

Anna Wójtowicz-Dawid

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID 0000-0003-3437-3289

anwojtowicz@ur.edu.pl

Udzielanie zamówień publicznych sektorowych w ramach grupy kapitałowej – wybrane zagadnienia

Słowa kluczowe: zamówienia sektorowe, zamówienia publiczne, grupa kapitałowa

Streszczenie. Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych są zobowiązane do stosowania we właściwym zakresie przepisów z zakresu zamówień publicznych. Stosowanie tego wymogu nie jest powiązane w żaden sposób ze strukturą właścicielską takiego przedsiębiorstwa, co oznacza, że dotyczy przedsiębiorców zarówno publicznych, jak i prywatnych. Autorka prowadzi rozważania na temat zamówień sektorowych udzielanych w ramach funkcjonującej grupy kapitałowej, charakteryzując, czym są zamówienia sektorowe oraz w jakich sytuacjach mamy do czynienia z wyłączeniem stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. W artykule autorka zwraca szczególną uwagę na problemy, jakie przed zamawiającymi sektorowymi występują w sytuacji udzielania zamówienia podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej co zamawiający. Artykuł zawiera wniosek *de lege ferenda* wprowadzenia odpowiednich rozwiązań prawnych mających na celu zminimalizowanie występowania nieprawidłowości związanych ze stosowaniem przez zamawiających sektorowych prawa zamówień publicznych. W tym zakresie autorka zwraca uwagę na składanie oświadczeń o braku konfliktu interesów czy stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania zamówień w ramach grupy kapitałowej.

Sectoral procurement within a capital group – selected issues

Keywords: sectoral procurement, public procurement, capital group

Summary. Public utilities operating in the water, energy, transport and postal services sectors are obliged to apply public procurement rules to the appropriate extent. The application of this requirement is not linked in any way to the ownership structure of such a company, which means that it applies to public as well as private entrepreneurs. The author discusses sector contracts awarded within a functioning capital group, characterising what sector contracts are and in which situations the application of the Public Procurement Law is excluded. In the article, the author draws particular attention to the problems that sector procurers face when awarding contracts to entities belonging to the same capital group as the ordering party. The article contains a *de lege ferenda* proposal to introduce appropriate legal solutions aimed at minimising the occurrence of irregularities related to the application of the Public Procurement Law by sector procurers. In this respect, the author draws attention to the submission of declarations of interest or the use of the sole-source procurement procedure in the case of awarding contracts within a capital group.

Wstęp

Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych są zasadniczo związane przepisami dotyczącymi zamówień publicznych w zakresie zakupu towarów, robót budowlanych lub usług, niezależnie od tego, czy są one publiczne, czy prywatne. Przyjęte rozwiązanie niesie ze sobą określone zagrożenia wynikające ze stosowania obowiązujących przepisów prawa.

Autorka czyni rozważania na temat zamówień sektorowych udzielanych w ramach funkcjonującej grupy kapitałowej. W tym celu przedstawia, czym są zamówienia sektorowe, jaki mają zakres podmiotowy. Omawia przypadki wyłączenia stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych, jak również wykazuje poprzez prowadzoną analizę, iż obowiązujące przepisy ukształtowane w sposób nieprecyzyjny, nieostry stają się wyzwaniem dla zamawiających sektorowych. Zwraca szczególną uwagę na problemy, jakie przed zamawiającymi sektorowymi występują w sytuacji udzielania zamówienia podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej co zamawiający.

Zauważywszy zagrożenia, autorka *de lege ferenda* proponuje wprowadzenie odpowiednich rozwiązań prawnych. Wskazywana konieczność zmian ma na celu zminimalizowanie występowania nieprawidłowości związanych ze składaniem oświadczeń o braku konfliktu interesów w przypadku udzielania zamówień w ramach grupy kapitałowej.

