

MEMORANDUM ZWIĄZKU PRZEDSIĘBIORCÓW I PRACODAWCÓW WS. NADUŻYWANIA REGULACJI DOT. ZAMÓWIEŃ IN-HOUSE

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są: przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może skorzystać z innych form udzielenia zamówienia – m.in. w trybie negocjacji, czy też zamówienia z wolnej ręki, tylko i wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Mamy zatem wyraźnie zarysowaną zasadę, jaką jest udzielanie zamówień publicznych w trybie przetargu oraz wyjątki od niej. Jednym z nich jest udzielenie zamówienia „z wolnej ręki”, którego z kolei szczególnym przypadkiem – w polskim prawie – jest udzielenie zamówienia in – house.

Zamówienia in – house to, w dużym uproszczeniu, zamówienia udzielane podmiotom ściśle powiązanim z podmiotami zamawiającymi. Do 2010 roku w polskim prawie w ogóle nie istniała regulacja jakkolwiek odnosząca się do tego zagadnienia i stosowanych w takich przypadkach procedur – powoływano się zatem bezpośrednio na bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w tym w szczególności na wyrok z 18 listopada 1999 roku w sprawie C-107/98 Teckal. W orzeczeniu tym wskazano na dwa podstawowe kryteria, których spełnienie decyduje o tym, czy zamówienie można uznać za zamówienie in - house i tym samym wyłączyć je spod reżimu udzielania zamówienia opisanego w ówczesnej dyrektywie zamówieniowej. Zamówienia in – house sensu largo nie są bowiem w ogóle traktowane jako zamówienia publiczne. Pierwszym kryterium jest sprawowanie przez zamawiającego nad wykonawcą kontroli analogicznej do własnych wydziałów. Drugim wymogiem jest udzielenie zamówienia podmiotowi, który wykonuje na rzecz zamawiającego zasadniczą część działalności. Ze względu na praktyczne trudności w ustaleniu, czy uprawnienia zamawiającego wobec wykonawcy są podobne do uprawnień przysługujących mu wobec własnych wydziałów, a także czy wykonawca odpowiada za istotną część działalności organu, wspomniane kryteria doprecyzowywano na łamach dalszych orzeczeń. W każdym razie, od 1 stycznia 2010 roku obowiązywał nowy przepis w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. art. 4 pkt 13, zgodnie z którym ustawy nie stosowało się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli zasadniczą część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczyła 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, a przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej (warunki musiały być spełnione łącznie). Jak widać, ustawodawca wręcz wprost przytoczył w przepisie kryteria opisane wcześniej przez orzecznictwo ETS, jednak prawo do udzielania zamówień in

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, wiceprezesi: Tomasz Pruszczyński, Marcin Nowacki

– house dotyczyło tylko zamówień udzielanych instytucjom gospodarki budżetowej, czyli jednostkom sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, wykonującym odpłatnie wyodrębnione zadania. Instytucje gospodarki budżetowej mogą tworzyć minister lub szef KPRM, a także organ lub kierownik jednostki, wobec których Minister Finansów ma obowiązek włączenia dochodów i wydatków na rok następny do projektu ustawy budżetowej. W Polsce istnieje tylko kilka instytucji gospodarki budżetowej. Wspomniany przepis został znowelizowany i od 1 stycznia 2017 ma inne brzmienie, jednak wciąż dotyczy tylko instytucji gospodarki budżetowej.

Jednocześnie, w od 1 stycznia 2017 roku obowiązują przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12, w których uregulowano możliwość udzielania zamówień in – house w trybie zamówienia z wolnej ręki. Oznacza to naturalnie brak konieczności przeprowadzania przetargu, czy też jakiegokolwiek analizowania dostępnych ofert. Zgodnie z regulacjami, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli:

- sprawuje nad wykonawcą kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania jej sprawami
- ponad 90% działalności wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje taką kontrolę
- w wykonawcy nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Nowy przepis w praktyce oznacza, że samorządy mogą z wolnej ręki udzielać zamówień swoim własnym spółkom komunalnym, po spełnieniu określonych w ustawie warunków. Dodatkowe obwarowania zostały dodane do projektu ustawy wskutek wzmożonej krytyki środowisk przedsiębiorców, obawiających się zmonopolizowania rynku usług publicznych przez spółki gminne. Mimo wprowadzenia warunków koniecznych do spełnienia, by możliwe było udzielenie zamówień in – house w trybie bezprzetargowym, wyposażono samorządy w proste narzędzie do nadużywania przyznanich im uprawnień – w art. 67 ust. 8 i 9 zapisano bowiem, że do obliczania procentu działalności (w odniesieniu do kryterium wykonywania zadań na rzecz zamawiającego stanowiącego 90% działalności wykonawcy) uwzględnia się średni przychód osiągnięty za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, jednak gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu są niedostępne lub nieadekwatne, procent ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Istotą kryterium osiągnięcia 90% przychodów z działalności na zlecenie zamawiającego, jest ograniczenie możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień spółkom gminnym tylko do tych podmiotów, które nie prowadzą działalności na rynku, również na rzecz innych niż zamawiający podmiotów. Istotną część spółek gminnych w Polsce nie spełnia tego warunku, jednak ustawodawca wyposażył samorządy w narzędzie do skutecznego obchodzenia tego kryterium – wystarczy powoływać się na „reorganizację” podmiotu i „wiarygodne prognozy handlowe” dotyczące prawdopodobieństwa osiągnięcia przynajmniej 90% przychodów

