

# Zamówienia publiczne – kolejna rewolucja, ale czy dobre rozwiązania

## Nie tylko cena, lecz także społeczeństwo i ekologia

Zgodnie z nową regulacją do oceny ofert stosuje się także kryteria pozaekonomiczne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Nie wszystko zależy od pieniędzy

C14

## Zmiany umowy

Kierując się wytycznymi unijnymi, ustawodawca wprowadził nową regulację dotyczącą dopuszczalnego zakresu modyfikacji umowy. Obejmuje ona dość szeroki katalog przesłanek

C15

## In house to nie tylko prawo zamówień

Regulacje w ustawie dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi. Nie tworzą zaś zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzenia określonych zadań spółkom publicznym

C18



**Wojciech Hartung**

ekspert, praktyka infrastruktury i energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka



**Michał Bağlaj**

adwokat, praktyka infrastruktury i energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka

Dyskusję nad najnowszą, obszerną nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zdominowała kwestia in house. Dla wielu samorządów wprowadzenie tej regulacji jest bardzo istotne. Pozwala bowiem bezprzetargowo, ale uwaga – zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych – zlecać nie tylko odbieranie śmieci komunalnych od mieszkańców, lecz także wiele innych zadań. Tymczasem, jak w dzisiejszym tekście przypomina Wojciech Hartung, regulacje w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi, nie tworzą zaś zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzenia określonych zadań w formie in house. Obawiam się, że praktyka w tym zakresie może przynieść samorządom sporo kłopotów. Potrzebne mogą się więc okazać noweliza-

cje innych ustaw albo i przepisów o zamówieniach lub przynajmniej jednoznaczne wyjaśnienia. Aby się nie okazało, że ci, który skorzystali z udogodnień, będą za to karani.

Jednak nowelizacja zawiera wiele innych, wręcz przełomowych rozwiązań, na ogół wynikających z wdrożenia unijnych dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Podstawową dobrą wiadomością dla samorządów jest ta, że dzięki wejściu nowych przepisów będzie można w znacznie szerszym niż dotychczas zakresie ruszyć z przetargami na działania, w ramach których są wykorzystywane unijne środki. Ponieważ dyrektywy dotychczas nie były wprowadzone krajowymi przepisami, postępowania w tym zakresie prawie zamarły.

Z kolei niektórych urzędników może zmartwić to, że nie da się już rozpiszć postępowania, biorąc pod uwagę tylko najniższą cenę. Dotychczas było szybko, łatwo i tanio. Tylko że w praktyce to, co powstało, okazywało się nietrwałe, wymagało wymiany, rozpisywania dodatkowych przetargów. Ponadto trzeba było reagować na skargi podwykonawców oszukiwanych przez przedsiębiorców podpisujących umowy na niekorzystnych lub wręcz niemożliwych do przyjęcia warunkach.

Zmiany oznaczają, że będzie drożej. Bo nie da się lepszej jakości i nowoczesnych rozwiązań uzyskać za zaniżoną cenę. Czyli dzisiaj trzeba wydać więcej, ale można liczyć na oszczędności za kilka lub kilkanaście lat. To zapewne może oznaczać weryfikację planów in-

westycyjnych – przecież nawet do unijnych dotacji trzeba dołożyć pokazywny wkład własny. Chyba że urzędnicy nadal tylko będą udawać, że stosują pozacenowe kryteria.

Kosztów nie obniży też stosowanie klauzul społecznych – zawieranie umów o pracę zamiast upokarzających pracowników śmieciówek czy zatrudnianie niepełnosprawnych i innych wykluczonych osób. W przyszłości jednak takie działania mogą procentować mniejszymi wydatkami na bezrobotnych czy opiekę społeczną.

Teraz urzędnicy przygotowujący przetargi pilnie się szkolą, by podołać kolejnej zamówieniowej rewolucji. Oby udało się te nauki zamienić na dobrą praktykę. Bo mogłoby to oznaczać w niedalekiej przyszłości miliardowe oszczędności. Publicznych, czyli naszych pieniędzy.

Większość przepisów nowelizacji, podpisanej już przez prezydenta, ma wejść w życie po dwóch tygodniach od publikacji w Dzienniku Ustaw.

