

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

Maciej Perkowski

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

ORCID: 0000-0002-3909-3967

m.perkowski@uwb.edu.pl

Marta Jamiołkowska

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

ORCID: 0000-0002-3694-503

m.jamiolkowska@uwb.edu.pl

Implikacje zastosowania trybu in-house przy zamówieniach publicznych z udziałem regionalnych funduszy rozwoju

ABSTRAKT

Artykuł ma wymiar naukowo-badawczy i dotyczy problemu mającego istotne znaczenie w kontekście realizacji zadań ustawowych przez jednostki samorządu terytorialnego. Autorzy skupiają się na wybranym elemencie tego zagadnienia, a mianowicie na implikacjach zastosowania trybu in-house przy zamówieniach publicznych z udziałem regionalnych funduszy rozwoju. Analizując przesłanki zastosowania zamówienia publicznego w trybie in-house, założono hipotezę, zgodnie z którą w zakresie limitu dotyczącego działalności wykonawcy zamówienia in-house, którym jest regionalny fundusz rozwoju, należy uwzględnić pełną prowadzoną działalność takiego podmiotu, niezależnie od rodzaju udzielonego zamówienia, o ile działalność ta mieści się w ramach zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę (lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę). Oryginalność wyników badań dotyczy nie tylko ujęcia problematyki zamówień in-house w szczególnym kontekście podmiotowym, związanym z funkcjonowaniem regionalnych funduszy rozwoju, lecz także samej argumentacji, która została oparta o aktualne poglądy orzecznictwa i doktryny. Oznacza to pewną nową wartość poznawczą w sferze nauki, posiadającą również potencjalny walor praktyczny, który – rozwijając określone zawłości prawne – może posłużyć decydom samorządowym do pewniejszego zarządzania mieniem komunalnym.

Słowa kluczowe: regionalny fundusz rozwoju; zamówienia publiczne; in-house; jednostki samorządu terytorialnego

WPROWADZENIE

System zamówień publicznych stanowi istotne narzędzie realizacji zadań przez jednostki sektora finansów publicznych, a także ważny instrument ekonomiczny, jakim państwo może się posługiwać w celu dokonywania interwencji w gospodarce. Powagę jego znaczenia odzwierciedlają statystyki. Zgodnie z wyliczeniami Komisji Europejskiej znacząca część inwestycji publicznych w unijnej gospodarce realizowana jest w drodze zamówień publicznych, które stanowią 14% PKB Unii Europejskiej (UE), co czyni je podstawowym elementem środowiska inwestycyjnego¹. Z uwagi na newralgiczność funkcjonowania tego obszaru obrotu dla całej gospodarki oraz konieczność nadania mu odpowiednich reguł dotyczących

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy”, Strasburg, 3.10.2017, COM(2017) 572 final.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

transparentności w wydatkowaniu pieniędzy publicznych i bezstronności przy wyborze konkretnych podmiotów mających realizować określone zadanie obszar zamówień publicznych jest strefą silnie uregulowaną. W Polsce zasadnicze ramy prawne dla systemu zamówień publicznych tworzy ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych². Jest to akt prawny, który realizuje również unijne wymogi stawiane zamówieniom publicznym, jakie znajdują się w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE³.

Jedną z instytucji prawa zamówień publicznych są tzw. zamówienia in-house, czyli forma udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ich specyficzną cechą jest to, że przy spełnieniu określonych przesłanek zamawiający nie jest zobligowany do przestrzegania zasadniczych, „konkurencyjnych” regulacji dotyczących zamówień publicznych, mimo że powierza wykonywanie zadań odrębnemu podmiotowi⁴. Pierwsze uregulowanie instytucji in-house nastąpiło na mocy dyrektywy 2014/24/UE, a zaimplementowane do polskiego ustawodawstwa zostało w ramach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁵, a zatem prawnej „poprzedniczki” tożsamej gatunkowo i obecnie obowiązującej ustawy z 2019 r. Co jednak szczególnie ważne, polski prawodawca nie skorzystał z możliwości całkowitego wyłączenia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych dla zamówień in-house, co miało na celu umożliwienie stosowania przez wykonawców środków ochrony prawnej określonych w Prawie zamówień publicznych z 2004 r., jak również umożliwienie kontroli udzielania opisywanych zamówień przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych⁶.

Mimo że instytucja zamówień in-house funkcjonuje w polskim porządku prawnym od lat, a także – jak wskazują statystyki – cieszy się dużym zainteresowaniem podmiotów publicznych⁷, jej praktyczne funkcjonowanie wciąż budzi różnego rodzaju wątpliwości, które nie do końca zostały zgłębione przez przedstawicieli doktryny. Jednym z takich problemów jest kwestia zamówień in-house w kontekście powoływania i funkcjonowania regionalnych funduszy rozwoju.

Kluczową podstawą prawną dla możliwości działania tego rodzaju funduszy jest art. 13 ust. 1a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa⁸, zgodnie z którym

² T.j. Dz.U. 2022, poz. 2185, ze zm., dalej: p.z.p.

³ Dz.Urz. L 94/65, 28.03.2014.

⁴ A. Wójtowicz-Dawid, *Zawieranie umów cywilnoprawnych, w tym zamówienia in-house, a pomoc publiczna*, [w:] *Pomoc publiczna udzielana przez gminy*, LEX/el. 2020.

⁵ T.j. Dz.U. 2019, poz. 1843, ze zm.

⁶ Fundusze Europejskie, Urząd Zamówień Publicznych, Europejski Fundusz Społeczny, *Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.)*, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/46645/Udzielanie-zamowien-w-trybie-zamowienia-z-wolnej-reki-w-ramach-in-house.pdf (dostęp: 16.03.2023).

⁷ Urząd Zamówień Publicznych, *Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2022 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych*, 31.01.2022. Zgodnie z tym źródłem w przypadku postępowań wszczętych na zasadach określonych w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. drugim pod względem popularności trybem zamówienia w 2022 r. był tryb z wolnej ręki (38,86% wszystkich zamówień). W przypadku postępowań wszczętych na zasadach określonych w Prawie zamówień publicznych zamówienia z wolnej ręki stanowiły 12,08% wszystkich zamówień.

⁸ T.j. Dz.U. 2022, poz. 2094, ze zm., dalej: u.s.w.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

w sferze użyteczności publicznej województwo może, w celu realizacji określonych obowiązków, utworzyć regionalny fundusz rozwoju w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej. Rodzaj zadań, których wykonywanie samorząd może powierzyć regionalnemu funduszowi rozwoju, określa art. 11 ust. 2 u.s.w. Wskazany przepis wymienia elementy składowe polityki rozwoju województwa, za której prowadzenie odpowiedzialny jest jego samorząd. Pośród różnych działań wskazuje m.in. pozyskiwanie i łączenie środków finansowych publicznych i prywatnych w celu realizacji zadań z zakresu użyteczności publicznej, popieranie postępu technologicznego i innowacji oraz tworzenie warunków rozwoju gospodarczego, w tym kreowanie rynku pracy.