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, wiceprezisi: Tomasz Pruszczyński, Marcin Nowacki

z działalności na zlecenie zamawiającego. Taka sytuacja stanowi wypaczenie podstawowej idei, która powinna stać za regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych, tj. dbałości o rozsądne wydawanie środków publicznych, a także troski o swobodną konkurencję w zakresie ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

Monopolizacja każdego rynku, w tym także rynku usług publicznych, niesie za sobą daleko idące negatywne skutki, zarówno dla podmiotów gospodarczych, jak i dla konsumentów. Przedsiębiorcy nie mają bowiem szansy konkurować z monopolistą, a pozbawieni wyboru konsumenci zmuszani są do akceptowania wyższych cen. Nie mają również żadnego wpływu na jakość świadczonych usług. Tym samym, oczywiste wydaje się, że monopol stanowi sytuację niepożądaną, której powinniśmy unikać. M.in. taka intencja stoi za ustanowieniem procedury przetargowej jako podstawowego sposobu udzielania zamówień publicznych – mimo wszystkich swoich wad i niedoskonałości, dopuszcza on konkurencję pomiędzy podmiotami, które składają swoje oferty. Tryb udzielania zamówień z wolnej ręki uzasadniony jest w sytuacjach wyjątkowych, w których podaż danych usług jest skrajnie ograniczona.

Mimo stosunkowo krótkiego czasu obowiązywania nowych regulacji, wiemy już o pierwszych przypadkach potencjalnych nadużyć polegających na wykorzystywaniu furtki zostawionej przez prawodawcę w przepisie art. 67 ust. 9. Okazuje się bowiem, że Miasto st. Warszawa planuje udzielić swojej spółce MPO Sp. z o.o. zamówienia o wartości 527 milionów złotych netto na odbieranie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a także z obiektów gastronomii i targowisk. W związku z ogłoszeniem zamiaru udzielenia zamówienia własnej spółce przez m.st. Warszawę, wykonawcy – którzy pozbawieni zostali możliwości ubiegania się o zamówienie – złożyli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Powołując się na sprawozdania finansowe spółki, zarzucano że MPO nie spełnia wymogu osiągnięcia co najmniej 90% przychodów z tytułu działalności na zlecenie zamawiającego. Spółka bowiem konkuruje z innymi przedsiębiorcami na wolnym rynku odbierania odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, tj. nieruchomości biurowych, sklepów itd. Zamawiający podniósł wobec powyższego argument odnoszący się do reorganizacji spółki i sporządzonych „wiarygodnych prognoz handlowych”, w których stwierdza się, że przychody MPO z działalności powierzonej przez m.st. Warszawę będą w ciągu najbliższych trzech lat wynosiły ponad 90% przychodów spółki ogółem. Tym samym doszło do obejścia ustawowego „wymogu 90%”, poprzez wykorzystanie luk pozostawionych przez prawodawcę w ust. 9. Istnieje poważne niebezpieczeństwo, że postępowanie m.st. Warszawy będzie stanowić dla innych jednostek samorządu terytorialnego wzór działania w zakresie bezprzetargowego udzielania zamówień własnym spółkom. Z dostępnych nam szacunków wynika, że koszt zakupu przez MPO dodatkowego sprzętu oraz rozbudowy baz logistyczno-magazynowych (co jest niezbędne, jeśli spółka ma obsługiwać nieruchomości obsługiwane dotychczas przez prywatne podmioty) wyniesie co najmniej 100 milionów złotych. Koszt ten pokryją oczywiście konsumenci, w ramach opłat za odbieranie odpadów. Jednocześnie, po stronie przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, będziemy mieli do czynienia z potężnymi stratami finansowymi. Przez ostatnie lata zainwestowali oni bowiem setki milionów złotych w niezbędny sprzęt i infrastrukturę, których posiadanie było zresztą niejednokrotnie wymuszone przepisami ustawy o utrzymaniu czystości

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, wiceprezisi: Tomasz Pruszczyński, Marcin Nowacki

i porządku w gminach i ustawy o odpadach, a także warunkami przetargu zorganizowanego przez m.st. Warszawę w 2013 roku (w zakresie choćby wyposażenia śmieciarek w urządzenia wagowe, czy systemy RFID i satelitarnej nawigacji).

W trosce o zachowanie wolnej konkurencji wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, a także z uwagi na dobro konsumentów objawiające się cenami usług publicznych adekwatnymi do ich jakości, apelujemy o zmianę i uszczelnienie przepisów tak, by samorządy nie mogły całkowicie swobodnie powierzać własnym spółkom zamówień w trybie bezprzetargowym. ZPP już w swoim stanowisku z 2015 roku podnosiło postulat, by możliwość udzielenia zamówienia in – house w trybie z wolnej ręki, uzależniona była od uzyskania przez zamawiającego pozytywnej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wciąż stoimy na stanowisku, że zadaniem prawodawcy jest takie kształtowanie otoczenia regulacyjnego, by podmioty funkcjonujące na rynku mogły na nim na równych zasadach konkurować. Jednocześnie zwracamy uwagę na fakt, że postępowanie samorządów – jeśli stanie się regułą – negatywnie wpłynie na skłonność przedsiębiorców do inwestowania. Nie będą oni bowiem mieli pewności, czy w ciągu najbliższych miesięcy możliwe będzie chociaż konkurowanie o przydzielenie im danego zamówienia publicznego. Z tego też powodu, apelujemy o uszczelnienie przepisów w koniecznym zakresie, a docelowo także o uzależnienie możliwości udzielania zamówień in – house z wolnej ręki od uzyskania przez zamawiającego pozytywnej decyzji Prezesa UOKiK.

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, wiceprezisi: Tomasz Pruszczyński, Marcin Nowacki