©

Zofia Jóźwiak

## Modyfikacje w trakcie

Odsetek postępowań, w których w 2015 r. przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty:

- roboty budowlane – 85,48 proc.,
- dostawy – 66,84 proc.,
- usługi – 72,42 proc.

Źródło: UZP

©

## In house to nie tylko prawo zamówień

**Regulacje w ustawie dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi. Nie tworzą zaś zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzania określonych zadań spółkom publicznym**

Jednym z budzących największe emocje zagadnień zawartych w nowelizacji prawa zamówień publicznych są zamówienia in house. Chodzi o możliwość bezprzetargowego powierzenia zamówień spółkom publicznym, zarówno państwowym, jak i samorządowym.

Nowe regulacje zdominowały dyskusje w trakcie konsultacji publicznych oraz później w parlamencie. Argumentem za wprowadzeniem instytucji zamówień in house do p.z.p. miało być jakoby uporządkowanie stanu prawnego w Polsce.

Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że wprowadzanie tych porządków wyłącznie przez p.z.p. może dotyczyć jedynie wybranego fragmentu szerszego, ustrojowego wręcz zagadnienia, jakim są zamówienia in house. Regulacje zamówieniowe dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi, nie tworzą natomiast zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzania określonych zadań w formie in house. Zasadniczą kwestią w związku z tym jest zdefiniowanie, jaki będzie praktyczny skutek wprowadzonych w nowelizacji przepisów.

### Przesłanki wyboru wykonawcy

Przed wszystkim należy wskazać, że zamówienia in house nie zostały wyłączone spod reżimu p.z.p., a ich udzielenie powinno się odbywać w trybie zamówienia z wolnej ręki. Dzięki takiemu rozwiązaniu pozostają w ramach systemu, co oznacza, że stosuje się do nich wszystkie pozostałe przepisy. Z jednej strony będą to zatem określone obowiązki nałożone na zamawiającego i wykonawcę (w tym przypadku spółkę in house), jak np. obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niepodleganie wykluczeniu, okres, na jaki może zostać zawarta umowa. Z drugiej strony rozwiązanie to stwarza możliwość dla innych przedsiębiorców kwestionowania decyzji zamawiającego poprzez składanie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

Prawo zamówień publicznych przewiduje kilka przypadków udzielenia zamówienia z wolnej ręki z wykorzystaniem mechanizmu in house. Poza najczęściej spotykaną sytuacją, gdy zamawiający udziela zamówienia kontrolowanej przez siebie spółce lub spółce kontrolowanej wspólnie przez kilku zamawiających, może to dotyczyć również przypadku, gdy to taka spółka udziela zamówienia kontrolującym ją zamawiającym (zamówienia in house wertykalne).

Ponadto prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość udzielania zamówień pomiędzy spółkami kontrolowanymi przez tego samego lub tych samych zamawiających (tzw. zamówienia in house horyzontalne).

Ustawodawca uregulował również umowę dwóch zamawiających, której celem jest współpraca przy zapewnieniu usług publicznych. Współpraca taka również została objęta obowiązkiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W tym przypadku wydaje się jednak, że rozwiązanie to nie jest właściwe, ponieważ współpraca taka nie polega na relacji zamawiający-wykonawca. Inaczej mówiąc, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, a zatem ustawa w ogóle nie powinna mieć w takiej sytuacji zastosowania. Taka interpretacja zdaje się wynikać również z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

Istotnym rozwiązaniem jest obowiązek osobistego wykonania przez spółkę kluczowych części udzielanego jej zamówienia na roboty budowlane lub usługi użyteczności publicznej. W praktyce może to oznaczać znaczne ograniczenie możliwości podzlecenia elementów zamówienia i tym samym konieczność zapewnienia spółce przez jej właściciela wystarczających zdolności technicznych i organizacyjnych do samodzielnego wykonywania zamówienia. Trzeba również pamiętać, że ustawodawca przewidział dla organu sprawującego nadzór nad zamawiającym mechanizm weryfikacji spełnienia warunków udzielenia zamówienia in house. Uprawnienia te sięgają daleko i obejmują zakaz zawarcia umowy oraz możliwość wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy zawartej niezgodnie z przepisami.