Geneza uregulowania w polskim prawie instytucji regionalnych funduszy rozwoju sięga ustawy z dnia 7 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz niektórych innych ustaw⁹. Istota ich funkcjonowania miała się opierać na mechanizmie, zgodnie z którym środki pochodzące z regionalnego programu operacyjnego, niezaangażowane w ramach umów z odbiorcami wsparcia udzielanego w postaci środków zwrotnych, oraz środki zwracane przez tych odbiorców byłyby ponownie wykorzystywane na realizację celów służących polityce rozwoju właśnie przez omawiane instytucje¹⁰. Celem ich wprowadzenia była zaś chęć uniezależnienia polityki rozwoju od środków pomocowych pochodzących z UE¹¹. Prawodawca chciał bowiem zaadresować ryzyko, gdy w wyniku ewentualnych zmian organizacyjnych wewnątrz UE w zakresie zasad dystrybucji środków pomiędzy poszczególnych odbiorców zostałyby ograniczony napływ środków na cele rozwojowe w ramach programów regionalnych¹². W zamierzeniu ustawodawcy to właśnie regionalne fundusze rozwoju, poprzez wykorzystanie zwrotnych instrumentów finansowych, miałyby koordynować regionalną politykę rozwoju¹³.

W praktyce w Polsce w 12 województwach działa 12 regionalnych funduszy rozwoju. Ich zasadniczym zadaniem jest oferowanie wsparcia finansowego mikro, małym i średnim przedsiębiorcom w formie pożyczek, gwarancji czy poręczeń, dla których źródłem kapitałowym są zwrotne instrumenty finansowe¹⁴. Choć aktualnie prawodawstwo zezwala na ich utworzenie jedynie przez samorząd województwa, w literaturze wskazuje się na bezcelowość tego

⁹ Dz.U. 2017, poz. 1475. Zob. R. Poździk (red.), *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*, Warszawa 2016.

¹⁰ Art. 98 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (t.j. Dz.U. 2020, poz. 818, ze zm.).

¹¹ M. Wielgolaski, *Art. 13, [w:] Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, red. P. Drembkowski, Legalis 2020.

¹² D. Kowalski, *Regionalne fundusze rozwoju – zalety, wady i ograniczenia*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2019, vol. 27(1), s. 10.

¹³ W kontekście regionalnych polityk rozwoju finansowanych ze środków unijnych zob. M. Perkowski, R. Poździk (red.), *Ustawa o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027. Komentarz*, Warszawa 2023.

¹⁴ Ogólnopolskie Stowarzyszenie Regionalnych Funduszy Rozwoju, *Regionalne Fundusze Rozwoju: wspólne cele, wspólne działanie*, <https://osrfr.org/media-regionalne-fundusze-rozwoju-wspolne-cele-wspolne-dzialanie> (dostęp: 16.03.2023).

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

rodzaju ograniczenia oraz postuluje się przyznanie kompetencji tworzenia lokalnych funduszy rozwoju również gminom i powiatom¹⁵.

Konkludując, należy przyznać, że regionalne fundusze rozwoju mają istotne znaczenie dla wspierania regionalnej przedsiębiorczości, a także – w konsekwencji – dla budowania potencjału gospodarczego województwa. Ich szeroka formuła przedmiotowa, która wykracza poza wyjściowo kluczowe zarządzanie środkami zwrotnymi, przynosi jednak dylematy praktyczne, które naukowo jawią się jako problemy badawcze. Jednym z nich jest rodzaj i zakres dozwolonej aktywności regionalnych funduszy rozwoju realizujących zamówienia publiczne typu in-house. Hipotetycznie autorzy niniejszego opracowania zakładają, że w zakresie przesłanki art. 214 ust. 1 pkt 12 lit b p.z.p., w limicie dotyczącym działalności wykonawcy zamówienia in-house, którym jest regionalny fundusz rozwoju, należy uwzględnić pełną prowadzoną działalność takiego podmiotu, niezależnie od rodzaju zamówienia, o ile działalność ta mieści się w ramach zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę (lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę), a także niezależnie od ewentualnie zleconego później podwykonawstwa części zadań powierzonego spółce komunalnej w ramach zamówienia in-house.

Celem niniejszego artykułu jest zweryfikowanie wyżej wskazanych hipotez, czemu ma służyć analiza prawodawstwa, orzecznictwa i literatury, dokonana w przeważającej mierze przy zastosowaniu metody dogmatycznoprawnej. W ocenie autorów niniejsze opracowanie ma także szansę wzbogacić doktrynę prawniczą o nową wiedzę w zakresie problematyki zamówienia publicznego typu in-house w ścisłym kontekście wykonywania tych zamówień przez regionalne fundusze rozwoju. Zgodnie z najlepszą wiedzą autorów w literaturze prawniczej obecne są bowiem nieliczne publikacje dotyczące regionalnych funduszy rozwoju¹⁶ oraz istotnie liczniejsze opracowania dotyczące tematyki zamówienia in-house¹⁷. Brak jest jednak publikacji, która bezpośrednio podejmowałaby oba zagadnienia, analizując jednocześnie problemy prawne, jakie przy takim sprzężeniu mogą zaistnieć.

CZEŚĆ BADAWCZA

Na wstępie należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2019 r., która weszła w życie 1 stycznia 2021 r., nie wprowadza istotnych zmian w uregulowaniu instytucji zamówienia in-house w porównaniu z analogiczną ustawą z 2004 r. Prawodawca nie odstąpił od dotychczasowej konstrukcji podwójnej kwalifikacji, tj. co do oceny merytorycznej (kryteriów) oraz proceduralnej (sposobu udzielania zamówień)¹⁸. W związku z tym orzecznictwo

¹⁵ M. Stec, *O potrzebie nowego spojrzenia na komunalną działalność gospodarczą*, „Finanse Komunalne” 2019, nr 11–12, s. 106–118.

¹⁶ Zob. M. Pronobis, *Polityka wykorzystania środków z instrumentów zwrotnych wdrażanych w ramach wybranych regionalnych programów operacyjnych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 527; D. Kowalski, *op. cit.*

¹⁷ Zob. np. A. Wójtowicz-Dawid, *Pomoc publiczna...*; J. Jagoda, *Porozumienie międzygminne a wykonywanie zadań w trybie zamówienia in-house*, „Samorząd Terytorialny” 2019, nr 6; H. Wolska, E. Przeszło, P. Nowicki, *Nadzór i kontrola zamówień i koncesji in-house*, LEX/el. 2020.

