



Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.)

I. Wprowadzenie.

Instytucja in-house pierwotnie ukształtowała się na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. orzeczenia w sprawie Teckal¹ oraz Stadt Halle²), jej istotą było zaś uznanie, iż dyrektywy regulujące materię prawa zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do zamówień udzielanych przez instytucje zamawiające podmiotom, nad którymi sprawują one kontrolę zbliżoną do kontroli nad własnymi jednostkami, gdy podmiot ten wykonuje istotną część swej działalności na rzecz instytucji zamawiającej, z uwzględnieniem konieczności, co do zasady, braku udziału kapitału prywatnego w strukturze właścicielskiej tego podmiotu.

Szczegółowe uregulowanie instytucji in-house w prawie europejskim nastąpiło w ramach dyrektywy 2014/24/UE³, czyli tzw. dyrektywy klasycznej, przede wszystkim w jej art. 12, która to regulacja została transponowana do polskiej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: „Pzp2004”) na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Szczególną cechą krajowej regulacji było utrzymanie przedmiotowej instytucji w reżimie zamówień regulowanych treścią ustawy Pzp2004 w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Powyższe miało na celu przede wszystkim umożliwienie stosowania przez wykonawców środków ochrony prawnej określonych w ustawie Pzp2004, jak również umożliwienie kontroli udzielania przedmiotowych zamówień przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wyjątek stanowił art. 4 pkt 13 Pzp2004 (zwany także „małym in-house”), dotyczący grupy zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli spełnione zostały przesłanki określone w tym przepisie, do których to zamówień nie stosuje się przepisów ustawy.

¹ wyrok Trybunału Sprawiedliwości 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*, ECLI:EU:C:1999:562.

² wyrok Trybunału Sprawiedliwości 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*. ECLI:EU:C:2005:5.

³ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Analogiczne wyłączenie zostało zawarte w art. 10 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm., dalej: „Pzp”) z jednoczesnym uszczegółowieniem zasad stosowania danej instytucji w art. 10 ust. 3-4 Pzp.

Przechodząc do omówienia zasad udzielania zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji in-house w ustawie Pzp należy w pierwszej kolejności stwierdzić, iż ustawodawca nie wprowadził w nowej ustawie zasadniczych zmian odnoszących się do kształtu przedmiotowej instytucji w stosunku do regulacji w ustawie Pzp2004, skupiając się przede wszystkim na doprecyzowaniu kwestii, które rodziły wątpliwości w praktyce jej stosowania. Oznacza to także, iż dotychczasowe orzecznictwo oraz treść wypowiedzi doktrynalnych odnoszących się do przedmiotowej instytucji pozostają co do zasady aktualne także w ramach ustawy Pzp.

II. Podstawowe regulacje.

Podstawowe regulacje dotyczące instytucji in-house zawarte zostały w art. 214 ust. 1 pkt 11-13 Pzp. Stosownie do ich treści:

Art. 214

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;

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 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:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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,

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 zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

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:

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:

- 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.

W ramach podziału doktrynalnego wyróżnia się najczęściej:

a) in-house wertykalny – art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp,

b) in-house odwrócony i siostrzany – art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

c) in-house wspólny – art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp.

We wszystkich powyższych przypadkach zamawiającymi, którzy mogą udzielić zamówienia in-house są zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 Pzp oraz zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp – tj. zamawiający wskazani w art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp. Tym samym krąg podmiotowy zamawiających upoważnionych do stosowania instytucji in-house nie zmienił się zasadniczo w porównaniu do analogicznych regulacji w ustawie Pzp2004 z uwzględnieniem wprowadzonej nowej klasyfikacji zamawiających w ustawie Pzp.

III. In-house wertykalny.

In-house wertykalny, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, cechuje się możliwością udzielenia zamówienia przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp osobie prawnej 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,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego – przy czym wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie.

Treść powyższych przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c Pzp jest tożsama z analogiczną regulacją przewidzianą w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a-c Pzp2004.

Warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp odnosi się do sprawowania nad osobą prawną, będącą wykonawcą, kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami o określonej charakterystyce – obejmującej dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Uznać należy, iż chodzi tu przede wszystkim o jedynie formalną odrębność osoby prawnej będącej wykonawcą, podczas gdy zakres realnego oddziaływania na tę jednostkę powinien być bardzo szeroki⁴. W orzecznictwie

⁴ opinia UZP pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”, str. 10.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

TSUE wskazuje się w szczególności na możliwość kontroli organów decyzyjnych wykonawcy przez instytucję zamawiającą z uwzględnieniem zakresu uprawnień zarządu wykonawcy, który nie powinien zagrażać kontroli wykonywanej przez instytucję zamawiającą oraz na posiadanie przez instytucję zamawiającą udziałów w kapitale jednostki kontrolowanej⁵, zwracając jednocześnie uwagę, iż fakt posiadania przez instytucję zamawiającą całości kapitału zakładowego spółki wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami⁶. Tym samym należy podkreślić, iż kwestie istnienia kontroli o powyższej charakterystyce nie mogą być rozstrzygane na zasadzie automatyzmu w związku z faktem posiadania całości udziałów w strukturze wykonawcy przez zamawiającego, należy wziąć bowiem pod uwagę całokształt relacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w szczególności – czy uprawnienia instytucji zamawiającej w zakresie możliwości wywierania dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej nie zostały ograniczone np. w umowie spółki. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zakwestionowano możliwość zastosowania konstrukcji in-house także w sytuacji przejścia zadania własnego od jednej gminy przez drugą na podstawie porozumienia międzygminnego i udzielenia zamówienia wykonawcy kontrolowanemu tylko przez gminę przejmującą zadania m.in. ze względu na fakt, iż przy badaniu spełnienia przesłanki „sprawowania kontroli” nad wykonawcą należy uwzględnić także podmiot „przekazujący” usługę⁷.

Jednocześnie należy podkreślić, iż warunek określony w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp jest spełniony także gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób.

Warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp odnosi się do procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczącego wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a Pzp. Sposoby obliczania powyższej wartości regulują przede wszystkim przepisy art. 214 ust. 5-7 Pzp. Zgodnie z art. 214 ust. 5 Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, iż do in-house wertykalnego zastosowanie znajdzie część ww. przepisu

⁵ wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 28 i n.

⁶ wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio, AGE SP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37.

⁷ uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. KIO/KD 1/19.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dotycząca średniego przychodu osiągniętego przez osobę prawną. Należy uznać, iż przychód, o którym mowa powinien odnosić się do całej działalności prowadzonej przez osobę prawną występującą jako wykonawca, zaś 90% przychodu z tej działalności powinno być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą⁸. Z zachowującego aktualność także na gruncie ustawy Pzp dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej można wnioskować, iż pojęcie powierzenia określonego zadania musi być związane z konkretnym poleceniem podmiotu sprawującego kontrolę do realizowania określonej działalności, istotne znaczenie w kwestii oceny może mieć również szczegółowe określenie sposobu realizacji danego zadania⁹. Stosownie zaś do treści art. 214 ust. 6 Pzp, 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, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Jakkolwiek ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „wiarygodnych prognoz handlowych”, zasadne jest uznanie, iż obejmuje ono szeroki katalog dokumentów, z uwzględnieniem faktu, że ciężar dowodu spoczywa w tym zakresie na zamawiającym. Jednocześnie zastosowanie sposobu ustalenia procentu działalności wykonawcy, o którym mowa w przedmiotowym przepisie uzależnione jest od spełnienia przesłanki niedostępności lub nieadekwatności danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności. Tym samym stanowi on *lex specialis* względem art. 214 ust. 5 Pzp i jako taki stanowi wyjątek od ogólnej reguły obliczania procentu, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp.

Pewne *novum* w treści ustawy Pzp stanowi jej art. 214 ust. 7, zgodnie z którym 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 jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów. Ustawodawca zwrócił tym samym uwagę na praktykę dokonywania pozornej reorganizacji działalności wykonawców tylko w celu formalnego wykazania spełnienia przesłanki dotyczącej procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp oraz jednoznacznie wskazał na niedopuszczalność tego rodzaju działania.

Warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c Pzp odnosi się do braku bezpośredniego kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Wyjątek w tym zakresie wprowadza art. 214

⁸ opinia UZP pt. „Współpraca...”, str. 13.

⁹ uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 r., sygn. KIO/KD 28/20.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ust. 8 Pzp, zgodnie z którym zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c i pkt 13 lit. c, nie stosuje się do:

- 1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1445 i 1572) 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.

W porównaniu do analogicznego art. 67 ust. 10 pkt 2 Pzp2004 można tym samym zauważyć, iż ustawodawca rozszerzył wyjątek, o którym mowa w art. 214 ust. 8 pkt 2 Pzp obejmując nim także akcje prostej spółki akcyjnej, w związku z wprowadzeniem tej instytucji do polskiego systemu prawnego.

