



# Zamówienia in-house

Prowadzący: dr Andrzej Gawrońska-Baran – radca prawny w AGB Kancelaria Radcy Prawnego, były Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, praktyk

# Co to jest zamówienie in-house?

- wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 18.11.1999 r. C-107/98 „Teckal”:
  - ✓ bezpośrednio udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi odrębnemu od niego pod względem prawnym jest dopuszczalne gdy zamawiający sprawuje nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi, a podmiot ten wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz zamawiającego
- zob. rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (regulacja sektorowa):  
*„podmiot wewnętrzny” – odrębna prawnie jednostka podlegająca kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami”*

# Zamówienia in-house sensu stricto (ściśle rozumienie)

- zamawiający powierza realizację zamówienia jednej ze swych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej

**Przykład:** JST realizuje określone zadania przy pomocy samorządowego zakładu budżetowego

- brak umowy cywilnoprawnej o charakterze odpłatnym z odrębnym podmiotem wyposażonym w osobowość prawną = charakter wewnętrzny
- zadania publiczne realizowane przez wewnętrzne, mniej lub bardziej wyodrębnione „struktury organizacyjne” zamawiającego

# Zamówienia in-house sensu largo (szerokie rozumienie)

- dochodzi do zawarcia odpłatnej umowy cywilnoprawnej na dostawy, usługi lub roboty budowlane
- zamówienie jest udzielane w drodze umowy cywilnoprawnej osobie prawnej „odrębnej” od zamawiającego lub zamawiających

# Od kiedy obowiązują zmiany w zakresie in-house?

➤ wchodzi w życie **1 stycznia 2017 r.** - zob. art. 22 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020)

➤ **przepisy ustawy Pzp dotyczące in-house:**

- ✓ art.36a ust. 2a (osobiste wykonanie)
- ✓ art. 67 ust. 1 pkt 12-15 oraz ust. 8-13 (tryb zamówienia z wolnej ręki)
- ✓ art. 144b (nadzór)
- ✓ art. 146 ust. 1 pkt 7 (przesłanka do unieważnienia umowy)
- ✓ art. 146a (wygaśnięcie umowy)

# Które jednostki mogą stosować zamówienia in-house i kiedy

- zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 3a ustawy Pzp, a więc np.
  - ✓ sektor rządowy,
  - ✓ sektor samorządowy
  - ✓ podmioty prawa publicznego
  
- po spełnieniu przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12-14

# Rodzaje zamówień in-house

- in-house klasyczny
- in-house siostrzany
- in-house odwrócony
- in-house w ramach tzw. wspólnej kontroli

# Klasyczne zamówienia in-house

- udzielane osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
  - ✓ zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną **kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami**, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz na istotne decyzje, dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej (warunek ten jest spełniony także wtedy, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób)
  - ✓ **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
  - ✓ w kontrolowanej osobie prawnej **nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego**



# In-house odwrócony i siostrzany

- zamówienie udzielane jest przez osobę prawną będącą zamawiającym z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp:
  - ✓ innemu zamawiającemu z art. 3 ust. 1-4 ustawy Pzp
  - ✓ innej osobie prawnej kontrolowanej przez z tego samego zamawiającego
- warunek: w osobie prawnej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego

# Zamówienia in-house w ramach wspólnej kontroli

➤ udzielane są podmiotowi kontrolowanemu (osobie prawnej) przez zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli:

- ✓ zamawiający **wspólnie z innymi** zamawiającymi z art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną (...) tj.
- ✓ **w skład organów decyzyjnych** kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających (przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- ✓ uczestniczący zamawiający wspólnie wywierają **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.
- ✓ 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
- ✓ w kontrolowanej osobie prawnej **nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego**

# Sprawowanie kontroli - charakter

## ➤ aspekt prawny:

- ✓ prawo wydawania wiążących poleceń służbowych
- ✓ uprawnienia kontrolne, nadzorcze, korygujące

## ➤ aspekt faktyczny:

- ✓ realny wpływ na osobę prawną i decyzje przez nią podejmowane
- ✓ wpływ np. na skład personalny

## ➤ zob. wyrok TSUE z 13.10.2005 r. C-458/03 „Parking Brixen”:

- ✓ postanowienia statutu wskazują na zbyt dużą swobodę spółki w stosunku do akcjonariusza, a tym samym nie zapewniają sprawowania kontroli analogicznej
- ✓ kontrola gminy nad spółką sprowadza się w istocie do zakresu uprawnień, które prawo spółek przyznaje większościowemu akcjonariuszowi, a to znacznie łagodzi stosunek zależności
- ✓ zbyt szerokie uprawnienia przyznane zarządowi spółki