¹⁸ H. Wolska, E. Przeszło, P. Nowicki, *Zakończenie*, [w:] *Nadzór i kontrola zamówień...*

i doktryna powstałe na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów mogą być relewantne dla analizy także bieżącego stanu prawnego.

Aktualnie omawianą w niniejszym artykule konstrukcję zamówienia in-house reguluje art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., który dotyczy sytuacji, gdy zamawiającym jest zamawiający publiczny. Zgodnie z tym przepisem zamówienie udzielane jest przez zamawiającego osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, przy czym warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób;
- b) 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, o której mowa w lit. a;
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Co ważne, istnienie powyższych okoliczności jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do obliczania 90% działalności, o czym jest mowa wyżej, należy uwzględnić średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, omawiany procent działalności należy ustalić za pomocą „wiarygodnych prognoz handlowych” (art. 214 ust. 6 p.z.p.). Ze względu na ramy formalne niniejszego opracowania dalszej pogłębionej analizie poddano jedynie przesłankę zawartą w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p.

„LIMIT 90%” DOTYCZĄCY DZIAŁALNOŚCI WYKONAWCY ZAMÓWIENIA IN-HOUSE

Zasadniczo w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu należy wziąć pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Co istotne, taki przychód powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podporządkowany podmiot, z której ponad 90% musi być wytwarzane w ramach zadań powierzonych, a zatem zadań zleconych w różnej formie przez zamawiającego podmiotowi podległemu¹⁹. Zgodnie z orzecznictwem bez znaczenia dla analizy spełnienia omawianej przesłanki pozostaje źródło przychodu, ponieważ zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę²⁰.

¹⁹ A. Gawrońska-Baran, *Art. 214*, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.

²⁰ Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 czerwca 2022 r., XXIII Zs 5/22.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów kontrolowanego podmiotu były ściśle związane z konkretnym poleceniem osoby zamawiającej wykonanie zadania powierzonego²¹. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których wykonawca czerpie dodatkowy przychód²². Nie ma przy tym znaczenia, czy ten dodatkowy przychód jest związany z jego podstawową działalnością czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez ten podmiot (i przychody przez niego uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań, to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności²³.

Co więcej, mimo że Prawo zamówień publicznych nie definiuje, co należy rozumieć pod pojęciem zadania powierzonego ani w jakiej formie ma nastąpić powierzenie wykonywania zadań, światło na ten problem rzuca orzecznictwo. Zgodnie ze stanowiskiem judykatury pojęcia zadania powierzonego nie należy ograniczać jedynie do delegowania wyłącznie zadań własnych przez określoną jednostkę samorządu terytorialnego. Przykładowo w jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (KIO)²⁴ nie wzbudziło jej wątpliwości to, że do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych należy zaliczyć działalność polegającą na realizowaniu w imieniu gminy jej zadań własnych, przy czym – jak podkreśliła KIO – nie należy ograniczać pojęcia zadania powierzonego wyłącznie do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, podobnie jak nie jest zasadne ograniczanie powierzenia zadań wyłącznie do sytuacji ich przekazania w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej. Izba stwierdziła, że istotne jest, aby działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje, a także by nie miała charakteru komercyjnego. W świetle poglądów judykatury okoliczność, w jakiej formie następuje powierzenie zadań do realizacji, ma znaczenie drugorzędne – wybór formy zlecenia zadań leży w gestii zamawiającego i może podlegać ewentualnym ograniczeniom wynikającym z właściwych przepisów prawa, które zamawiający zobowiązany jest stosować²⁵.

Choć – jak wspomniano wyżej – Prawo zamówień publicznych nie klaryfikuje pojęcia zadania powierzonego, w celu jego interpretacji zasadne może okazać się zastosowanie również wykładni językowej. Ta natomiast prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdaje się szeroko określać zakres zadań powierzonych, które powinny dotyczyć 90% działalności kontrolowanego podmiotu. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy należy uznać, że posłużenie się słowem *dotyczy* nie ma charakteru przypadkowego, tylko stanowi odzwierciedlenie zamierzenia ustawodawcy, który – co warto podkreślić – nie posłużył się sformułowaniem, by „90% działalności obejmowało wykonywanie zadań powierzonych”²⁶. Użył bowiem sformułowania szerszego, zgodnie z którym „90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych”,

²¹ Postanowienie KIO z dnia 19 sierpnia 2022 r., KIO/KD 45/20.

²² Uchwała KIO z dnia 18 sierpnia 2017 r., KIO/KU 51/17.

²³ Uchwała KIO z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO/KD 28/20.

²⁴ Wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19.

²⁵ Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 czerwca 2022 r., XXIII Zs 5/22.

²⁶ Tak A. Gawrońska-Baran, *op. cit.*; P. Granecki, I. Granecka, Art. 214, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021; uchwała KIO z dnia 19 sierpnia 2017 r., KIO/KU 52/17.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

co prowadzi do wniosku, że celowo dokonał rozszerzenia zakresu przedmiotowego zadań mieszczących się w ramach powierzenia²⁷. Zgodnie z definicją słownikową słowo *dotyczyć* oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”²⁸. W konsekwencji, biorąc pod uwagę wykładnię językową omawianego przepisu, 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno (jedynie) odnosić się do wykonywania zadań powierzonych.

Za powyższą interpretacją, opowiadającą się za szerokim rozumieniem zadań mieszczących się w ramach wymaganych w przepisie „90% działalności”, zdaje się opowiadać także orzecznictwo unijne. Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) wskazuje bowiem, że w powyższym kontekście, przy udzieleniu zamówienia in-house, działalność wykonywaną przez dany podmiot kontrolowany należy interpretować całościowo. Zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawie C-340/04²⁹ „można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (...), tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny (...), decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji [podkr. własne]”. Trybunał stwierdził, że dla oceny wymaganego poziomu działalności przez przedsiębiorcę wykonującego zamówienie należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez tę osobę na podstawie udzielonego jej zamówienia, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sam zamawiający czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana³⁰.

