

Zamówienia in-house, czyli co i dlaczego wymaga zmiany

Przedstawiony pod koniec stycznia br. projekt nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych w zasadzie powiela dotychczasowe rozwiązania dotyczące zamówień in-house. Ponad dwa lata doświadczeń w tym zakresie pozwoliły na identyfikację praktyk wysoce niepożądanych z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji i efektywności wydatkowania środków publicznych, które – w naszej ocenie – stanowią o nadużywaniu pozycji dominującej przez podmioty publiczne i które wymagają interwencji ustawodawcy.

Wydawało się, że kwestia ta została właściwie zidentyfikowana, ponieważ już w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych przedstawionej przez rząd w czerwcu 2018 r., która miała stanowić podstawę dla prac nad nową ustawą, wskazano na konieczność doprecyzowania obowiązujących przepisów w zakresie zamówień in-house. Tymczasem, wbrew wcześniejszym zapowiedziom, projekt nowego Prawa zamówień publicznych (dalej: nowe Pzp) zawiera jedynie kosmetyczną i oczywistą zmianę dotyczącą obowiązku realizacji zamówienia przez podmiot in-house samodzielnie, tj. bez możliwości angażowania podwykonawców. W naszej ocenie konieczne jest jednak wprowadzenie dalej idących regulacji, których celem będzie wyeliminowanie lub ograniczenie identyfikowanych na rynku nadużyć w stosowaniu tego mechanizmu.

WAŻNE

Zamówienia in-house – w uproszczeniu chodzi o możliwość bezprzetargowego powierzenia zamówień na rzecz podmiotów (spółek) kontrolowanych przez zamawiającego. Rozwiązania te wprowadzono do przepisów Prawa zamówień publicznych w 2016 roku, a obowiązują od 1 stycznia 2017 r.

Analizy przedrealizacyjne oraz konsultacje

Przed wszystkim dostrzegając słuszną ideę przygotowywania przez zamawiających tzw. analiz przedrealizacyjnych (art. 92 projektu nowego Pzp) należy doprecyzować, iż powinny one obejmować również kwestię zamówienia in-house. Jest to tym bardziej uzasadnione, że zamówienia in-house jako mechanizm niekonkurencyjny powinny być stosowane jedynie wyjątkowo w jasno i ściśle określonych przypadkach, tj. wówczas gdy pozwalają na efektywniejsze wydatkowanie środków publicznych w stosunku do modelu konkurencyjnego, stanowiącego przecież podstawę rozwiązań przyjętych w przepisach dotyczących zamówień publicznych.

Ponadto zamówienie in-house powinno być zawsze poprzedzone konsultacjami rynkowymi z potencjalnymi wykonawcami. Pozwalałoby to zamawiającemu na uzupełnienie własnych analiz i rzeczywistą ocenę tego, czy na rynku istnieją podmioty zainteresowane realizacją danego zamówienia oraz jakie są dostępne rozwiązania techniczne, jakościowe, prawne i finansowe realizacji planowanego przedsięwzięcia. To stanowiłoby materiał pozwalający zamawiającemu na porównanie modelu rynkowego z zamówieniem in-house. Jedynie takie podejście pozwala rzeczywiście realizować podstawowe cele, którym sprzyjać ma nowe Pzp, tj. zwiększeniu konkurencyjności prowadzącej do wprowadzania innowacyjności, podnoszenia jakości realizowanych zamówień pu-

■ ■ ■ | DZP
więcej niż prawo



**KATARZYNA
KUŹMA**

partner w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki
w kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka



**DR WOJCIECH
HARTUNG**

counsel w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki
w kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka

blicznych i tym samym poprawy efektywności wydatkowania środków publicznych.

Kontrola bezpośrednia vs kontrola pośrednia

W celu wyeliminowania obserwowanych obecnie praktyk, których celem jest często sztuczne kreowanie sytuacji rzekomo spełniających przesłanki dla zamówienia in-house, proponujemy, aby zamówienia in-house mogły być udzielane jedynie w sytuacji, gdy zamawiający sprawuje nad podmiotem in-house bezpośrednią kontrolę.

Obserwowana praktyka pokazuje, że zamawiający lub podległe im spółki tworzą kolejne podmioty (tzw. spółki córki, spółki wnuczek), którym udziela się zamówienia in-house. Zamawiający uważają bowiem, że pozwala im na to obecne brzmienie przepisów mówiące o sprawowaniu kontroli bezpośrednio lub pośrednio. Taka praktyka ma na celu przede wszystkim umożliwienie spełnienia warunku uzyskania 90% przychodów od zamawiającego, co staje się możliwe dzięki przedstawianiu prognoz handlowych pokazujących przyszłe, planowane przychody, zamiast posługiwania się realnymi i rzetelnymi danymi historycznymi. Ze względu na szeroki zakres prowadzonej przez daną spółkę działalności (często komercyjnej) okazuje się bowiem, że dane historyczne nijak nie potwierdzają spełnienia tej przesłanki.

WAŻNE

Autorzy projektu nowego Pzp powinni rozważyć skorzystanie z rozwiązań zastosowanych np. w fińskiej ustawie o zamówieniach publicznych, zgodnie z którą ograniczenie możliwości uzyskania przychodów z działalności wykonywanej poza zamówieniem publicznym udzielonym w trybie in-house do 5%.

