

NADZÓR I KONTROLA ZAMÓWIEŃ I KONCESJI IN-HOUSE

Paweł Nowicki, Ewa Przeszło, Hanna Wolska

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE 2021



Wolters Kluwer

NADZÓR I KONTROLA ZAMÓWIEŃ I KONCESJI IN-HOUSE

Paweł Nowicki, Ewa Przeszło, Hanna Wolska

Stan prawny na 15 listopada 2020 r.

Paweł Nowicki, ORCID: 0000-0002-0604-0308

Ewa Przeszło, ORCID: 0000-0002-9649-4134

Hanna Wolska, ORCID: 0000-0002-9806-6336

Wydanie publikacji zostało dofinansowane
przez Uniwersytet Gdański

Recenzent

Prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski

Wydawca

Izabella Matecka

Redaktor prowadzący

Tomasz Pietrzak

Opracowanie redakcyjne

JustLuk

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Poszczególne rozdziały opracowali:

Paweł Nowicki: rozdział 3,

Ewa Przeszło: rozdziały 1–2,

Hanna Wolska: rozdziały 4–5

Paweł Nowicki, Ewa Przeszło, Hanna Wolska: Wstęp i zakończenie

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8223-412-1

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Wstęp	11
Rozdział 1	
Charakterystyka systemu zamówień publicznych	13
1.1. Wprowadzenie	13
1.2. Pojęcie systemu – uwagi ogólne	14
1.3. Podstawy normatywne systemu zamówień publicznych	17
1.4. Cechy systemu zamówień publicznych	23
1.5. Sposoby realizacji celów systemu zamówień publicznych	30
Rozdział 2	
Kontrola i nadzór w systemie zamówień publicznych	39
2.1. Wprowadzenie	39
2.2. Istota kontroli	40
2.2.1. Cechy kontroli – charakterystyka ogólna	40
2.2.2. Kontrola w naukach pozaprawnych	42
2.2.3. Kontrola w dogmatyce prawa	48
2.3. Kontrola w systemie zamówień publicznych	54
2.4. Istota nadzoru	62
2.4.1. Cechy charakterystyczne nadzoru	62
2.4.2. Nadzór w systemie zamówień	64

Rozdział 3**Zamówienia *in-house* w orzecznictwie Trybunału**

Sprawiedliwości	66
3.1. Uwagi wstępne	66
3.2. Wyrok C-107/98, Teckal	69
3.3. Konsekwencje wyroku C-107/98, Teckal	72
3.4. Dyrektywy zamówieniowe z 2014 r. – nowe przepisy, nowe wątpliwości	79
3.5. Uwagi końcowe	85

Rozdział 4**Zamówienia *in-house* w Prawie zamówień publicznych** 91

4.1. Wprowadzenie	91
4.2. Zamówienia z wolnej ręki a zamówienia <i>in-house</i> – wymogi proceduralne	106
4.3. Kontrola potencjalnych wykonawców w zamówieniach <i>in-house</i>	113
4.4. Nadzór nad zamówieniami <i>in-house</i>	121

Rozdział 5**Umowa koncesyjna zawierana w ramach *in-house*** 128

5.1. Koncesje <i>in-house</i> w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi	128
5.2. Koncesje <i>in-house</i> – wymogi proceduralne	139
5.3. Kontrola potencjalnych wykonawców w koncesjach <i>in-house</i>	141
5.4. Kontrola i nadzór koncesji <i>in-house</i>	143

Zakończenie 147**Bibliografia** 151

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

dyrektywa 2004/18/WE	– dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134, s. 114, ze zm.), nie obowiązuje
dyrektywa 2014/23/UE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94, s. 1, ze zm.)
dyrektywa 2014/24/UE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze zm.)
dyrektywa 2014/25/UE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dyrektywa sektorowa) (Dz.Urz. UE L 94, s. 243, ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
nowelizacja z 2016 r.	– ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020 ze zm.)
p.z.p.	– ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)

p.z.p.2019	– ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
u.f.p.	– ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.)
u.g.k.	– ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2019 r. poz. 712 ze zm.)
u.k.r.b.	– ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1528 ze zm.)
u.p.p.p.	– ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2020 r. poz. 711)
u.r.i.o.	– ustawa z 7.10.1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2137)
u.s.g.	– ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2020 r. poz. 713 ze zm.)
u.s.p.	– ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 920 ze zm.)
u.s.w.	– ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2020 r. poz. 1668 ze zm.)

