



AGNIESZKA DYLONG  
RADCA PRAWNY W KANCELARII KLATKA I PARTNERZY

## WOKÓŁ ZAMÓWIEŃ **IN-HOUSE**

W latach 2019–2020 Trybunał Sprawiedliwości UE wydał kilka istotnych orzeczeń dotyczących udzielania zamówień *in-house*, czyli zamówień, o których mowa w art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE [Dz. U. UE. L. z 2014 r., nr 94, str. 65 z późn. zm.].

Art. 12 ust. 1  
dyrektywy  
2014/24

**A**rtykuł 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 określa warunki, na jakich może zostać udzielone zamówienie tzw. podmiotom wewnętrznym, bez stosowania procedur określonych dyrektywą:

Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę

lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Na gruncie tych przepisów w praktyce ich stosowania rodzi się szereg pytań, z którymi zmierzyć się musiał Trybunał Sprawiedliwości UE. Orzeczenia te niewątpliwie będą miały wpływ na stosowanie art. 67 ust. 1 pkt 12–15 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

Art. 67  
ust. 1 Pzp  
i art. 214  
ust. 1  
pkt 11–14  
n. Pzp

z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), a od 1 stycznia 2021 r.  
– art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy z dnia 11 września 2019 r.  
– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019).

## NARUSZENIE KONKURENCJI

Przedmiotem rozważań TSUE było ustalenie, w jakim stopniu dopuszczalne jest w prawie krajowym wprowadzanie przepisów określających dodatkowe warunki udzielenia zamówienia *in-house* w stosunku do tych, które wynikają z art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, odnoszące się do badania wpływu na konkurencję na danym rynku.

W sprawie C-285/18, w której TSUE wydał wyrok w dniu 3 października 2019 r., pytanie skierowane przez Sąd Najwyższy Litwy dotyczyło odpowiedzi na pytanie: czy przepisy art. 1 ust. 4 i art. 12 dyrektywy 2014/24/UE należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że pojęcie „zamówienia typu *in-house*” jest objęte zakresem prawa Unii oraz że na treść i stosowanie tego pojęcia nie ma wpływu prawo krajowe państw członkowskich, w tym ograniczenia dotyczące udzielania takich zamówień, na przykład obowiązek spełniania warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług.

Zgodnie bowiem z artykułem 4 ust. 2 litewskiej ustawy o konkurencji z dnia 23 marca 1999 r., organy administracji publicznej nie są uprawnione do przyjmowania aktów prawnych lub podejmowania innych decyzji, na mocy których dochodzi do uprzywilejowanego traktowania lub dyskryminacji jakichkolwiek indywidualnych podmiotów gospodarczych lub grupy takich podmiotów, i które prowadzą lub mogą prowadzić do zróżnicowanych warunków konkurencji dla podmiotów gospodarczych konkurujących na właściwym rynku, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie można uniknąć różnic w warunkach konkurencji ze względu na konieczność przestrzegania ustaw Republiki Litewskiej.

Pytanie skierowane do TSUE dotyczyło tego, czy – nawet jeśli są spełnione określone w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE warunki udzielenia zamówienia *in-house* – prawo krajowe może uzależnić udzielenie takiego zamówienia od zbadania jego wpływu na konkurencję na danym rynku właściwym. W stanie faktycznym sprawy C-285/18 nie było bowiem wątpliwości, czy są spełnione przesłanki określone w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE. Spór dotyczył natomiast tego, czy umowa zawarta między zamawiającym a spółką Kauno švara jest zgodna z ustawą o konkurencji. Zawarcie tej umowy spowodowało bowiem zmniejszenie liczby zamówień na usługi spółki Irgita, z którą wcześniej zawarł umowę zamawiający. Mogło więc dojść do zakłócenia konkurencji między podmiotami gospodarczymi na rynku utrzymywania obszarów leśnych w mieście Kowno, na którym działały obie spółki.

Trybunał na wstępie swoich rozważań przywołał art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: *Niniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkiem usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26.*

TSUE stwierdził ponadto, że art. 12 dyrektywy 2014/24/UE ogranicza się do sprecyzowania warunków, jakich musi przestrzegać instytucja zamawiająca przy udzielaniu zamówienia typu *in-house* i skutkuje jedynie upoważnieniem państw członkowskich do wyłączenia takiego zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 oraz że artykuł ten nie może pozbawiać państw członkowskich swobody przedkładania określonego sposobu świadczenia usług, wykonania robót budowlanych lub dostaw, ze szkodą dla innych sposobów. Swoboda ta oznacza bowiem wybór dokonywany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia i w związku z tym nie może on wchodzić w zakres dyrektywy 2014/24.

