

(na przykład co najmniej dwukrotnego sprawdzenia i wystawienia świadectwa potwierdzającego właściwe działanie i bezpieczeństwo wyrobu).

#### Przykład:

Koszt eksploatacji wyrobu w skali roku:

$$K_e = \frac{K_{en}}{K_{eb}} \times 10 \text{ pkt}$$

gdzie:

$K_e$  – zadeklarowany koszt eksploatacji (cena za dwukrotny przegląd i wystawienie świadectwa potwierdzającego właściwe działanie i bezpieczeństwo),

$K_{en}$  – koszt eksploatacji zadeklarowany w najkorzystniejszej ofercie,

$K_{eb}$  – koszt eksploatacji zadeklarowany w badanej ofercie.

Jeśli dana dostawa, usługa lub robota budowlana dotyczy wyrobów, które mogą być wytwarzane lub użytkowane w sposób ekologiczny, to dokumentacja przetargowa powinna odpowiadać wymaganiom zawartym w podręcznikach Komisji Europejskiej dotyczących ekologicznych zakupów. Każdy zamawiający powinien uwzględnić koszt użytkowania wyrobu w trakcie cyklu jego życia, a nie tylko cenę w momencie zakupu, gdyż mniejsza kwota zapłacona na początku może w efekcie wiązać się z wielokrotnie większą sumą, jaką zamawiający będzie musiał wydać na dany produkt w ciągu kilku lat jego użytkowania.

#### Przypisy:

- 1 Komisja Europejska, *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący ekologicznych zamówień publicznych*, wyd. 1., uzp.gov.pl.
- 2 Komisja Europejska, *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący ekologicznych zamówień publicznych*, wyd. 2., uzp.gov.pl.

## Udzielanie zamówień podmiotom podległym

# Zamówienia in-house

Podmioty publiczne mogą w trybie bezprzetargowym zlecać instytucjom sobie podległym zadania o charakterze użyteczności publicznej. Na taką możliwość wskazuje orzecznictwo TSUE.

#### Małgorzata Brzóska

radca prawny w Kancelarii BBP Legal

**W** polskim ustawodawstwie nie zdefiniowano instytucji zamówień in-house, mimo że jest ona dość szeroko stosowana przez jednostki samorządu terytorialnego. Zamówienia in-house zostały bowiem wykształcone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) na podstawie konkretnych przypadków, w których podmioty publiczne w trybie bezprzetargowym udzielały zamówień podległym sobie instytucjom.

Zamówienia in-house charakteryzują się tym, że przy spełnieniu określonych warunków faktycznych i prawnych zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania regulacji dotyczących zamówień publicznych, mimo że powierza wykonywanie zadań odrębnemu podmiotowi. Takie zamówienia – jak wyjaśnia Urząd Zamówień Publicznych<sup>1</sup> – są w istocie powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej

jednostce organizacyjnej, w imieniu i na rachunek tej jednostki. Nie zmienia to jednak faktu, że wykonywane zadania mają charakter użyteczności publicznej, w myśl art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym (dalej: uosg).

#### Kryteria dotyczące zamówień in-house

Kluczowym orzeczeniem, które wprowadziło zamówienia in-house do europejskiej praktyki prawa zamówień publicznych, było orzeczenie z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal. Trybunał stwierdził w nim, że przy udzielaniu zamówień podmiotom posiadającym odrębną osobowość prawną nie stosuje się procedur typowych dla zamówień publicznych, jeśli:

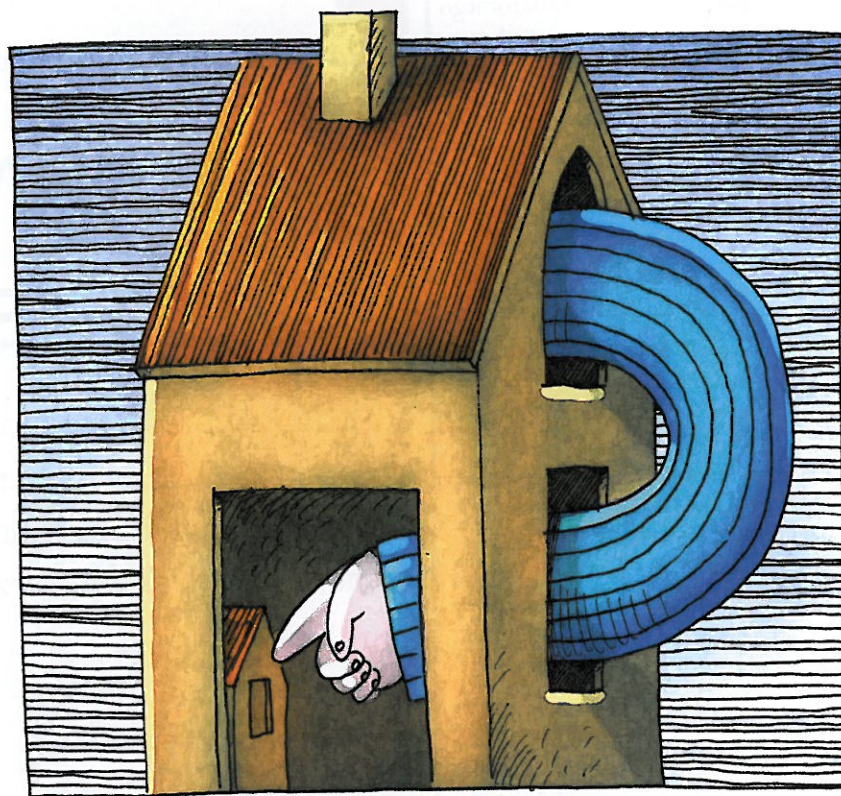
- instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną (tj. wykonawcą zamówienia) kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami oraz
- podmiot kontrolowany (tj. wykonawca) zasadniczą część swojej działalności wykonuje na rzecz podmiotu kontrolującego (tj. zamawiającego).