# Przesłanki braku kontroli – przykłady

- rozszerzenie przedmiotu działalności spółki na nowe ważne sektory
- obowiązkowe otwarcie się spółki w krótkim czasie na kapitał zewnętrzny
- rozszerzenie zasięgu terytorialnego działalności spółki na całe państwo
- znaczne uprawnienia władcze przyznane zarządowi pozbawiające w zasadzie gminę uprawnień w zakresie kontroli zarządzania spółką

# Przedmiot działalności

- działalność dodatkowa na rzecz podmiotów trzecich powinna mieć charakter marginalny - zob. też wyrok TSUE z 19.4.2007 r. C-295/05
- do obliczania procentu (90%) działalności uwzględnia się – co do zasady - **średni przychód** osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych **za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia**
- gdy ww. dane są niedostępne lub nieadekwatne (ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności, reorganizację działalności) – procent działalności **ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych** (zasadne jest wzięcie pod uwagę okresu 3 lat tj. analogicznej perspektywy czasowej)
- ważna faktyczna działalność podmiotu wewnętrznego

# Zakaz udziału kapitału prywatnego

- generalna zasada
- gdy udział uzyskuje kapitał prywatny po zawarciu umowy in-house (poza dopuszczalnymi ustawowo wyjątkami) – **umowa wygasa z upływem 3 miesięcy**
- **dwa wyjątki ustawowe:**
  - ✓ osoby prawne z udziałem partnera prywatnego wyłonionego w trybie ustawy PPP
  - ✓ udział pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu

# Wymóg osobistego wykonania

- **art. 36a ust. 2a ustawy Pzp** - obowiązek wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp na **świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane**, osobistego wykonania **kluczowych części** tych usług lub robót = zakaz powierzenia podwykonawcom kluczowych części usług lub robót
- **pojęcie „kluczowe części”** - brak definicji, ale można przez to rozumieć części najważniejsze, najbardziej newralgiczne czy też elementy będące „sednem” danego zamówienia

# Zakres wymogu osobistego wykonania

- **zadania o charakterze użyteczności publicznej - cechy:**
  - ✓ należą do zadań własnych danej jednostki samorządu terytorialnego, tj. służą zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej
  - ✓ ich celem jest **bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności**, tj. dotyczą wszystkich albo większości lub znaczącej części członków danej wspólnoty (np. ochrona zdrowia, transport publiczny, opieka społeczna, edukacja)
  - ✓ zaspokajanie ww. potrzeb odbywa się w drodze świadczenia **usług powszechnie dostępnych**
- **Przykład:** usługi w zakresie utrzymania gminnych dróg, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych



# Obowiązek informacyjny dotyczący umów in-house

- obowiązek zamieszczenia na stronie podmiotowej BIP, a jeżeli jej brak – na stronie internetowej zamawiającego **informacji o zamiarze zawarcia umowy in-house**
- niezwłocznie po zawarciu umowy – **nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy** – zamawiający zamieszcza w BIP, a jeżeli jej brak – na swojej stronie internetowej:
  - ✓ **informację o udzieleniu zamówienia in-house** (art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Pzp)
  - ✓ nieudzieleniu zamówienia
- związek ww. obowiązku z art. 66 ust. 2 (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w WR) i art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia)

# Termin standstill na zawarcie umowy in-house

- możliwość zawarcia umowy nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji o zamiarze zawarcia umowy
- sankcja za nieprzestrzeganie terminu ! – nieważność względna umowy (umowa podlega unieważnieniu)

# Kontrola zamówień in-house

- **zakaz zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy**, nie dłużej jednak niż na 21 dni - w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania *in-house* przez organ sprawujący nadzór nad zamawiającym
- **zakaz zawarcia umowy** – gdy ww. organ stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia w oparciu o in-house
- **zwrócenie się** przez organ nadzoru do zamawiającego o **wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy** w wyznaczonym terminie - jeżeli umowa została już zawarta
- **wystąpienie** przez organ sprawujący nadzór **do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części** - w przypadku bezskutecznego upływu ww. terminu

# In-house a przepisy odrębne

- brak generalnego obowiązku organizowania przetargu na odbiór lub zagospodarowanie odpadów w ustawie z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach
- rozwiązanie szczególne:
  - ✓ obowiązek przetargu w trybie ustawy Pzp na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy (a powstają odpady) albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów
  - ✓ gdy rada gminy w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego postanowi jak wyżej



DZIĘKUJEMY ZA UDZIAŁ W SZKOLENIU

Prowadzący: dr Andrzej Gawrońska-Baran