Artykuł przygotowany został z wykorzystaniem metody prawno-dogmatycznej związanej z analizą i wykładnią aktów prawnych odnoszących się do problematyki zamówień sektorowych. Uzupełniona ona została o metodę prawno-porównawczą, co pozwalało na badanie i zidentyfikowanie obowiązujących norm prawnych, a także oceny funkcjonujących rozwiązań prawnych w zakresie zamówień sektorowych.

1. Zamówienia publiczne sektorowe

Określając znaczenie pojęcia zamówień sektorowych ustawodawca odwołuje się do dyrektywy sektorowej. Zgodnie z art. 7 pkt 35 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ (dalej zwana również pzp) przez zamówienie sektorowe należy rozumieć zamówienie publiczne udzielane przez zamawiających sektorowych w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej. Wyodrębnienie regulacji dotyczących zamówień sektorowych to faktyczne wkroczenie ustawodawcy w sferę objętą swobodą prowadzenia działalności gospodarczej, wprowadzające pewne

¹ Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.).

ograniczenia związane z nabywaniem przez podmioty, w tym podmioty prywatne, towarów, robót budowlanych czy też usług².

Wyodrębnienie zamówień sektorowych w regulacjach prawa unijnego jest efektem uznania tego rodzaju działalności gospodarczej jako objętej szczególnym uprzywilejowaniem przez państwo. Wynika to z istoty sektorów, które zaspokajają istotne potrzeby społeczne, jak również charakteryzuje je dysponowanie infrastrukturą czy też urządzeniami użyteczności publicznej, oraz prawami szczególnymi lub wyłącznymi. Stąd też potoczna nazwa zamówień sektorowych to zamówienia użyteczności publicznej. Podlegają one reżimowi dyrektywy 2014/25/UE³, co wynika ze specyfiki branż, w których niekiedy nie występuje konkurencja bądź też konkurencja jest ograniczona⁴.

Przesłanką klasyfikującą zamówienie jako sektorowe jest zakres prowadzonej przez podmiot zamawiający działalności gospodarczej. Jak wskazuje ustawodawca, musi to być „jeden z rodzajów działalności sektorowej”. Nie oznacza to, że w przypadku prowadzenia więcej niż jednego rodzaju działalności sektorowej zamawiający nie będzie klasyfikowany jako zamawiający sektorowy. Warunkiem podstawowym zakwalifikowania przedsiębiorcy jako sektorowego jest wykonywanie przynajmniej jednego rodzaju działalności sektorowej. Jest to aktywność, która jest wykonywana w zakresie gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu, energii cieplnej, usług transportowych, prowadzenia portów, przystani i portów lotniczych, usług pocztowych, wydobywania paliw stałych. Jeżeli zamawiający sektorowy udziela zamówienia w innym celu niż prowadzenie działalności sektorowej, będzie nadal posiadał status zamawiającego sektorowego. Nie będzie to jednakże zamówienie sektorowe i pzp nie będzie miało zastosowania do udzielenia tego zamówienia. Chyba że obowiązek stosowania pzp jest efektem statusu zamawiającego jako podmiotu sektora finansów publicznych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 stwierdził, że zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej obejmuje jedynie zamówienia udzielane przez podmiot będący „instytucją zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy. Zamówienia takie są udzielne w zawiązku z działalnością prowadzoną w sektorach wymienionych w odpowiednich przepisach dyrektywy sektorowej oraz w celu prowadzenia tej działalności. Wskazał jednocześnie, że zakres przedmio-

² A. Kowalczyk, A. Szymańska, *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 18.

³ 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, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243-374.

⁴ A. Kowalczyk, A. Szymańska, *op. cit.*, s. 34.

towy dyrektywy jest ściśle ograniczony, co nie pozwala rozciągać ustanowionych w niej procedur o inne zamówienia⁵.