Inne

AUW	– Acta Universitatis Wratislaviensis
Dz.U.	– Dziennik Ustaw
Dz.Urz. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KP	– Kontrola Państwowa
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
RIO	– regionalna izba obrachunkowa
Sam. Teryt.	– Samorząd Terytorialny
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny

TS	– Trybunał Sprawiedliwości (dawniej: ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

WSTĘP

Do 2017 r. problematyka zamówień i koncesji *in-house* w polskim systemie prawnym nie stanowiła płaszczyzny szczególnego zainteresowania ustawodawcy. Krajowa literatura przedmiotu koncentrowała się głównie na dopuszczalności stosowania zamówień i koncesji wewnątrzorganizacyjnych, odnosząc się do wzorców ukształtowanych orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości. Dopiero proces implementacji dyrektyw Unii Europejskiej spowodował, że w polskim systemie zamówień publicznych pojawiły się rozwiązania dotyczące zamówień i koncesji *in-house*.

Zamówienia *in-house*, jako szczególna przesłanka dokonania zamówienia w trybie z wolnej ręki, zostały uregulowane w polskim porządku prawnym na podstawie nowelizacji z 2016 r. Podobnie, ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, wprowadzone zostały umowy koncesje *in-house*, które mogą być zawierane z wyłączeniem procedury konkurencyjnej. Nie zostały one całkowicie wyłączone spod zakresu Prawa zamówień publicznych i ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, tak jak w przypadku dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/23/UE.

Przyjęte rozwiązania w wyżej wymienionych ustawach wpływają na poszerzenie kręgu organów kontroli, które są zobowiązane do uczestniczenia w procesie udzielania zamówień i koncesji *in-house*. Oprócz organów uprawnionych do standardowej kontroli występujących w systemie zamówień publicznych prawodawca przyznał organowi nadzoru nad zamawiającym szczególne uprawnienia w przypadku powzięcia wątpliwości co do nieprawidłowości zastosowania procedury *in-house*.

Przedmiotem analizy podjętej w niniejszej monografii będzie przede wszystkim ustalenie kompetencji szczególnych organów uprawnionych do sprawowania nadzoru i kontroli nad zamówieniami i koncesjami *in-house*. W powyższym celu w pierwszej kolejności dokonano przeglądu literatury pozwalającej na wyjaśnienie pojęć systemu zamówień publicznych oraz kontroli i nadzoru w systemie zamówień publicznych. Należy przy tym zauważyć, że są to terminy powszechnie stosowane w doktrynie i orzecznictwie. Następnie przeprowadzono badania w zakresie zamówienia *in-house* w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W dalszej kolejności dokonano analizy zamówień *in-house* w Prawie zamówień publicznych, umów koncesji zawieranych w ramach *in-house* oraz kontroli i nadzoru nad tymi instytucjami.

Uwagi przedstawione w niniejszej pracy wyrażone zostały na tle stanu prawnego obowiązującego 15.11.2020 r. W monografii uwzględniono także przepisy Prawa zamówień publicznych z 2019 r., które wejdą w życie od 1.01.2021 r.

Rozdział 1

CHARAKTERYSTYKA SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1.1. Wprowadzenie

Pojęcie systemu zamówień publicznych nie zostało zdefiniowane ani w ustawodawstwie krajowym, ani też prawodawstwie unijnym, przy czym jest to termin powszechnie już stosowany w doktrynie i orzecznictwie. W niniejszej monografii jego wyjaśnienie jest niezbędne dla umiejscowienia w tym systemie instytucji zamówień *in-house*, w szczególności skonstatowania, że te specyficzne zamówienia są elementem tego systemu.