Analizując szeroko pojęty dorobek TSUE, należy zwrócić uwagę również na opinie jego rzeczników generalnych. Choć zostały wyrażone przed wejściem w życie dyrektywy 2014/24/UE, to mają istotne znaczenie dla wykładni historycznej koncepcji zamówienia in-house oraz wnoszą istotny wkład dla zrozumienia zakresu działalności, jaką instytucja kontrolowana może wykonywać. W opiniach wydanych w ramach postępowania w sprawach C-340/04³¹ i C-26/03³² Rzecznik Generalny Christine Stix-Hackl wskazuje, że działalność ocenianego podmiotu należy określić na podstawie nie tylko kryteriów ilościowych, lecz także elementów jakościowych. Analiza drugiego z wymienionych aspektów ma na celu określenie, w jaki sposób i na czyją rzecz podmiot kontrolowany wykonuje swoją działalność oraz czy istnieje rynek tego rodzaju działalności, a w końcu czy podmiot kontrolowany świadczy

²⁷ Uchwała KIO z dnia 19 sierpnia 2017 r., KIO/KU 52/17.

²⁸ Hasło: *Odnosić się*, [w:] *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/odnosić%20się.html> (dostęp: 16.03.2023).

²⁹ Wyrok TSUE z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308.

³⁰ Zob. także: wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19.

³¹ Opinia Rzecznika Generalnego Christine Stix-Hackl przedstawiona w dniu 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo*, ECLI:EU:C:2006:24.

³² Opinia Rzecznika Generalnego Christine Stix-Hackl przedstawiona w dniu 23 września 2004 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, ECLI:EU:C:2004:553.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

komercyjnie część usług na rzecz innych osób niż instytucji sprawującej nad nim kontrolę³³. W elemencie ilościowym powinny być uwzględnione prawne i faktyczne aspekty związane z działalnością danego podmiotu³⁴. Z powyższego stanowiska można wysnuć wniosek, że z perspektywy historycznej kluczową intencją leżącą u podstaw koncepcji zamówienia in-house w kontekście interpretacji dozwolonego zakresu działalności wykonawcy zamówienia była całościowa ocena jego działalności.

Powyższe konkluzje są niezwykle istotne, ponieważ zgodnie z nielicznymi głosami doktryny³⁵ dla obliczenia wymaganego poziomu 90% przychodu, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki należy wziąć pod uwagę przychód za ostatnie 3 lata z działalności zbliżonej do udzielanego zamówienia. W świetle przytoczonych argumentów taka interpretacja nie wydaje się jednak trafna. Co więcej, zdaje się, że została ona wprost odrzucona przez KIO³⁶. Zgodnie z oceną tego organu przychód osoby prawnej powinien bowiem uwzględniać całokształt jej działalności, z czego ponad 90% musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad tą osobą prawną kontrolę. Izba argumentuje swoje stanowisko wykładnią językową przepisu, podkreślając, że nie odnosi się on do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych mających być przedmiotem zamówienia udzielanego z wolnej ręki, a także odwołując się do interpretacji prawa i judykatury TSUE. Izba stwierdziła, że orzecznictwo unijne akcentuje konieczność odnoszenia się do faktycznej działalności osoby prawnej, nie ograniczając jednak tej działalności wyłącznie do konkretnego jej aspektu, mającego być przedmiotem zamówienia in-house. Organ kończy swój wywód wyraźnym stwierdzeniem, że „pojawiające się (...) w doktrynie nieliczne postulaty wskazujące, że % działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy p.z.p., należy odnosić wyłącznie do usługi, jaką zamierza w trybie in-house zawrzeć zamawiający, nie znajdują oparcia w aktualnie obowiązujących przepisach i mogą być traktowane wyłącznie w kategorii postulatów *de lege ferenda*”.

Z powyższej analizy przepisów prawa i orzecznictwa (zarówno polskiego, jak i unijnego) wynika, że zakres limitu 90% dotyczącego działalności wykonawcy zamówienia in-house należy postrzegać szeroko, uwzględniając w nim całą działalność prowadzoną przez podporządkowany podmiot, z której ponad 90% musi być wytwarzane w ramach zadań powierzonych. W konsekwencji dla obliczenia tego limitu nie należy uwzględniać jedynie tego rodzaju działalności podmiotu kontrolowanego, która ma być przedmiotem zamówienia in-house. Ponadto we wskazanym limicie 90% działalności podmiotu nie musi obejmować ścisłego wykonywania zadań powierzonych, a jedynie dotyczyć ich wykonywania. Prowadzi

³³ W. Hartung et al., *Art. 12, [w:] Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2015.

³⁴ W. Hartung, *Samodzielność podstawowej jednostki samorządu terytorialnego w organizacji i świadczeniu usług komunalnych z perspektywy prawa Unii Europejskiej oraz krajowego porządku prawnego*, Legalis 2018.

³⁵ Zob. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016; J. Pawelec, [w:] *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism*, red. J. Pawelec, Warszawa 2016.

³⁶ Wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19. Choć KIO orzekła na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a p.z.p. z 2004 r. w zakresie przesłanki dotyczącej określonego poziomu działalności, przesłanka ta jest tożsama z kluczowym dla niniejszego opracowania warunkiem wynikającym z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

to do wniosku, że ustawodawcy zależało na rozszerzeniu katalogu zadań mieszczących się w ramach powierzenia.

SFERA UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ A DZIAŁALNOŚĆ REGIONALNYCH FUNDUSZY ROZWOJU

Dla celów zupełności wywodu i dogłębnego zbadania dozwolonego zakresu działalności regionalnych funduszy rozwoju w kontekście zamówień typu in-house należy przeanalizować również pojęcie sfery użyteczności publicznej. Zgodnie z ustawą o samorządzie województwa przedmiotowe fundusze mogą być tworzone tylko w ramach wspomnianej strefy. Kluczowym aspektem będzie więc każdorazowo ocena, czy działalność regionalnych funduszy rozwoju będzie dotyczyła działań powierzonych, mieszczących się w sferze użyteczności publicznej. Ze względu na fakt, że pojęcie to budzi spory w doktrynie i orzecznictwie, wymaga ono szerszej analizy.

Przede wszystkim należy odnotować, że ustawa o samorządzie województwa nie precyzuje pojęcia sfery użyteczności publicznej, dlatego w celu jego interpretacji warto – korzystając z wykładni systemowej – posłużyć się definicjami z art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym³⁷ oraz art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej³⁸.

Z obu przepisów wynika, że zadania należące do zadań użyteczności publicznej odznaczają się następującymi cechami:

- należą do zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, tzn. służą bieżącemu i nieprzerwanemu zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej;
- zaspokajane potrzeby mają charakter zbiorowy, tzn. dotyczą wszystkich albo większości lub znaczącej części członków danej wspólnoty (np. ochrona zdrowia, transport publiczny, opieka społeczna, edukacja);
- zaspokajanie tych potrzeb odbywa się w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych³⁹.