Dyrektywa 2014/24/UE nie zobowiązuje państw członkowskich do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także nie zobowiązuje do udzielenia zamówień typu *in-house*, jeżeli spełnione są warunki określone w art. 12 ust. 1 dyrektywy.

### WAŻNE !

TS stwierdził, że państwo członkowskie może uchwalić przepis prawa krajowego, który uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarazem warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień typu *in-house*, powinny zostać ustanowione w oparciu na precyzyjnych i jasnych przepisach prawa dotyczących zamówień publicznych, które muszą być wystarczająco dostępne i przewidywalne w zakresie ich stosowania, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności. Co jednak najistotniejsze, TSUE wskazał, że udzielenie

zamówienia typu *in-house*, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)–c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii.

## NIEWYDOLNOŚĆ RYNKU

Wyrok wydany w sprawie C-285/18 nie jest odosobniony. W dniu 6 lutego 2020 r. TSUE wydał wyrok w sprawie C-89/19, w której podobnie jak w sprawie C-285/18 stwierdzono, że: Art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in house*”, od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

Orzeczenie to odnosi się co prawda do art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 (a więc sytuacji, gdy mamy do czynienia z podmiotem wewnętrznym kontrolowanym wspólnie przez kilku zamawiających), ale istota problemu była taka sama jak w sprawie C-285/18, dotyczącej art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24: czy prawo Unii (a w szczególności zasada swobodnego administrowania przez organy władzy publicznej i zasada zasadniczej równowagi między różnymi trybami udzielenia zamówienia i zarządzania usługami należącymi do kompetencji administracji publicznej) stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, który stawia udzielanie zamówień *in-house* w pozycji podrzędnej i wyjątkowej względem udzielania zamówień w drodze postępowania przetargowego – dopuszczając taki sposób udzielania zamówień jedynie w przypadku wykazania niewydolności w funkcjonowaniu ośnośnego rynku oraz zobowiązując w każdym przypadku organ administracji, który zamierza udzielić zamówienia w ramach delegacji między swymi wewnętrznymi jednostkami, do dostarczenia konkretnego uzasadnienia w przedmiocie korzyści dla społeczności związanych z tą formą udzielenia zamówienia?

Przepis krajowy w tej konkretnej sprawie, który był przedmiotem wątpliwości co do art. 192 ust. 2 włoskiego kodeksu zamówień publicznych, który stanowi, że: *W celu udzielenia zamówienia *in-house*, którego przedmiotem są usługi dostępne na rynku na warunkach konkurencji, instytucje zamawiające dokonują wcześniej oceny przydatności gospodarczej oferty podmiotów *in house*, biorąc pod uwagę cel i wartość usługi, oraz przedstawiają w uzasadnieniu decyzji o udzieleniu zamówienia powody, dla których zrezygnowali z przetargu, a także korzyści dla społeczności wynikające z wybranej metody zarządzania, w tym poprzez odniesienie do celów powszechnych i społecznych, wydajności, oszczędności i jakości usług oraz optymalnego wykorzystania zasobów publicznych.*

Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie, TS powtórzył w dużej części argumentację z wyroku C-285/18, wskazując m.in., że: *Swoboda, jaką dysponują państwa członkowskie w wyborze sposobu zarządzania wykonaniem robót lub świadczeniem usług, jaki uznają za najodpowiedniejszy, nie może być jednak nieograniczona. Wręcz przeciwnie, powinna ona być wykonywana z poszanowaniem podstawowych zasad traktatu TFUE, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemne uznawanie, proporcjonalność i przejrzystość.*

W rezultacie TSUE uznał, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in-house*”, od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

## ROZSTRZYGNĘCIA KIO

Ostatnia konkluzja z wyroku C-285/18, tj. że sam fakt spełnienia przez zamówienie warunków określonych w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie oznacza sam w sobie, że jest ono zgodne z prawem Unii, jest niezwykle istotna z punktu widzenia stosowania polskich ustaw o zamówieniach publicznych. Warto bowiem przypomnieć, że Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała już w przeszłości spory, które dotyczyły tego, czy konieczne jest badanie wpływu na konkurencję udzielenia zamówienia *in-house*, nawet jeśli nie ma wątpliwości co do tego, że zostały spełnione przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.). Odwołujący w tych sporach twierdzili, że samo wyłączenie spod przepisów dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości<sup>1</sup>.