System zamówień publicznych to określony zbiór powiązanych ze sobą elementów składowych. Ponieważ ma on charakter prawny, to naturalne jest jego oparcie na podstawach, którymi są akty prawne o zbliżonym zakresie i przedmiocie regulacji. Rozwiązania prawne obejmują problematykę zamówień publicznych *sensu stricto*¹, partnerstwa publiczno-prywatnego² i umów koncesji na roboty budowlane lub usługi³. System ten opiera się także na podobnych co do istoty i charakteru umowach zawieranych pomiędzy stronami, które łączy wspólny cel i – w znacznym stopniu – sposób działania. Umowy te,

¹ Prawo zamówień publicznych z 2004 r. oraz Prawo zamówień publicznych z 2019 r., które wejdzie w życie 1.01.2021 r.

² Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym.

³ Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

określając prawa i obowiązki stron, kształtują zarazem *in concreto* wydatkowanie środków publicznych.

Podkreślenia wymaga okoliczność występowania wielu cech charakterystycznych dla poszczególnych elementów składowych systemu zamówień publicznych. Wydaje się, że owe cechy należy wyspecyfikować i poddać choćby ogólnej charakterystyce, co pozwoli na wskazanie przynależności określonych instytucji lub konstrukcji prawnych (a więc również zamówień *in-house*) do systemu zamówień publicznych.

Wreszcie, właściwe wydaje się także dokonanie charakterystyki celów związanych z istotą zamówień publicznych, jaką jest wydatkowanie środków publicznych, a w powiązaniu z tą charakterystyką – także sposobów realizacji tych celów, co powinno stanowić odpowiednie podłoże do charakterystyki zamówień *in-house*.

1.2. Pojęcie systemu – uwagi ogólne

Pojęcie systemu można – w sposób zarazem ogólny, jak i uniwersalny – określić jako zbiór elementów, a zarazem zbiór sprzężeń między tymi elementami, które wspólnie określają cechy całości. Wskazane elementy są wzajemnie powiązane ze sobą i funkcjonują jako jedna całość, jest on skoordynowany wewnętrznie i wykazuje się określoną strukturą układu owych elementów. Systemem można nazwać również zespół sposobów (metod) działania, wykonywania złożonych czynności, a także całokształt zasad organizacyjnych, norm i reguł obowiązujących w danej sferze stosunków społecznych. Zwraca się uwagę, że wszystkie elementy systemu służą realizowaniu głównego celu systemu jako całości. Jest to całość odpowiednio zorganizowana, w ramach której poszczególne elementy powiązane są ze sobą różnymi zależnościami, a która to całość została utworzona w celu spełnienia pewnych określonych funkcji. System to także logiczny stosunek wynikania, który pozwala tworzyć poprawną metodologicznie teorię⁴.

⁴ Zob. *Internetowa encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/system;3982198.html> (dostęp: 25.10.2020 r.); E. Gwóźdź, K. Tuszyńska, *Encyklopedia zarządzania*, <https://mfiles.pl/pl/index.php/System> (dostęp: 25.10.2020 r.).

Pojęciem system posługują się wszelkie nauki, jest ono także łączone z różnego rodzaju technologiami. W związku z tym istnieje wiele kryteriów klasyfikacji systemów. W szczególności, biorąc pod uwagę wybrane, a jednocześnie – jak się wydaje – podstawowe i interdyscyplinarne podziały, należy wyróżnić: systemy abstrakcyjne (pojęć, reguł, modeli) i fizyczne (materii i energii), systemy statyczne (niezmienne w czasie) i dynamiczne (zmiana w jednej części wpływa na pozostałe) oraz systemy otwarte (żywe) i zamknięte (abstrakcyjne). Klasyfikacja systemów wiąże się przy tym bardzo ściśle z charakterem nauk, w ramach których wskazuje się ich występowanie. Dotyczy to w szczególności filozofii, psychologii, cybernetyki, biologii, matematyki oraz nauk społecznych, w tym prawa⁵. System stanowi centralne pojęcie wyodrębnionego działu wiedzy zwanego teorią systemów ogólnych albo ogólną teorią systemów⁶.