Zgodnie z art. 5 pzp zamawiający sektorowi to:

- 1) zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej,
- 2) inne podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej oraz na które zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:
 - a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji lub
 - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) inne podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Oznacza to, że podmioty gospodarcze działające w sektorze energetycznym, transportowym, wodno-kanalizacyjnym, pocztowym objęte są regułami w zakresie udzielania zamówień publicznych w sytuacji zakupów towarów, robót budowlanych lub usług, niezależnie od tego, czy są one podmiotami publicznymi, czy prywatnymi. Wynika to w głównej mierze z założenia, iż pozostają one pod wpływem państwa (będąc podmiotami publicznymi) bądź pod kontrolą albo nadzorem państwa (będąc podmiotami prywatnymi). Jest to efekt postrzegania tych rynków jako rynki zamknięte, które ze względu na znaczenie dla gospodarki i społeczności mają charakter istotny. Stąd też, nabywając towary, usługi czy roboty budowlane, zamawiający sektorowi zobowiązani są do stosowania przepisów zawartych w pzp, chyba że zgodnie z obowiązującymi regulacjami zostali oni wyłączeni z tego obowiązku⁶.

Jak zostało powyżej wskazane, podmiot zaliczany do zamawiających sektorowych jest zobowiązany dokonywać zakupów zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE niezależnie od swojego statusu. Zgodnie z Motywem 2 dyrektywy 2014/25/UE przyjęcie takiego rozwiązania kierowane jest potrzebą zapewnienia skuteczności

⁵ Sprawa C-393/06: Wyrok Trybunału (czwarta izba) z 10.04.2008 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Vergabekontrollsenat des Landes Wien – Austria) – Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH (Zamówienia publiczne – Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – Podmiot zamawiający prowadzący działalność podlegającą częściowo zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/17/WE, a częściowo zakresowi dyrektywy 2004/18/WE – Podmiot prawa publicznego – Instytucja zamawiająca) (Dz.U. UE. C. z 2008 r., Nr 128, str. 9/2).

⁶ Szerzej: I. Herrera-Anchustegui, M. Krasniewski, *Wyłączenia stosowania dyrektywy w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – przegląd prawa i orzecznictwa unijnego w zarysie*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2019, nr 5(8).

zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W ocenie ustawodawcy europejskiego przyjęcie wskazanego rozwiązania ma na celu urzeczywistnianie stosowania podstawowych zasad obrotu gospodarczego przez podmioty istotne z perspektywy zaspokajania podstawowych potrzeb społeczeństwa.

Objęcie regulacjami zamówień sektorowych podmiotów mających status spółek prawa handlowego, w tym podmiotów prywatnych, niesie za sobą skutki zarówno formalno-prawne, jak i faktyczne. W przypadku podmiotów prywatnych dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy dany podmiot otrzymał prawo do działania w sposób wyłączny lub szczególny (*special or exclusive rights*). Uznaje się bowiem, że pozostają one pod wpływem państwa⁷. Przyjęcie takiego rozwiązania opiera się na założeniu, że rynki historycznie monopolistyczne i zasiedlone przez jednokrajowe przedsiębiorstwa pionowo zintegrowane powinny zostać otwarte na konkurencję wewnątrzwspólnotową. Jest to skuteczny sposób na ograniczenie różnego rodzaju ryzyk związanych z faworyzowaniem podmiotów z tego samego kraju⁸ oraz minimalizowaniem prawdopodobieństwa występowania korupcji. Można uznać, iż przyjęte rozwiązanie zmierza do stworzenia w zakresie działalności sektorowej rynku wyłączającego monopol, a nastawionego na konkurencję. Rozwiązanie to opiera się na założeniu, że rynek konkurencyjny jest najbardziej korzystnym dla konsumenta ze względu na dostosowanie produktu, usługi do faktycznych potrzeb konsumenta oraz kształtowanie cen z wykorzystaniem zasad rynkowych.

Zamawiający sektorowi, którzy mają udzielać zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE, są zwolnieni z tego obowiązku, jeżeli państwo członkowskie lub podmiot zamawiający są w stanie wykazać, że wykonywana działalność bezpośrednio podlega konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony⁹. Wyłączenie takie jest przyznawane przez Komisję Europejską po przeprowadzeniu postępowania zakończonego pozytywną decyzją, o której mowa w art. 35 dyrektywy 2014/25/UE. Procedurę tę uregulowano w decyzji Komisji 2016/180416¹⁰.