### Wyłączenie w ogóle czy ograniczone do określonej kategorii

Trzeba pamiętać, że instytucja zamówień typu in house była obecna w polskim systemie prawnym, zarówno we fragmentarycznych regulacjach dotychczasowego art. 4 pkt 13 p.z.p., jak i w przepisach sektorowych (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym; Dz.U. z 2010 r. poz. 1440 ze zm.), a także była wywodzona z ustaw samorządowych, m.in. z ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym

Ustawodawca przewidział dla organu sprawującego nadzór nad zamawiającym mechanizm weryfikacji spełnienia warunków udzielenia zamówienia in house. Uprawnienia te sięgają daleko i obejmują zakaz zawarcia umowy oraz możliwość wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy zawartej niezgodnie z przepisami.

(t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.) i z ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2011 r. nr 45, poz. 236 ze zm.). Najistotniejszą rolę w tym zakresie odgrywały regulacje samorządowe. Co równie istotne, dotychczasowe przepisy i praktyka nie przewidywały generalnego wyłączenia stosowania prawa zamówień publicznych dla wszystkich kategorii zamawiających.

Taki wniosek zdaje się też wypływać z prawa unijnego, które ma jakoby implementować nowelizacja z 22 czerwca 2016 r. Dla prawa unijnego kluczową kategorię w zakresie zamówień in house stanowią bowiem „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym”, do których w uproszczeniu można zaliczyć znaczną część zadań komunalnych, w szczególności usług użyteczności publicznej. To do tej kategorii usług, m.in. w kontekście zamówień in house, odnoszą się zapisy dyrektywy zamówieniowej. Wyraźnie podkreślono, że dyrektywy pozostają neutralne, gdy chodzi o regulacje krajowe dotyczące świadczenia, zlecania i finansowania „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”.

Inaczej mówiąc, to ustawodawca krajowy ma decydujące słowo dla określenia tego, czy i w jakim zakresie wyłączyć dane kategorie zamówień spod ogólnego konkurencyjnego reżimu powierzania ich świadczenia. Tak wyłączone zamówienia powinny przy tym mieścić się w kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Powstaje zatem pytanie, czy tak szeroki zakres zamówień in house, jaki został przewidziany w nowelizacji prawa zamówień publicznych (przypomnijmy, że chodzi o wszelkie zamówienia na usługi, jak też roboty budowlane i dostawy udzielane przez wszystkie kategorie zamawiających) jest rzeczywiście zgodny z prawem unijnym.

### Dotychczasowa praktyka

Skupiając się jednak nawet wyłącznie na zadaniach komunalnych, trzeba zauważyć, że dotychczas powierzenie przez gminę realizacji zadania publicznego spółce gminnej (spółce komunalnej) nie musiało następować w formie umowy, ale możliwe było również na podstawie uchwały właściwego organu danej jednostki samorządu terytorialnego (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 września 2014 r., sygn. akt II OSK 1314/14). Warto podkreślić, że odnosiło się to dotychczas wyłącznie do zadań samorządowych, a nie obejmowało relacji państwo–spółka państwowa czy też spółka komunalna–spółka komunalna.

Co istotne, ani przepisy ustaw samorządowych, ani orzecznictwo NSA nie przewidywały w tym zakresie przesłanek analogicznych do przewidzianych w prawie unijnym dla zamówień in house, które zostały odzwierciedlone w nowelizacji ustawy. Co więcej, przedsiębiorcy prywatni, którzy chcieli kwestionować takie powierzenie (np. jako niezgodne z prawem unijnym), byli pozbawieni możliwości prawnych występowania do sądów administracyjnych ze skargą na działania samorządu terytorialnego w tym zakresie (wyrok NSA z 24 września 2014 r., sygn. akt II OSK 1314/14). Już samo to powinno rodzić pytanie o dotychczasową dopuszczalność takiego rozwiązania.