IV. In-house odwrócony i siostrzany.

In-house odwrócony i siostrzany, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp cechuje się możliwością udzielenia zamówienia przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp jeżeli zamówienie jest udzielane:

- innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia (in-house odwrócony)

lub

- innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego (in-house siostrzany)

– jeżeli spełnione są następujące warunki:

- 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,
- 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,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W zakresie in-house odwróconego widoczna jest pewna zmiana normatywna w porównaniu do analogicznego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 13 Pzp2004, o ile bowiem w poprzednim stanie prawnym zamówienie mogło być udzielone innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp2004, tj. z uwzględnieniem zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, o tyle w treści art. 214 ust. 1 pkt 12 Pzp ustawodawca ograniczył zakres podmiotowy zamawiających sprawujących kontrolę nad udzielającym zamówienia, którym możliwe jest udzielenie zamówienia w ramach przedmiotowego reżimu do zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, wyłączając tym samym grupę zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp stosunek kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego istnieje pomiędzy zamawiającym, któremu udzielane jest zamówienie a zamawiającym udzielającym zamówienia; warunek kontroli jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie. W zakresie in-house siostrzanego, konstrukcja przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp, analogiczna do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp2004 daje podstawę do uznania w ramach wykładni celowościowej, iż jest ona spełniona, gdy podmiot będący zamawiającym udzieli zamówienia innej osobie prawnej, jeżeli zarówno udzielający zamówienia jak i podmiot, któremu je udzielono pozostają w relacji zależności od tego samego zamawiającego posiadającego nad każdym z nich pozycję dominującą¹⁰.

Warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp należy interpretować w ten sposób, iż ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego, który udziela zamówienia 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 zarówno dla in-house odwróconego jak i siostrzanego. Jednocześnie znajdują tu zastosowanie regulacje określone w art. 214 ust. 5-7 Pzp.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. c Pzp, zarówno w kontrolowanym zamawiającym jak i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie może istnieć bezpośredni udział kapitału prywatnego.

¹⁰ opinia UZP pt. „Współpraca...”, str. 17.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Analogicznie jak w przypadku in-house wertykalnego, wyjątek w omówionym zakresie wprowadza art. 214 ust. 8 Pzp.

V. In-house wspólny.

In-house wspólny, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp charakteryzuje się możliwością udzielenia zamówienia przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej, 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, 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.

W zakresie przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp należy zauważyć, iż ustawa wymaga sprawowania przez zamawiającego, wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, kontroli nad daną osobą prawną, która to kontrola odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Jednocześnie ustawodawca doprecyzował pojęcie sprawowania kontroli wspólnie z innymi zamawiającymi poprzez określenie szczegółowych przesłanek tej kontroli, które muszą być spełnione łącznie.

Podkreślić należy, iż treść powyższego przepisu jest zbliżona do treści analogicznej regulacji art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a Pzp2004, z uwzględnieniem zmiany w zakresie podmiotowym odnoszącej się do kategorii zamawiających wspólnie sprawujących kontrolę, o ile bowiem art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a Pzp2004 dopuszczał możliwość sprawowania kontroli przez zamawiającego wspólnie z innymi



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamawiającymi, o których mowa także w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, tj. zamawiających sektorowych niebędących zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp2004, o tyle w treści art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp ustawodawca ograniczył ten zakres jedynie do zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, tym samym wyraźnie wyłączając kategorię zamawiających sektorowych niebędących zamawiającymi publicznymi (art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp).

W ramach przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret pierwsze Pzp ustawodawca *expressis verbis* nakazał partycypację przedstawicieli wszystkich uczestniczących zamawiających w składzie organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei przesłanka wskazana w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret drugie Pzp określa wymóg możliwości wspólnego wywierania dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej przez uczestniczących zamawiających. W kontekście orzecznictwa TSUE¹¹, zasadne jest uznanie, iż nawet w przypadku bardzo niskiego procentu udziałów posiadanych przez poszczególnych uczestniczących zamawiających w ramach struktury kontrolowanego wykonawcy możliwe jest spełnienie ww. przesłanek, jeżeli udziały te przyznają uczestniczącym zamawiającym wystarczające prawa do wspólnego sprawowania skutecznej kontroli nad wykonawcą¹². Ponadto, zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret trzecie Pzp, kontrolowana osoba prawna nie może działać w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp należy interpretować analogicznie jak art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp z uwzględnieniem faktu, iż 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. Istota przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. c Pzp nie różni się z kolei od odpowiednika z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c Pzp – ustawodawca nie dopuszcza bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Tak jak w przypadku in-house wertykalnego, odwróconego i siostrzanego, w zakresie ww. przesłanek należy uwzględnić regulacje art. 214 ust. 5-8 Pzp.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c, pkt 13 lit. c Pzp oraz art. 214 ust. 8 Pzp skorelowane są z art. 461 Pzp, który wskazuje, że umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej,

¹¹ m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i in.*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 56-61; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel ...*, pkt 53; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate i Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 31.

