacji publicznych Projektu zgłoszono szereg uwag dotyczących zamówień in-house. Argumentowano zarówno przeciwko, jak i za wprowadzeniem ich kompleksowej regulacji do polskiego porządku prawnego, co ciekawe, posługując się czasami tymi samymi argumentami (np. że tańsza jest realizacja usług na rynku konkurencyjnym, a więc bez możliwości stosowania wyłączenia in-house albo, że tańsza jest realizacja zamówień w ramach zleceń in-house).

Przeciwnicy zamówień in-house podnosili, między innymi, że przepisy dyrektyw ich dotyczące mają charakter fakultatywny, a wprowadzenie zamówień in-house w Polsce doprowadzi do likwidacji prywatnego rynku usług użyteczności publicznej i zablokuje rozwój polskich firm prywatnych. Zwolennicy zamówień in-house wskazywali natomiast, między innymi, że uniknięcie procedur przetargowych pozwala na bardziej racjonalne i efektywne gospodarowanie mieniem komunalnym.

W związku z licznymi uwagami, w zmienionym Projekcie (wersja z 24 lutego 2016 r.) prawodawca zdecydował się zaproponować nowe rozwiązanie dotyczące zamówień in-house. Przewiduje ono wprowadzenie zamówień in-house do polskiego porządku prawnego, ale zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień z wolnej ręki. Tym samym jedną z przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określoną w Pzp. będzie wykazanie przez zamawiającego, że wykonawca jest jego podmiotem wewnętrznym. W ocenie prawodawcy ma to, z jednej strony, zapewnić możliwość bezprzetargowego udzielania zamówień, a z drugiej strony, pozwolić na szerszą kontrolę decyzji zamawiającego o bezpośrednim udzieleniu zamówień podmiotowi zależnemu.

Ustawodawca wierzy, że możliwość sprawowania kontroli nad zamówieniami in-house ze strony innych uczestników rynku konkurujących z podmiotem wewnętrznym wyeliminuje ryzyko nadużyć w posługiwaniu się tym trybem i zapewni przejrzystość działań zamawiających w tym

zakresie. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze, że kontrola będzie mogła mieć charakter jedynie formalny, a nie ekonomiczny. Konkurenci nie będą mogli powoływać się na argument, iż byliby w stanie wykonać zamówienie przy niższych kosztach lub wyższym standardzie jakościowym. Będzie im przysługiwała jedynie możliwość wykazania, że wykonawca nie spełnia kryteriów uznania go za podmiot wewnętrzny, ponieważ prowadzi swoją działalność gospodarczą w zakresie istotnie wykraczającym poza zadania zlecone mu przez zamawiającego. Ograniczy to ryzyko subsydiowania przez wykonawcę wpływami z zamówienia in-house swojej innej działalności gospodarczej.

Zmianę "przenoszącą" zamówienia in-house do trybu zamówień z wolnej ręki należy ocenić jako wyraz swobodnego kompromisu między różnymi uczestnikami rynku. Czas pokaże, czy model zaproponowany przez ustawodawcę sprawdzi się. Można się rzecz jasna obawiać, że w pierwszym okresie po wejściu w życie przepisów o zamówieniach in-house w pewnej liczbie przypadków

decyzje zamawiających będą kwestionowane przez konkurentów podmiotów wewnętrznych na zasadzie zwykłych szykan.

Co dalej?

Nie można obecnie przesądzić, czy ostatecznie ustawodawca wprowadzi zamówienia in-house w formie wyłączenia stosowania przepisów ustawy, czy na podstawie przepisów o zamówieniu z wolnej ręki.

Niemal całkowicie pewne wydaje się jednak, że instytucja zamówień in-house zostanie wreszcie uregulowana w polskim prawie zamówień. Oznacza to na pewno istotne zmiany na rynku usług komunalnych. Po 18 kwietnia 2016 r. jednostki samorządu terytorialnego zyskają bowiem mocny oręż w postaci możliwości bezpośredniego udzielania zamówień publicznych kontrolowanym przez siebie podmiotom (spółkom komunalnym).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp., w brzmieniu proponowanym Projektem, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: 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) powyżej oraz c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa powyżej nie stosuje się do osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego w trybie przepisów o zamówieniach publicznych lub przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Kontakt



Grzegorz Namiotkiewicz
Partner

+48 22 627 11 77

E: grzegorz.namiotkiewicz@cliffordchance.com



Marcin Bejm
Counsel

+48 22 627 11 77

E: marcin.bejm@cliffordchance.com



dr Piotr Bogdanowicz
Senior Associate

+48 22 627 11 77

E: piotr.bogdanowicz@cliffordchance.com

Niniejsza publikacja nie omawia wszystkich aspektów przedstawianych zagadnień i nie stanowi porady prawnej ani porady innego rodzaju.

www.cliffordchance.com

Norway House, ul. Lwowska 19, 00-660 Warsaw, Poland
© Clifford Chance 2016

Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy
spółka komandytowa

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.