⁷ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/167 z 15.09.2016 r. wyłączająca dostawy detaliczne energii elektrycznej i gazu w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (Dz.Urz. UE 2016 L 253/6). Zob. § 8 decyzji.

⁸ S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Vol. 2, 3rd ed. edn., London 2018, s. 6–10.

⁹ Art. 34(1) dyrektywy 2014/25/EU.

¹⁰ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z 10.10.2016 r. dotycząca szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.Urz. L 275 z 12.10.2016, s. 39–53.

Bezpośrednie podleganie danego rynku presji konkurencji jest ustalane w toku postępowania przeprowadzanego przez Komisję Europejską, która wykonuje test podlegania konkurencji.

2. Udzielanie zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej

Wielu zamawiających sektorowych funkcjonuje w strukturze organizacyjnej, jaką jest grupa ekonomiczna, w której skład może wchodzić szereg odrębnych organizacyjnie i funkcjonalnie przedsiębiorstw. Jak słusznie podnosi się w doktrynie prawa¹¹, przyjęte rozwiązanie prawne regulujące kwestie udzielania zamówienia publicznego w ramach grupy kapitałowej niesie ze sobą pewne problemy, które wynikają ze zbiegu różnych przepisów prawa, ale również z braku precyzji po stronie ustawodawcy.

Pojęcie grupy kapitałowej uregulowane zostało w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów¹² (dalej uokik). W art. 4 pkt 14 uokik zdefiniowano grupę kapitałową jako „przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”.

Podstawową cechą grupy kapitałowej jest nie tylko relacja dominacji-zależności, lecz także wspólny interes członków grupy przesądzający o celowości utworzenia i funkcjonowania grupy kapitałowej¹³. W doktrynie¹⁴ zwraca się uwagę, iż podmioty działające w jednej grupie kapitałowej stanowią „jeden organizm gospodarczy” (*single economic unit*), a przez to zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie dotyczy porozumień zawieranych pomiędzy takimi przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej.

W sytuacji spełnienia warunków wskazanych w art. 365 pzp mamy do czynienia z wyłączeniem stosowania regulacji dotyczących zamówień publicznych dla zamówień udzielanych przez zamawiających należących do tej samej grupy kapi-

¹¹ M. Czerwiński, *Udzielanie zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej a cena rynkowa w reżimie cen transferowych*, „Studia Prawnicze” 2021, nr 2(224), s. 13–55.

¹² Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1689 z późn. zm.).

¹³ L. Kot, A. Stokłosa, *Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 7, s. 16–22.

¹⁴ A. Stawicki, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2011, s. 240–242; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009, s. 162; M. Będkowski-Kozioł, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, Warszawa 2009, s. 277; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 258–262. Zob. też na tle zmów przetargowych: P. Semeniuk, *Polskie z umowy przetargowe – krytyka*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” (online) 2013, nr 1(2), s. 58 i n.

tałowej co zamawiający sektorowy. Czyli wyłączenie obejmuje zamówienia sektorowe udzielane przez zamawiającego podmiotom funkcjonującym z nim w danej grupie kapitałowej. Zgodnie ze wskazaną podstawą przepisów pzp nie stosuje się do zamówień sektorowych na odpowiednio dostawy/usługi/roboty budowlane, udzielanych podmiotom:

- 1) których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2023 r., poz. 120 i 295),
- 2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt. 3 wpływowi innego przedsiębiorcy
 - jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia odpowiednio dostaw/usług/robót budowlanych pochodziło ze świadczenia dostaw/usług/robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1-4.