W literaturze istnieją również stanowiska, zgodnie z którymi zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej powinno odbywać się w sposób bezpośredni⁴⁰. W konsekwencji taka interpretacja wykluczałaby z katalogu zadań użyteczności publicznej te zadania, których realizacja zaspokaja potrzeby społeczności jedynie w sposób pośredni (np. wsparcie przedsiębiorców w tworzeniu nowych miejsc pracy jako działanie nakierowane na walkę z bezrobociem). W takim też kierunku zmierzało orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA), który w jednym z wyroków stwierdził, że „działalność spółki obejmująca udzielanie poręczeń pożyczek i kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego nie wykazuje koniecznych elementów dla uznania takiej działalności jako realizacji zadania

³⁷ T.j. Dz.U. 2023, poz. 40, ze zm.

³⁸ T.j. Dz.U. 2021, poz. 679, ze zm.

³⁹ J. Jagoda, *Art. 13, [w:] Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, red. B. Dolnicki, LEX/el. 2012.

⁴⁰ A. Szewc, *Art. 13, [w:] Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, LEX/el. 2008.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

o charakterze użyteczności publicznej. Tego rodzaju działalności nie można bowiem uznać za formę realizacji zadań mających na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty⁴¹. Interpretację, zgodnie z którą zadania określone w art. 11 u.s.w. nie mieszczą się w zakresie definicji użyteczności publicznej, a tym samym dla ich realizacji nie można stworzyć spółek prawa handlowego, popiera część przedstawicieli doktryny⁴². Choć powyższe orzeczenie zapadło na tle kwalifikacji prawnej możliwości utworzenia przez Radę Powiatu spółki mającej zajmować się działalnością kredytową i pożyczkową, jest ono niezwykle istotne z perspektywy przedmiotu niniejszego opracowania, w którym również skupiono się na podmiocie, w którego kompetencjach znajduje się zbliżona aktywność finansowa.

Powyższy pogląd judykatury został częściowo skrytykowany w doktrynie⁴³, m.in. z uwagi na zastosowanie przez NSA wykładni „użyteczności publicznej” zawężonej jedynie do interpretacji tego pojęcia na tle ustawy o gospodarce komunalnej. Z uwagi na takie podejście NSA nie uwzględnił w swoim wyroku istotnych przemian społeczno-gospodarczych, które zaszły w państwie i społeczeństwie na przestrzeni ostatnich dekad⁴⁴. Jak trafnie podnosi M. Stec, najbardziej organiczne zadania samorządu województwa i jednocześnie aktywności użyteczne publicznie to np. kreowanie regionalnego rynku pracy, który odpowiadałby potrzebom i aspiracjom jego mieszkańców, czy też przeciwdziałanie bezrobociu i aktywizacja rynku pracy⁴⁵. Jak wskazuje wspomniany autor, naturalnym sposobem wykonywania tych zadań jest aktywna działalność samorządu w sferze tworzenia warunków rozwoju gospodarczego, a jej istotnymi elementami powinno być wspieranie przedsiębiorczości (w szczególności małych i średnich przedsiębiorców) i zachęcanie większych podmiotów do inwestowania w województwie. Z tego M. Stec wywodzi, że przepisy odnoszące się do pojęcia użyteczności publicznej należy interpretować, korzystając z wykładni celowościowej, która pozwala poszerzyć spektrum zadań o charakterze użyteczności publicznej. Należy dodać, że taki pogląd znajduje potwierdzenie w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie przyjął, że „zadania mające charakter użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerszej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej”⁴⁶.

⁴¹ Wyrok NSA z dnia 16 maja 2006 r., II OSK 288/06; wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 8 marca 2007 r., I SA/Rz 647/06.

⁴² Jak wskazuje K. Bandarzewski, „zakres zadań użyteczności publicznej został określony w art. 14 ust. 1 u.s.w.” (*Komentarz do ustawy o samorządzie województwa*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2005, s. 127).

⁴³ P. Derlecki, *Wielowymiarowość pojęcia użyteczność publiczna*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 4, s. 53–62.

⁴⁴ M. Stec, M. Mączyński, *Zakres i charakter zadań samorządu województwa a sfera użyteczności publicznej – wykonywanie istotnej części obowiązków publicznych*, „Kontrola Państwa” 2016, nr 61, s. 133.

⁴⁵ M. Stec, *O potrzebie reinterpretacji (i nie tylko) niektórych pojęć w zakresie samorządowych zadań i kompetencji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, vol. 79(3), s. 45–46.

⁴⁶ Uchwała dotyczy ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 2 pkt 7 i art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

Oprócz aspektu teoretycznego należy wziąć pod uwagę również wnioski praktyki. Te formułuje w swoim raporcie Najwyższa Izba Kontroli (NIK)⁴⁷, potwierdzając, że za działalność w sferze użyteczności publicznej uznawana jest także działalność spółek wojewódzkich polegająca na udzielaniu poręczeń i pożyczek z wykorzystaniem środków unijnych. Izba ostatecznie stanęła na stanowisku, że działalność taka służy tworzeniu warunków rozwoju gospodarczego w województwie i nie wykracza poza sferę użyteczności publicznej. Usługi tego rodzaju – jako świadczone w ogólnym interesie gospodarczym – wskazane są jako narzędzie realizacji regionalnych programów operacyjnych, natomiast za działalność poza sferą użyteczności publicznej uznana została działalność spółek wojewódzkich w zakresie usług hotelarskich i turystycznych (zarządzanie hotelami i ośrodkami wypoczynkowymi), produkcji wód mineralnych czy usług gastronomicznych⁴⁸. Nie bez znaczenia jest też fakt, że obecnie w Polsce od lat funkcjonuje kilkanaście regionalnych funduszy rozwoju, których zasadniczą działalnością jest wspieranie lokalnych przedsiębiorców za pomocą różnego rodzaju pożyczek czy poręczeń.

Analizując powyższe stanowiska w kontekście działalności regionalnych funduszy rozwoju, należy podkreślić, że spory w doktrynie i niejedolite podejście orzecznictwa do zakresu sfery użyteczności publicznej silnie wpływają na ocenę podstawy prawnej tworzenia funduszy oraz w konsekwencji zakresu zadań, jaki samorzady województwa mogłyby powierzyć stworzonym przez nie regionalnym funduszom rozwoju. Jak wskazuje D. Kowalski, stanu tej niepewności nie zmieniło także wyraźne wprowadzenie do ustawy o samorządzie województwa uprawnienia samorządu do tworzenia regionalnych funduszy rozwoju w formie kapitałowych spółek prawa handlowego, ponieważ nadal występuje niepewność co do dozwolonego zakresu ich działania⁴⁹. Tę niepewność mogłoby wyeliminować doprecyzowanie przez ustawodawcę definicji strefy użyteczności publicznej⁵⁰ lub wskazanie, że samorząd województwa może tworzyć regionalne fundusze rozwoju bez względu na fakt, czy taka działalność jest wykonywana w sferze użyteczności publicznej⁵¹, co wyrażone zostało w charakterze postulatów *de lege ferenda* części przedstawicieli doktryny.