## ↳ Sprawowanie wewnętrznej kontroli

W orzeczeniu z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Trybunał stwierdził, że podstawowe kryterium dotyczące zamówień in-house sprowadza się do kwestii zależności organizacyjnej, tj. kontroli instytucji zamawiającej nad formalnie odrębnym podmiotem (wewnętrznym). Ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całości kształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka komunalna, której udzielono zamówienia, jest poddana kontroli umożliwiającej zamawiającemu wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Należy badać możliwość wywierania decydującego wpływu nie tylko na cele strategiczne, lecz także na inne ważne decyzje. W przypadku spółek z o.o. sprawa nie jest oczywista, ponieważ domniemanie kompetencji przypada zarządowi, a nie wspólnikom (czyli gminie).

Co więcej, zamówieniem in-house nie jest umowa zawarta z podmiotem o charakterze mieszanym – w orzeczeniu w sprawie C-26/09 Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH Trybunał stwierdził, że udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowi naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równości traktowania zainteresowanych (o których mowa w dyrektywie 92/50/EWG), w szczególności dlatego, że taka procedura wiązałaby się z przewagą podmiotu prywatnego, obecnego w kapitale tego przedsiębiorstwa, w stosunku do jego konkurentów. W konsekwencji, jeśli instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym – dotyczącą usług podlegających



przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50/EWG – ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział (wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi), to powinna stosować procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie. Tym samym zamawiający nie może sprawować wewnętrznej kontroli nad przedsiębiorstwem, w którego kapitale zakładowym podmiot prywatny ma choćby mniejszościowy udział. Z drugiej jednak strony nawet 100-procentowy udział podmiotu publicznego w kapitale kontrolowanej spółki nie przesądza o istnieniu „kontroli analogicznej”, ponieważ jej władze mogą korzystać z własnych, szerokich uprawnień, a nabycie jej udziałów może być otwarte dla podmiotów prywatnych (zob. orzeczenie C-458/03 Parking Brixen).

Warto również przytoczyć orzeczenie w sprawie C-573/07 Sea Srl, dotyczące komunalnej spółki akcyjnej.

Trybunał uznał, że kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego, będące akcjonariuszami, nad taką spółką (akcyjną) może być uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami wówczas, gdy:

- działalność rzeczzonej spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz oraz
- mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki poprzez organy statutowe, w których skład wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.

### Zależność organizacyjna i gospodarcza

Kwestię wykonywania przez podmiot wewnętrzny „zasadniczej części swojej działalności” na rzecz instytucji zamawiającej, która sprawuje nad nim kontrolę, objaśnił Trybunał w orzeczeniu

Rys. Bartłomiej Brosz



w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei. Wskazał, że działalność podmiotu wewnętrznego prowadzona jest w głównej mierze na rzecz instytucji zamawiającej, a pozostała działalność ma jedynie charakter marginalny. „(...) dla dokonania oceny, czy tak jest, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy”.

Oznacza to, że co do zasady kryteria udzielania zamówień in-house sprowadzają się do – wypracowanych przez dotychczasowe orzecznictwo Trybunału – kryteriów organizacyjnych oraz gospodarczych, przy czym kryteria organizacyjne sprowadzają się do kontroli jednostki zamawiającej nad odrębnym formalnie podmiotem, natomiast kryteria gospodarcze sprowadzają się do konieczności wykonywania zasadniczej części działalności przez podmiot kontrolowany na rzecz jednostki zamawiającej – przy czym warunki te muszą być spełnione łącznie.