Ponieważ działalność spółki in-house ma się koncentrować i dotyczyć realizacji określonych zamówień udzielanych jej przez zamawiającego (zamawiających), jej pozostała działalność

powinna być ograniczona do minimum i pozostawać rzeczywiście marginalna. Proponuje się zatem, wzorem rozwiązania przewidzianego np. w fińskiej ustawie o zamówieniach publicznych, ograniczenie możliwości uzyskiwania przychodów z działalności wykonywanej poza zamówieniem publicznym udzielonym w trybie in-house do 5% oraz wprowadzenia progu takich przychodów do kwoty nieprzekraczającej 1 mln zł w skali roku.

Pozornej reorganizacji mówimy: nie

Kolejną kwestią związaną z prognozami handlowymi jest to, że mogą być one wykorzystywane m.in. w sytuacji reorganizacji działalności podmiotu in-house. Pojęcie reorganizacji działalności wymaga doprecyzowania i uściślenia, ponieważ, jak pokazuje praktyka, jest ono jednym z istotniejszych dla oceny spełnienia przesłanek dla zamówienia in-house. Proponujemy zatem wskazanie zasadniczych działań, które powinny się składać na proces, który można określić jako reorganizacja działalności. Istotnym jest jednoznaczne podkreślenie tego, że działania polegające wyłącznie na formalnym dostosowaniu dotychczasowej działalności do wymogów koniecznych dla spełnienia przesłanek dla zamówienia in-house nie powinny być uznawane za wystarczające.

Prognozy handlowe muszą być wiarygodne

W zakresie dotyczącym prognoz handlowych konieczne jest podkreślenie ich wiarygodności, co w dotychczasowych przepisach nie zostało odpowiednio wyeksponowane. W konsekwencji właściwe byłoby wprowadzenie obowiązku sporządzenia takiej analizy przez podmiot niezależnie zarówno od zamawiającego, jak i od podmiotu in-house, co powinno zapewnić jej obiektywizm.

Ponadto istotne jest, aby dokumenty stanowiące podstawę sporządzenia wiarygodnej prognozy handlowej były publikowane wraz z nią, tak aby wykonawcy, którzy chcieliby kwestionować decyzję zamawiającego o zamówieniu in-house, mieli do nich dostęp. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że podmioty in-house korzystają z daleko idącego uprzywilejowania w stosunku do innych wykonawców poddających się konkurencyjnej procedurze wyboru, co sprawia, że nałożenie na nie i na zamawiających tego rodzaju wymogów wydaje się nie tylko zasadne, ale również proporcjonalne.



Weryfikacja przestanki udzielenia in-house

Dotychczasowe przepisy nie regulują kwestii okresu, w którym przestanki uprawniające zamawiającego do udzielenia zamówienia in-house powinny zostać zachowane. Zasadne jest jednoznaczne wskazanie w ustawie, że przestanki te powinny być spełnione nie tylko w momencie udzielenia zamówienia, ale również przez cały czas jego realizacji. W tym celu zamawiający powinien publikować coroczne informacje, z których ma wynikać, że przestanki te zostały w danym roku spełnione.

WAŻNE

Obowiązujące warunki udzielenia zamówienia in-house

1. 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.
2. 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 pkt 1.
3. W kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

– art. 67 ust. 1 pkt 12–14 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych

Informacje te powinny podlegać weryfikacji w procesie odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, co należy również jednoznacznie dopuścić w przepisach nowej ustawy. W sytuacji, gdy przestanki te nie są spełnione, umowa zawarta w trybie in-house powinna wygasnąć,

analogicznie jak ma to miejsce w przypadku powołania się kapitału prywatnego w podmiocie wewnętrznym.

In-house wyklucza podwykonawstwo

Ważnym elementem zamówień in-house jest obowiązek osobistego wykonania danego zamówienia lub jego głównej części przez podmiot in-house. Chodzi o to, że nie może być dopuszczalna sytuacja, w której podmiot in-house jest w zasadzie jedynie pośrednikiem w rzeczywistej realizacji zamówienia. Stąd konieczne jest wprowadzenie jednoznacznych zapisów wskazujących, że podmiot in-house ma samodzielnie dysponować zasobami niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia. W tym celu niezbędne jest badanie przez zamawiającego już na etapie zamiaru udzielenia zamówienia proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków jego realizacji dotyczących potencjału kadrowego, technicznego, finansowego oraz doświadczenia.

Dla uniknięcia niepotrzebnych wątpliwości, właściwym byłoby także wprowadzenie jednoznacznego zapisu wskazującego, że podmiot in-house nie jest uprawniony do ubiegania się o zamówienie publiczne w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających.

Podsumowanie

Przedstawione powyżej propozycje nie wyczerpują oczywiście listy zagadnień związanych z problematyką zamówień in-house, które mogą nastroczać problemów w praktyce. Stanowią jednak wynik obserwacji i doświadczeń ostatnich dwóch lat obowiązywania przepisów Pzp w tym zakresie. W dalszym ciągu otwarta pozostaje choćby kwestia istnienia dwóch równoległych reżimów udzielania zamówień in-house, które istnieją w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego. Mowa tu o przepisach Pzp oraz przepisach samorządowych, tj. ustawie o samorządzie gminnym (odpowiednio powiatowym i wojewódzkim) oraz ustawie o gospodarce komunalnej. Ta kwestia również wymaga regulacji, choć zdajemy sobie sprawę, że nie nastąpi to w trakcie prac nad nowym Prawem zamówień publicznych.

Podstawa prawna

- art. 67 ust. 1 pkt 12–14 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986; ost. zm. Dz.U. z 2018 r. poz. 2215)