PODWYKONAWSTWO W KONTEKŚCIE ZAMÓWIEŃ IN-HOUSE

Praktyczne problemy ze stosowaniem konstrukcji zamówienia in-house, które z uwagi na ramy formalne niniejszego opracowania muszą być jedynie zasygnalizowane, sprawia udział podwykonawców w tego rodzaju zamówieniu. Zgodnie z art. 214 ust. 9 p.z.p. wykonawca, któremu udzielono zamówienia in-house, nie może powierzyć podwykonawcy wykonania

⁴⁷ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli NIK „Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego”*, nr ewid. P/14/019, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/14/019/KGP> (dostęp: 16.03.2023), s. 18.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ D. Kowalski, *op. cit.*, s. 12. Uzasadniając swoją tezę, autor dodatkowo wskazuje, że uprawnienie samorządu, o którym mowa w art. 13 ust. 1a u.s.w., w żaden sposób nie zmienia umocowania samorządu województwa do prowadzenia spółek kapitałowych, ponieważ już wcześniej samorząd miał możliwość tworzenia spółek w zakresie sfery użyteczności publicznej.

⁵⁰ M. Wielgolaski, *op. cit.*

⁵¹ D. Kowalski, *op. cit.*, s. 12.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Choć przepis operuje dość nieprecyzyjnymi terminami, przyjmuje się, że jego intencją jest, by wykonawca, któremu udzielono powyższego rodzaju zamówienia, mógł powierzyć podwykonawcy wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia⁵². Niemniej takie „podzlecenie” może mieć miejsce co do zasady jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w Prawie zamówień publicznych⁵³. W konsekwencji powyższe oznacza, że ustawodawca przyjął restrykcyjne założenie, iż wykonawca omawianego zamówienia musi być zdolny do samodzielnego wykonania zasadniczego przedmiotu zamówienia i nie może w tym zakresie korzystać z potencjału innych podmiotów. Do takiej interpretacji zdaje się skłaniać również Urząd Zamówień Publicznych, w ocenie którego możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną wykonania części zamówienia podwykonawcom powinna być interpretowana w sposób zawężający⁵⁴.

Naturalnym pytaniem, jakie jawi się w kontekście tytułowych rozważań, jest to, czy udział podwykonawców ma wpływ na przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p. Częściową odpowiedź na to pytanie przynosi analiza orzecznictwa. Zgodnie z poglądami judykatury działalność generująca przychód zaliczany do licznika proporcji w celu spełnienia i wykazania powyższej przesłanki musi być bezpośrednio związana z wykonaniem powierzonego zadania przez jednostkę, nad którą sprawowana jest kontrola zamawiającego. W konsekwencji w sytuacji, gdy realizacja powierzonego zadania faktycznie kierowana jest do podmiotu zewnętrznego, nad którym nie zachodzi żaden stosunek kontroli zamawiającego, przychód nie może być zaliczany do przychodu z działalności realizowanej w ramach „struktury wewnętrznej” zamawiającego⁵⁵. Pogląd ten został trafnie skrytykowany przez część doktryny, głównie z uwagi na fakt, że brak jest w prawie nakazu osobistego wykonywania zadań powierzonych wyłącznie przez spółkę komunalną, a sam sposób realizacji zamówienia in-house powinien podlegać ostatecznej decyzji korporacyjnej⁵⁶. Taki osąd – co słusznie odnotowano w literaturze – powinien uwzględniać efektywność całego procesu w ściśle określonych warunkach, ponieważ gospodarkę komunalną wyróżnia duża różnorodność zadań oraz ich przekrojowość⁵⁷. Co istotne, osią sporu sprawy, w której wydano powyżej zacytowane orzeczenie, była ocena prawna przychodów, które spółka komunalna otrzymywała od samorządu nie z tytułu faktycznego wykonywania zagospodarowania odpadów, lecz z tytułu organizacji tego zagospodarowania, które to prowadzało się do częściowo dalszego powierzania prac w tym zakresie podmiotom trzecim

⁵² Zob. A. Gawrońska-Baran, *op. cit.*; wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., KIO 731/21.

⁵³ Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2022 r., KIO/KD 18/22.

⁵⁴ Urząd Zamówień Publicznych, *Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych*, <https://www.gov.pl/web/uzp/wspolpraca-publiczno-publiczna-w-rozumieniu-ustawy-pzp> (dostęp: 16.03.2023).

⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 16 maja 2022 r., KIO 561/22; wyrok SO w Warszawie z dnia 21 października 2022 r., XXIII Zs 98/22.

⁵⁶ F. Łapecki, *Podstawy udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 PrZamPubl. Glosa do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16.5.2022 r., KIO 561/22 i in.*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1, s. 149–152.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 149.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

wybieranym w przetargach „konkurencyjnych”. Powyższy problem prawny, *mutatis mutandis*, związany jest również z działalnością regionalnych funduszy rozwoju, które często realizują część swoich zadań za pomocą podwykonawców⁵⁸. Choć konkluzje wynikające z przytoczonego wcześniej wyroku mogą istotnie wpłynąć na kształt realizowania zamówień „z wolnej ręki” oraz świadczenia usług przez regionalne fundusze rozwoju, należy zważyć, że istnieją też ważne argumenty, by w limicie dotyczącym działalności wykonawcy zamówienia in-house, którym jest regionalny fundusz rozwoju, uwzględnić pełną prowadzoną działalność takiego podmiotu, niezależnie od ewentualnie zleconego później podwykonawstwa. Do przesłanek udzielenia tego rodzaju zamówienia nie należy bowiem wykazanie przez wykonawcę zdolności do samodzielnej realizacji zadania powierzonego czy zakaz angażowania podwykonawców. Co więcej, ustawodawca zasadniczo nie ograniczył kategorii zamówień, które mogą być udzielone w trybie in-house, a taka forma powierzania realizacji zadań, nawet przy założeniu udziału podwykonawców, nie wydaje się zagrażać zapewnieniu odpowiednio wysokiego poziomu ochrony konkurencji⁵⁹.