Podstawowe założenia dotyczące zamówień in-house można podsumować następująco:

- zamówienia in-house polegają na powierzeniu przez jednostki publiczne (w tym jednostki samorządu terytorialnego) własnej jednostce organizacyjnej zadań o charakterze użyteczności publicznej;
- powierzenie realizacji zamówienia in-house może nastąpić bez konieczności przeprowadzenia procedury zamówienia publicznego/udzielenia koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- zamówienia te stanowią wyjątek od generalnej zasady wydatkowania środków publicznych w drodze konkurencyjnej;
- idea instytucji zamówień in-house została wypracowana na podstawie orzecznictwa Trybunału, stąd orzecznictwo to musi być interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco.

## Kontrowersje wokół przetargów na odbiór odpadów

Konstrukcja zamówień in-house wykorzystywana jest przez gminy do zlecenia (utworzonym w tym celu spółkom komunalnym) zadań m.in. w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi, zbiorowego zaopatrzenia w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków, zimowego utrzymania dróg czy zagospodarowania odpadów komunalnych w regionalnych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych lub w instalacjach zastępczych.

Kontrowersyjną w ostatnim czasie kwestią było wprowadzenie (przez nowelizację ucpg) obowiązku udziału spółek komunalnych w przetargach na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na obszarze gminy. Sprawa ta była przedmiotem skargi do Trybunału Konstytucyjnego w zakresie niezgodności art. 6d i 6e ucpg z Konstytucją, ponieważ – w ocenie samorządowego sektora komunalnego – ustawa jest niezgodna m.in. z orzecznictwem TSUE.

Jednak 8 listopada 2013 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 6d i 6e ucpg są zgodne z Konstytucją. Nie można bowiem zapominać, że orzeczenia TSUE dotyczące zamówień in-house zapadały w okolicznościach konkretnych spraw. Uznanie, że przepisy unijne nie stoją na przeszkodzie, by prawo krajowe umożliwiło jednostkom samorządu terytorialnego bezprzetargowe powierzenie realizacji zadań komunalnych utworzonym przez siebie jednostkom organizacyjnym, nie jest jednoznaczne z przyjęciem, że w każdym przypadku przepisy prawa krajowego powinny taką bezprzetargową drogę wskazywać. Także przepisy dyrektywy 2004/18/WE nie przewidują obowiązku powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego powołanym przez siebie jednostkom organizacyjnym zadań z zakresu gospodarki odpadami w trybie bezprzetargowym. Wskazuje to jednoznacznie, że zasadą jest stosowanie trybu przetargowego, a bezprzetargowego – tylko jako wyjątku od tej zasady.

### In-house w polskim prawodawstwie

Na gruncie polskiego prawa kwestia zamówień in-house została uregulowana w art. 4 pkt 13 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp). Wskazano w nim, że przepisów pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;
- organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji;



## Formy wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego

W świetle postanowień art. 9 ust. 1 i 3 uosg oraz art. 2 i 3 uogk jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy),
- w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak też spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym,
- przez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

- przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

W praktyce zamówienia in-house znajdują zastosowanie głównie wobec komunalnych osób prawnych, co jednak w kontekście znowelizowanej ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: ucpg) wzbudziło pewne kontrowersje (zob. **ramka: Kontrowersje...**).

Ustawa o gospodarce komunalnej (dalej: uogk) oraz zasady określone w uosg również dają podstawę do zwolnienia komunalnych osób prawnych z konieczności ubiegania się o zamówienie przez udział w przetargu organizowanym w ramach procedury zamówień publicznych (zob. **ramka:**

**Formy...**). Komunalne osoby prawne zostały bowiem powołane do realizacji zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, przy czym zasadniczą część ich działalności jest wykonywana na rzecz założyciela (np. gminy).

Podobne stanowisko wynika z dotychczasowego orzecznictwa sądów administracyjnych.

### ■ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05)

„Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie – przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną – siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. (...) W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy, jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”.

### ■ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 10 listopada 2005 r. (III SA/Wa 2445/05)

„Skoro więc ustawodawca w art. 2 ustawy (...) o gospodarce komunalnej (...) przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych

- to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina będąc udziałowcem lub akcjonariuszem – decyduje o bycie prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilno-prawnej. W pierwszym więc przypadku wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy”.

## Przypisy:

- 1 Opinia prawna: *Zlecenie przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy – zamówienia in house*, dostępna na [uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2139](http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2139).

## Podstawa prawna

- dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzUz UE L 134 z 30.04.2004 r.)
- dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (DzUz UE L 209 z 24.07.1992 r.)
- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 907 ze zm.)
- ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 594 ze zm.)
- ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn. DzU z 2011 r. nr 45, poz. 236)
- ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 391 ze zm.)