Na podstawie ustawy o samorządzie gminnym i ustawy o gospodarce komunalnej gminy były zatem uprawnione do powierzania zadań publicznych własnym spółkom komunalnym w sposób bezprzetargowy. Wprowadzenie instytucji zamówień in house do prawa zamówień publicznych nie uporządkowało tej sytuacji, a wręcz przeciwnie – dodatkowo ją skomplikowało. W rzeczywistości gminy

uzyskują bowiem dodatkowo, alternatywny w stosunku do istniejącego, instrument do niestosowania procedur konkurencyjnych przy wyborze wykonawcy zadań publicznych.

Prawdziwe uporządkowanie sytuacji i dostosowanie jej do prawa unijnego wymagałoby zatem stosownych zmian również w ustawach samorządowych lub chociażby zasadniczej zmiany interpretacji prawa w tym zakresie.


Ponadto – cały czas pozostając przy prawie unijnym, które ma jakoby stanowić podstawę, ale również granice dla wdrażania zamówień in house w nowelizacji prawa zamówień publicznych – należy zadać pytanie, czy i w jakim zakresie konieczne jest zobowiązanie jednostek samorządu terytorialnego do dostosowania obecnych zasad funkcjonowania spółek komunalnych realizujących zadania publiczne powierzone im na dotychczasowych zasadach do wymogów wynikających z wprowadzanych zmian.

### Zamówienia a reguły konkurencji

Należy również wziąć pod uwagę, że prawo zamówień publicznych nie jest ustawą wyłączającą stosowanie innych przepisów. Przykładem regulacji istotnej w zakresie zamówień in house jest ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.). Jako jeden z zakazanych przejawów nadużywania pozycji dominującej przewiduje ona przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji przez jednostki samorządu terytorialnego występujące jako organizatorzy lub świadczeniodawcy usług użyteczności publicznej. To, że prawo zamówień publicznych pozwala na stosowanie zamówień in house, nie zwalnia gminy z obowiązku badania wpływu takiego zachowania właśnie na powstanie lub rozwój konkurencji na danym rynku (w tym przypadku rynku usług użyteczności publicznej). Takim tropem wydaje się podążać praktyka decyzyjna prezesa UOKiK potwierdzona orzecznictwem w przypadku dopuszczonego w ustawie udziału wykonawców startujących w formie konsorcjum (decyzja RLU nr 38/2012).

Ponadto w zakresie zamówień udzielanych w trybie niekonkurencyjnym prawo unijne wymaga ścisłego reżimu postępowania w zakresie finansowania świadczenia tak powierzanych zadań. Stanowią o tym przepisy dotyczące pomocy publicznej, wskazując na obowiązek precyzyjnego wyliczenia i rozliczenia kosztów świadczenia tych usług, a także na obowiązek zwrotu wynagrodzenia w przypadku nieprzebrzegania tak opisanych wymogów.

Odpowiedzialność za dopilnowanie, by każde wynagrodzenie (określane jako rekompensata) z tytułu usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym było zgodne z zasadami pomocy państwa, spoczywa na organach samorządowych, które powierzają spółkom komunalnym wykonywanie usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym (usług użyteczności publicznej).

Przedstawione zagadnienia z całą pewnością nie wyczerpują problematyki zamówień in house, wskazują jedynie na jej wybrane aspekty. Należy mieć nadzieję, że po wejściu w życie 1 stycznia 2017 r. nowych regulacji zawartych w prawie zamówień publicznych kwestie te doczekają się wyjaśnienia, jeśli nie w przyjmowanych do tego czasu przepisach (byłoby to ze wszech miar wskazane), to chociaż w opracowaniach i wytycznych stosownych organów. Bez tego trudno będzie zasadnie twierdzić, że rzeczywiście obszar ten został uporządkowany. 

**To, że prawo zamówień publicznych pozwala na stosowanie zamówień in house, nie zwalnia gminy z obowiązku badania wpływu takiego zachowania na powstanie lub rozwój konkurencji na danym rynku (w tym przypadku rynku usług użyteczności publicznej).**

**WAŻNE** Wprowadzenie instytucji zamówień in house do prawa zamówień publicznych nie uporządkowało kwestii powierzania zadań własnym spółkom, a znacząco ją skomplikowało. Gminy uzyskują bowiem dodatkowo, alternatywny do istniejącego instrument do niestosowania procedur konkurencyjnych przy wyborze wykonawcy zadań publicznych.