PODSUMOWANIE

Podsumowując rozważania, należy wskazać, że zakres limitu 90% dotyczącego działalności wykonawcy zamówienia in-house, którym jest regionalny fundusz rozwoju, należy postrzegać szeroko, uwzględniając w nim całą działalność prowadzoną przez ten podmiot, z której ponad 90% musi być wytwarzane w ramach zadań powierzonych. Dla obliczenia limitu „90%” nie należy zawężać zakresu rozpatrywanej działalności, czyli uwzględniać jedynie ten rodzaj działalności regionalnego funduszu rozwoju, który ma być przedmiotem określonego zamówienia in-house. Ponadto we wskazanym limicie wymagany udział działalności tytułowego funduszu nie musi obejmować ścisłego wykonywania zadań powierzonych, a jedynie musi dotyczyć wykonywania tych zadań. Niemniej istotne ograniczenia pojawiają się w przypadku powierzenia części tego rodzaju zamówienia podwykonawcom. Część z tych obostrzeń wynika z poglądów judykatury, która krytycznie ocenia możliwość zaliczania przychodów z zadań realizowanych na rzecz zamawiającego przez wykonawcę zamówienia in-house, posługującego się podwykonawcami. Z uwagi na fakt, że linia orzecznicza sądów wydaje się w tej kwestii jeszcze kształtować, należy mieć nadzieję, że kolejne rozstrzygnięcia poruszające ten problem będą analizować go w sposób znacznie bardziej wyczerpujący, a doktryna – w tym niniejszy tekst – przyczyni się do przyjęcia przez judykaturę mniej zawężającej interpretacji art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p. w powyżej opisanym kontekście podwykonawców. Warto również dodać, że na dozwolony zakres funkcjonowania regionalnych funduszy rozwoju, a przez to na

⁵⁸ Regionalny Fundusz Rozwoju Województwa Łódzkiego, Ogłoszenia o przetargach, <https://rfrwl.pl/przetargi> (dostęp: 16.03.2023); Dolnośląski Fundusz Rozwoju, *Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zamówienia zorganizowanego przez Dolnośląski Fundusz Rozwoju, dotyczącego „Świadczenia przez Wykonawców usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzieleniu i kompleksowej obsłudze pożyczek (...) ze Środków Zamawiającego”*, https://www.dfr.org.pl/wp-content/uploads/2020/06/pakiet_1_2019.p-informacja-o-wyborze-oferty-i-cze_s_c_signed.pdf (dostęp: 6.08.2023).

⁵⁹ Zob. F. Łapecki, *op. cit.*, s. 152–153.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

zakres zadań, jaki samorzady województwa mogłyby powierzyć tym podmiotom, wpływają także niejasności prawne co do zakresu „sfery użyteczności publicznej”, a zgodnie z ustawą o samorządzie województwa to właśnie w sferze użyteczności publicznej województwo może – w celu realizacji określonych działań – utworzyć regionalny fundusz rozwoju. W niniejszym opracowaniu zaproponowano postulaty *de lege ferenda*, które mogłyby tę nieprecyzyjność zlikwidować (w ramach nowelizacji ustawy o samorządzie województwa).

Autorzy są zdania, że tak przedstawione i możliwie systemowe ujęcie kwestii tworzenia i funkcjonowania regionalnych funduszy rozwoju ma szansę wzbogacić doktrynę prawniczą o nową wiedzę dotyczącą dozwolonego zakresu zadań, jakie samorzady województwa mogą powierzać regionalnym funduszom rozwoju, a tym samym ograniczyć zakres problemów prawnych, jakie generuje nieoczywistość prawa obowiązującego dziś w tym zakresie. Co więcej, biorąc pod uwagę fakt, że w swojej działalności regionalne fundusze rozwoju posługują się (w szerokim znaczeniu) środkami pochodzącymi z budżetu UE, a także uwzględniając inherentne ryzyko korupcji dotyczącej zamówień publicznych⁶⁰ oraz rozbudowany zestaw narzędzi, jaki UE jest w stanie wykorzystać w celu kontroli wydatkowania swoich środków⁶¹, kwestię zamówień publicznych typu in-house należy traktować ze szczególną uwagą. Kontekst regionalnych funduszy rozwoju jest o tyle nieszablony, że pomimo ich szczególnego charakteru⁶² brak jest zarówno aktów normatywnych regulujących kompleksowe reguły przekazywania funduszy do beneficjentów, jak i upoważnienia ustawowego przyznanego samorządom województwa do wydania aktu prawa miejscowego w tym zakresie. Do czasu legislacyjnego zaadresowania problemów dotyczących funkcjonowania regionalnych funduszy rozwoju, jakie wynikają z braków lub nieprecyzyjności obowiązujących przepisów, lukę tę musi odpowiednio „wypełnić” doktryna prawnicza, skutecznie inspirując orzecznictwo.

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

- Bandarzewski K., [w:] *Komentarz do ustawy o samorządzie województwa*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2005.
- Bernatt M., Jones A., *Populism and Public Procurement: An EU Response to Increased Corruption and Collusion Risks in Hungary and Poland*, “Yearbook of European Law” 2022, vol. 41, DOI: <https://doi.org/10.1093/yel/yeac009>.
- Chociej A.P., Woltanowski P., *Kontrola realizacji programów operacyjnych przez Instytucje Zarządzające w kontekście ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24(3), DOI: <https://doi.org/10.15290/bsp.2019.24.03.05>.
- Derlecki P., *Wielowymiarowość pojęcia użyteczność publiczna*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 4.

⁶⁰ Zob. M. Kania, *Zwalczanie i zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych – uwagi w ujęciu komparatystycznym*, „Kontrola Państwa” 2022, nr 67, s. 149–153.

⁶¹ Zob. M. Bernatt, A. Jones, *Populism and Public Procurement: An EU Response to Increased Corruption and Collusion Risks in Hungary and Poland*, “Yearbook of European Law” 2022, vol. 41; A.P. Chociej, P. Woltanowski, *Kontrola realizacji programów operacyjnych przez Instytucje Zarządzające w kontekście ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24(3).