¹² opinia UZP pt. „Współpraca...”, str. 20.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8.

VI. Inne regulacje wspólne dla wszystkich rodzajów zamówień in-house w trybie z wolnej ręki.

Istotną zmianę wprowadzoną w ramach ustawy Pzp w stosunku do poprzedniego stanu prawnego stanowi art. 214 ust. 4 Pzp, zgodnie z którego treścią, istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie 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, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Tym samym ustawodawca wyraźnie doprecyzował, iż przesłanki udzielenia zamówienia w ramach in-house muszą być spełnione w całym okresie obowiązywania umowy, jak również nałożył na zamawiających obowiązek formalny polegający na zamieszczaniu okresowo w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnianiu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 Pzp w toku realizacji umowy. Powyższe ma na celu zwiększenie zakresu kontroli nad realizacją zamówienia w ramach in-house i umożliwienie także wykonawcom weryfikację dopuszczalności utrzymywania takiej umowy w obrocie prawnym.

W stosunku do treści przepisów ustawy Pzp2004, w nowej ustawie odmiennie uregulowano także zasady dopuszczalności podwykonawstwa w ramach in-house. Porównując bowiem treść art. 36a ust. 2a Pzp2004 oraz art. 214 ust. 9 Pzp zauważyć można, iż ustawodawca rozszerzył zakres zastosowania tej regulacji. O ile bowiem na podstawie ustawy Pzp2004 wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, był obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót, o tyle zgodnie z brzmieniem art. 214 ust. 9 Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Tym samym w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustawodawca w celu zachowania przejrzystości dokonał przeniesienia przepisu regulującego przedmiotową materię do grupy przepisów regulujących kwestie zamówień in-house w ramach art. 214 Pzp. Ponadto uprzednio istniejący nakaz osobistego wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę w określonym zakresie został zastąpiony zakazem powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Ustawodawca odstąpił także od zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawców w zależności od przedmiotu zamówienia, obejmując zakazem podwykonawstwa wszystkie dostawy, usługi i roboty budowlane powierzane do zrealizowania na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 Pzp. Jednocześnie pojęcie „kluczowych części zamówienia” zostało zastąpione pojęciem „części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia”. Konkretyzacja tego pojęcia wymaga wzięcia pod uwagę jego rozumienia wynikającego z wykładni systemowej, w związku z jego występowaniem w innych przepisach ustawy, np. art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 27 ust. 1 i 2 Pzp, które to przepisy statuują także zasady ustalania głównego przedmiotu zamówienia m.in. ze względu na rodzaj zamówienia. W kontekście powyższego zasadne jest uznanie, iż przedmiotowa zmiana ma na celu ograniczenie stosowania instytucji podwykonawstwa w przypadku zamówień in-house.

Kolejne zmiany wprowadza art. 216 ust. 1-3 Pzp, który stanowi odpowiednik art. 67 ust. 11-13 Pzp2004. Ustawodawca w ramach wzmiankowanych przepisów nowej ustawy zastąpił obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz informacji o udzieleniu albo nieudzieleniu zamówienia w Biuletynie Informacji Publicznej albo na stronie internetowej zamawiającego obowiązkiem zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych:

- ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy – przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 Pzp (art. 216 ust. 1 Pzp);
- ogłoszenia 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 Pzp (art. 216 ust. 3 Pzp).

Powyższa zmiana ma na celu ujednoczenie zasad realizacji obowiązku informacyjnego przez zamawiających, co może mieć szczególne znaczenie dla wykonawców wyrażających wolę skorzystania ze środków ochrony prawnej w związku z wyborem przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślić należy, iż ustawa nakazuje zamieszczanie przedmiotowych ogłoszeń stosując określone przepisy właściwe dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Ponadto ustawodawca utrzymał w art. 216 ust. 2 Pzp specyficzną klauzulę standstill dotyczącą umów zawieranych w ramach in-house, wskazując, iż 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. Przepis ten sprzężony jest z podstawą unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W szerszym kontekście zmian wprowadzonych ustawą Pzp należy zwrócić uwagę także na fakt zniesienia przez ustawodawcę obowiązku zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, co dotyczy także zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 Pzp.