Pojęcie systemu jest przedmiotem szczegółowych niekiedy dywagacji podejmowanych w ramach poszczególnych dogmatyk prawnych. Warto odnotować pogląd, że system prawa to przede wszystkim normy prawne występujące w określonym czasie historycznym, normy wzajemnie powiązane, z uwzględnieniem cech zarówno wspólnych, jak i różnicujących⁷. Polski system prawa zakłada określoną hierarchię aktów prawnych, a co również istotne – dokonuje podziału norm prawnych na gałęzie prawa przy zastosowaniu różnych kryteriów podziału, np. kryterium historycznego, uwzględniającego stosunki społeczne w danym państwie, czy też metody regulacji prawa (np. regulacje cywilnoprawne i administracyjnoprawne).

W odniesieniu do systemu norm prawnych można przyjąć, że normy takie mogą być zawarte zarówno w jednym akcie prawnym, który wówczas może być potraktowany jako podstawa danego systemu, jak i w dwóch lub kilku aktach będących wzajemnie powiązanymi

⁵ Por. L. von Bertalanffy, *Ogólna teoria systemów. Podstawy, rozwój, zastosowania*, Warszawa 1984.

⁶ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012, s. 103 i n.

⁷ A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2000, s. 222.

elementami danego systemu. Zarazem poszczególne normy zawarte w tych aktach także łączą się ze sobą jako elementy tego systemu.

Należy również wskazać kryterium podmiotowe, zakładające, że wyróżnikiem, a zarazem swoistym spoiwem systemu jest określony podmiot prawa lub grupa takich podmiotów wykazujących się podobieństwem w zakresie ich charakteru prawnego, statusu oraz funkcji.

Kolejnym kryterium wyróżnienia odpowiedniego systemu może być przedmiot regulacji norm stanowiących podstawę określonego systemu. Chodzi tu głównie o zbieżność takiej regulacji w obszarze przedmiotowym i możliwość uznania, że elementy systemu połączone są ze sobą właśnie z uwagi na przedmiot regulacji.

Analogicznie, czynnikiem łączącym dla określonego systemu mogą być ponadto cele regulacji normatywnej. Konieczne jest jednak prawidłowe zidentyfikowanie takich celów i zbadanie ich zbieżności kierunkowej, by w konsekwencji można było stwierdzić, iż właśnie określone cele stanowią spoiwo dla danego systemu. Można także zasadnie przyjmować, że podobną rolę odgrywają w ramach systemu zasady utożsamiane czasem z celami określonej regulacji prawnej lub związane z realizacją takich celów. Odnosnie do zasad warto podkreślić, że mogą one częstokroć być utożsamiane z normami prawa mającymi podstawowe znaczenie na gruncie danego aktu prawnego lub przynależnych do systemu kilku aktów, nośnikami określonych wartości przyjmowanych przez ustawodawcę, a także formami wyrażania pewnych postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda* oraz określania kierunków dokonywania wykładni prawa⁸. Warto zwrócić uwagę na okoliczność, że ustawodawca niejednokrotnie formułuje wspomniane wartości i postulaty, posługując się klauzulami generalnymi i zwrotami niedookreślonymi⁹. One także, przy właściwej ich identyfikacji, ustaleniu charakteru, a w konsekwencji – czynników

⁸ Zob. np. M. Chołodecki, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, AUW „Prawo” 2019/329, s. 30–34.

⁹ Zob. A. Powalowski, *Wprowadzenie do aksjologii prawa gospodarczego publicznego*, AUW „Prawo” 2019/329, s. 224–226.