⁶² Uchwała nr 102 Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie przyjęcia „Krajowej Strategii Rozwoju Regionalnego 2030” (M.P. 2019, poz. 1060). Zgodnie z tym dokumentem regionalne fundusze rozwoju należy traktować jako „istotny podmiot realizowania polityki rozwoju prowadzonej przez samorzady województw, głównie w obszarze innowacji, przedsiębiorczości, inwestycji na obszarach miejskich oraz redukcji energochłonności”.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

- Gawrońska-Baran A., *Art. 214*, [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.
- Granecki P., Granecka I., *Art. 214*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021.
- Hartung W., *Samodzielność podstawowej jednostki samorządu terytorialnego w organizacji i świadczeniu usług komunalnych z perspektywy prawa Unii Europejskiej oraz krajowego porządku prawnego*, Legalis 2018.
- Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Art. 12*, [w:] *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2015.
- Jagoda J., *Art. 13*, [w:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, red. B. Dolnicki, LEX/el. 2012.
- Jagoda J., *Porozumienie międzygminne a wykonywanie zadań w trybie zamówienia in-house*, „Samorząd Terytorialny” 2019, nr 6.
- Kania M., *Zwalczanie i zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych – uwagi w ujęciu komparatystycznym*, „Kontrola Państwowa” 2022, nr 67, DOI: <https://doi.org/10.53122/ISSN.0452-5027/2022.1.09>.
- Kowalski D., *Regionalne fundusze rozwoju – zalety, wady i ograniczenia*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2019, vol. 27(1).
- Łapecki F., *Podstawy udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 PrZamPubl. Glosa do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16.5.2022 r., KIO 561/22 i in.*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2023, nr 1.
- Pawelec J., [w:] *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism*, red. J. Pawelec, Warszawa 2016.
- Perkowski M., Poźdźnik R. (red.), *Ustawa o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027. Komentarz*, Warszawa 2023.
- Poźdźnik R. (red.), *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*, Warszawa 2016.
- Pronobis M., *Polityka wykorzystania środków z instrumentów zwrotnych wdrażanych w ramach wybranych regionalnych programów operacyjnych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 527.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Stec M., *O potrzebie nowego spojrzenia na komunalną działalność gospodarczą*, „Finanse Komunalne” 2019, nr 11–12.
- Stec M., *O potrzebie reinterpretacji (i nie tylko) niektórych pojęć w zakresie samorządowych zadań i kompetencji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, vol. 79(3).
- Stec M., Mączyński M., *Zakres i charakter zadań samorządu województwa a sfera użyteczności publicznej – wykonywanie istotnej części obowiązków publicznych*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 61.
- Szewc A., *Art. 13*, [w:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, LEX/el. 2008.
- Wielgolaski M., *Art. 13*, [w:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, red. P. Drebnkowski, Legalis 2020.
- Wolska H., Przeszło E., Nowicki P., *Nadzór i kontrola zamówień i koncesji in-house*, LEX/el. 2020.
- Wolska H., Przeszło E., Nowicki P., *Zakończenie*, [w:] *Nadzór i kontrola zamówień i koncesji in-house*, LEX/el. 2020.
- Wójtowicz-Dawid A., *Pomoc publiczna udzielana przez gminy*, LEX/el. 2020.
- Wójtowicz-Dawid A., *Zawieranie umów cywilnoprawnych, w tym zamówienia in-house, a pomoc publiczna*, [w:] *Pomoc publiczna udzielana przez gminy*, LEX/el. 2020.

MISCELLANEOUS

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy”, Strasburg, 3.10.2017, COM(2017) 572 final.

Opinia Rzecznika Generalnego Christine Stix-Hackl przedstawiona w dniu 23 września 2004 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, ECLI:EU:C:2004:553.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

Opinia Rzecznika Generalnego Christine Stix-Hackl przedstawiona w dniu 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo*, ECLI:EU:C:2006:24.

Urząd Zamówień Publicznych, *Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2022 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych*, 31.01.2022.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

Dolnośląski Fundusz Rozwoju, *Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zamówienia zorganizowanego przez Dolnośląski Fundusz Rozwoju, dotyczącego „Świadczenia przez Wykonawców usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu i kompleksowej obsłudze pożyczek (...) ze Środków Zamawiającego”*, https://www.dfr.org.pl/wp-content/uploads/2020/06/pakiet_1_2019.p-informacja-o-wyborze-oferty-i-cze_s_c__signed.pdf (dostęp: 6.08.2023).

Fundusze Europejskie, Urząd Zamówień Publicznych, Europejski Fundusz Społeczny, *Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.)*, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/46645/Udzielanie-zamowien-w-trybie-zamowienia-z-wolnej-reki-w-ramach-in-house.pdf (dostęp: 16.03.2023).

Hasło: *Odnosić się*, [w:] *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/odnosić%20się.html> (dostęp: 16.03.2023).

Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli NIK „Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego”*, nr ewid. P/14/019, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/14/019/KGP> (dostęp: 16.03.2023).

Ogólnopolskie Stowarzyszenie Regionalnych Funduszy Rozwoju, *Regionalne Fundusze Rozwoju: wspólne cele, wspólne działanie*, <https://osrfr.org/media-regionalne-fundusze-rozwoju-wspolne-cele-wspolne-dzialanie> (dostęp: 16.03.2023).

Regionalny Fundusz Rozwoju Województwa Łódzkiego, *Ogłoszenia o przetargach*, <https://rfrwl.pl/przetargi> (dostęp: 16.03.2023).

Urząd Zamówień Publicznych, *Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych*, <https://www.gov.pl/web/uzp/wspolpraca-publiczno-publiczna-w-rozumieniu-ustawy-pzp> (dostęp: 16.03.2023).

AKTY PRAWNE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. L 94/65, 28.03.2014).

Uchwała nr 102 Rady Ministrów z dnia 17 września 2019 r. w sprawie przyjęcia „Krajowej Strategii Rozwoju Regionalnego 2030” (M.P. 2019, poz. 1060).

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. 2023, poz. 40, ze zm.).

Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. 2021, poz. 679, ze zm.).

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz.U. 2022, poz. 2094, ze zm.).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1843, ze zm.).

Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (t.j. Dz.U. 2020, poz. 818, ze zm.).

Ustawa z dnia 7 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2017, poz. 1475).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022, poz. 2185, ze zm.).

ORZECZNICTWO

Postanowienie KIO z dnia 19 sierpnia 2022 r., KIO/KD 45/20.

Uchwała KIO z dnia 18 sierpnia 2017 r., KIO/KU 51/17.

Uchwała KIO z dnia 19 sierpnia 2017 r., KIO/KU 52/17.

Uwaga! Artykuł został opublikowany w dwóch wersjach językowych – podstawą do cytowań jest wersja angielska

The English-language text shall constitute the original version of the article. The Polish-language version of the article is only an illustrative version

Uchwała KIO z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO/KD 28/20.

Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2022 r., KIO/KD 18/22.

Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96.

Wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19.

Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., KIO 731/21.

Wyrok KIO z dnia 16 maja 2022 r., KIO 561/22.

Wyrok NSA z dnia 16 maja 2006 r., II OSK 288/06.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 czerwca 2022 r., XXIII Zs 5/22.

Wyrok SO w Warszawie z dnia 21 października 2022 r., XXIII Zs 98/22.

Wyrok TSUE z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308.

Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 8 marca 2007 r., I SA/Rz 647/06.