VII. Zakaz zawarcia umowy nakładany przez organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającym.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jakkolwiek szczegółowe omówienie problematyki wykonywania kompetencji nadzorczych względem zamawiającego w związku z udzielaniem zamówień in-house wykracza poza ramy niniejszego opracowania, należy zasygnalizować pewne odmienności w ramach uregulowania nowej ustawy zawarte w art. 444 Pzp, stanowiącym odpowiednik art. 144b Pzp2004. Jak stanowi treść art. 444 ust. 1 Pzp, organ sprawujący nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni. Mowa tym samym o regulacji dotyczącej zakazu zawarcia umowy w określonych okolicznościach w związku z zastosowaniem trybu z wolnej ręki w ramach in-house (art. 214 ust. 1 pkt 11-13 Pzp) oraz tzw. współpracy międzyinstytucjonalnej (art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustawodawca doprecyzował w art. 444 ust. 1 Pzp rodzaj organu sprawującego nadzór nad zamawiającym wskazując, iż chodzi o organ sprawujący nadzór finansowy. Jednocześnie kategoria zamawiających, do których zastosowanie znajdzie przedmiotowy przepis została ograniczona do zamawiających publicznych. Ustawodawca uszczegółowił także element przedmiotowy hipotezy przepisu wskazując, że zakaz jest ustanawiany w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 Pzp.

Zgodnie z art. 444 ust. 2 Pzp, jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie. Art. 444 ust. 3 Pzp stanowi, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu, o którym mowa w ust. 2, organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części. Ponadto, stosownie do treści art. 444 ust. 4 Pzp, przepisy ust. 1-3 nie wyłączają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym wynikających z odrębnych przepisów. Tym samym przepisy te są treściowo zbliżone do analogicznych uregulowań w art. 144b ust. 2-4 Pzp2004.

VIII. Współpraca międzyinstytucjonalna.

Szczególny charakter ma instytucja uregulowana w art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp, tzw. współpraca międzyinstytucjonalna, która jakkolwiek zazwyczaj nie zalicza się do zamówień in-house w sensie ścisłym, jednakże posiada pewne cechy zbliżone, w tym w zakresie proceduralnym. Zamówienie w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 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.

W pierwszej kolejności należy więc zauważyć, że istotą przedmiotowej instytucji jest możliwość zawarcia umowy pomiędzy zamawiającymi należącymi do grupy zamawiających publicznych, w tym zamawiających publicznych w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, jeśli spełnione są określone przesłanki odnoszące się zarówno do przedmiotu umowy jak i charakterystyki uczestniczących zamawiających. Zauważyć należy, iż przedmiotowe przesłanki są treściowo zbieżne z analogicznym przepisem regulującym daną instytucję w art. 67 ust. 1 pkt 15 Pzp2004, co zasadniczo pozwala na uznanie dotychczas obowiązującej interpretacji za aktualną także w świetle przepisów ustawy Pzp.

Przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. a Pzp odnosi się do specyfiki zawieranej umowy, która ma ustanawiać lub wdrażać współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów. Przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. b Pzp doprecyzowuje z kolei, iż wdrożeniem tej współpracy powinny kierować jedynie względy związane z interesem publicznym. Uznać należy więc, że chodzi o współpracę trwałą, która wiąże się z istotnym wkładem i zaangażowaniem z obu stron, co jednakże nie wymusza partycypacji poszczególnych uczestniczących zamawiających w realizacji współpracy dokładnie w takiej samej proporcji. Jednocześnie uznać należy, iż nie będzie stanowić o spełnieniu się przedmiotowych przesłanek współpraca, która nakierowana jest na realizację interesów niepublicznych, w szczególności komercyjnych. W orzecznictwie KIO zanegowano m.in. możliwość uznania, iż spełnia powyższe przesłanki porozumienie międzygminne, na podstawie którego następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi, następuje to za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia - w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania¹³. Z kolei przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. c Pzp odnosi się do dopuszczalnego zakresu działalności będącej przedmiotem współpracy wykonywanej przez zamawiających na otwartym rynku, który musi być niższy aniżeli 10%. Przy

¹³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. KIO 2567/17.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

obliczaniu powyższej wartości zastosowanie znajdują uprzednio już omówione przepisy art. 214 ust. 5-7 Pzp.

Jednocześnie przy zamówieniach udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 14 Pzp istnieje statuowany w art. 214 ust. 4 Pzp obowiązek utrzymania okoliczności, o których mowa w tym przepisie, przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, jak również obowiązek okresowej publikacji ogłoszenia o spełnianiu ww. okoliczności. Zastosowanie znajdują także art. 216 oraz art. 444 Pzp.