Zgodnie ze stanowiskiem odwołujących do zamówień *in-house* stosuje się wszystkie zasady przewidziane dla zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 10 ustawy Pzp), w tym te wynikające z dyrektyw. Prounijna wykładnia

Art. 12 ust. 3  
dyrektywy  
2014/24

Art. 192  
ust. 2  
włoskiego  
kodeksu zp

Art. 49  
i 56 TFUE

przepisów krajowych nakazuje zamawiającemu wykazanie, że wyjątkowe okoliczności zmusiły go do wybrania trybu z wolnej ręki zamiast procedury konkurencyjnej, który to obowiązek ma oddzielny i pierwotny charakter względem uzasadnienia wyboru trybu *in-house*. Skoro ustawodawca krajowy nie przesądził o treści obligatoryjnego uzasadnienia wyboru trybu, nie można z góry przyjąć, że samo oświadczenie o spełnianiu przesłanek wynikających z art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp jest wystarczające. Zamawiający powinien uprzednio przeprowadzić analizę rynku, na który wpłynięcie udzielenie zamówienia, w celu ustalenia, czy sytuacja na tym rynku uprawnia do zastosowania wyjątkowej procedury zamówienia *in-house*<sup>2</sup>.

Rozstrzygając te sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązany także wykazać, przedstawiając analizy, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli poprzez wykazanie przesłanek wymaganych art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. dla zastosowania tej podstawy prawnej. Nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innymi podmiotów zamówieniem *in-house* (po zamieszczeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie, w tym przypadku na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji o zamiarze (...) ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełnienia *m.in.* przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp., którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia *in-house* w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie<sup>3</sup>.

**WAŻNE !**

Krajowa Izba Odwoławcza jednocześnie zauważyła, że jeśli udzielenie zamówienia *in-house* jest bezprawne (nie zostały spełnione wszystkie warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), to wtedy możliwe jest, że zamawiający nadużył pozycji dominującej poprzez wyeliminowanie konkurencji właśnie poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia z wolnej ręki<sup>4</sup>. Jak się wydaje, w kontekście wydania przez TS wyroku C-285/18 oraz C-89/19, wnioski Krajowej Izby Odwoławczej nie są już aktualne, a wykonawcy mogą próbować skutecznie podważyć decyzję zamawiającego o udzieleniu zamówienia *in-house*, wykazując naruszenie przepisów chroniących konkurencję na rynku właściwym.

**POROZUMIENIE MIĘDZYGMINNE**

W 2020 roku TS w sprawie C-328/19 wydał interesujący wyrok w kontekście udzielania zamówień *in-house* przez gminy, które zawarły porozumienie międzygminne (szczegółowo omówiliśmy go w MZP nr 7 – sierpień/wrzesień 2020 r.).

W uzasadnieniu wyroku wydanego w dniu 18 czerwca 2020 r. Trybunał stwierdził *m.in.*, że porozumienie gmin, na mocy którego gminy te przekazują jednej z nich zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, jest wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 ze względu na to, że stanowi przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z wykładnią zawartą w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15). Jednocześnie wskazano, że gminę, której to zadanie powierzono, przy udzielaniu zamówień po tym przekazaniu, należy uznać za instytucję zamawiającą i upoważnioną do zlecenia podmiotowi *in-house*, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, usług zaspokajających nie tylko jej własne potrzeby, lecz również potrzeby pozostałych gmin będących stronami tego porozumienia, podczas gdy bez tego przekazania kompetencji wspomniane gminy musiałyby same zaspokoić własne zapotrzebowanie.

Art. 4  
ust. 2 TUE**WAŻNE !**

Wyrok C-328/19 istotnie zmienia dotychczasowe stanowisko co do charakteru porozumień międzygminnych w kontekście zamówień publicznych oraz udzielania zamówień *in-house*. Sprawy z tego zakresu były także przedmiotem wyroków wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wątpliwości dotyczyły przede wszystkim tego, że w przypadku udzielenia przez gminę, której zostało powierzone dane zadanie, zamówienia *in-house* podmiotowi wewnętrznemu będącemu spółką komunalną, w której 100% udziałów/akcji posiada właśnie ta gmina, której zadanie zostało powierzone, to kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp nad spółką komunalną sprawuje wyłącznie ta gmina, której zadanie zostało powierzone, a nie pozostałe gminy.

Krajowa Izba Odwoławcza, opierając swoje orzeczenie na wyroku TSUE C-386/11 z dnia 13 czerwca 2013 r., na tle takiego stanu faktycznego uznała w dniu 27 grudnia 2017 r. w sprawie KIO 2567/17, że porozumienie międzygminne zawarte na podstawie art. 74 usg należy uznać za umowę „o charakterze odpłatnym”, której przedmiotem świadczenia są usługi wymienione w załączniku II A do dyrektywy 2014/24 w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18. Świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych jest świadczeniem usług w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy 2014/24, a co za tym idzie – nabycie takich usług jest zamówieniem zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24.