Przywołany artykuł 365 pzp jest implementacją art. 29 dyrektywy 2014/25/UE, zgodnie z którym zwolnienie z obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych obejmuje podmioty powiązane, w sytuacji gdy powiązanie polega na działaniu w ramach jednej grupy kapitałowej. Ustawodawca europejski uznał, iż nie ma potrzeby „otwierania” transakcji na konkurencję, ponieważ zakupy mają *de facto* charakter wewnętrzny, tj. są dokonywane w ramach grupy kapitałowej, co nie niesie ze sobą zagrożenia dla zasad rynkowych. W motywie 39 preambuły dyrektywy 2014/25/UE wskazano: „Wiele podmiotów zamawiających jest zorganizowanych jako grupa ekonomiczna, w której skład może wchodzić szereg odrębnych przedsiębiorstw; niejednokrotnie każde z tych przedsiębiorstw odgrywa wyspecjalizowaną rolę w ogólnym kontekście danej grupy ekonomicznej. Należy w związku z tym wyłączyć określone zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego podstawowa działalność obejmuje realizację tego rodzaju usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz grupy, której jest ono członkiem, raczej niż oferowanie ich na rynku”.

Przywołane wyłączenie możliwe jest tylko i wyłącznie w sytuacji spełnienia wskazanych z art. 365 pzp przesłanek. Ich niespełnienie uniemożliwia odstąpienie

od stosowania pzp. Dodatkowo istotne jest zwrócenie uwagi na zawarte w motywie 39 preambuły dyrektywy 2014/25/UE rozwiązanie, zgodnie z którym „[...] należy zagwarantować, że wspomniane wyłączenie nie będzie powodować zakłóceń konkurencji na korzyść przedsiębiorstw lub przedsięwzięć typu joint venture, które są powiązane z podmiotami zamawiającymi; należy opracować odpowiedni zestaw przepisów, w szczególności w zakresie maksymalnych limitów, w ramach których przedsiębiorstwa mogą uzyskać część swoich obrotów z rynku i powyżej których traciłyby możliwość otrzymywania zamówień bez zaproszeń do ubiegania się o zamówienie [...]”.

Wykładnia językowa przywołanego art. 365 pzp pozwala przyjąć, iż wskazane w nim wszystkie trzy rodzaje przesłanek muszą być spełnione łącznie. Oznacza to, że zwolnienie, o którym mowa w art. 365 ust. 1-3 pzp, nie ma zastosowania, jeżeli pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie istnieją powiązania, o których mowa w pkt 1-4 bądź nie jest osiągnięty wskazany próg przeciętnych przychodów, bądź zamawiający nie ma statusu zamawiającego sektorowego. Udzielenie wówczas podmiotowi należącemu do jednej grupy kapitałowej z zamawiającym sektorowym wymaga stosowania reguł zawartych w pzp.

3. Udzielania zamówień sektorowych w ramach grupy kapitałowej w trybie zamówienia z wolnej ręki

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki przez zamawiających sektorowych związane jest ze spełnieniem przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 w zw. z art. 388 pkt 1 pzp, które mają charakter samodzielny w stosunku do przesłanek zastosowania art. 365 ustawy pzp. Nie wolno w tym miejscu pominąć dodatkowo jeszcze jednego aspektu, który nie wynika bezpośrednio z pzp, a jest zawarty w przepisach szczególnych właściwych dla danego sektora, gdzie mogą istnieć specyficzne regulacje dotyczące tzw. powierzenia bezpośredniego. Mamy z nimi do czynienia np. w przypadku usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, gdzie obowiązują przepisy dotyczące transportu zbiorowego oraz unijne rozporządzenie 1370/2007.

Wśród wskazanych przesłanek stosowania zamówień z wolnej ręki istotny jest art. 388 pkt 2 lit. a p.z.p., zgodnie z którym zamówienie sektorowe może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. Ustawodawca jednakże nie określa, co niesie za sobą liczne wątpliwości, czym jest cena rynkowa?; na podstawie czego ustalić cenę rynkową?; czy istnieje jakaś metodyka ustalenia

ceny rynkowej?; czy wystąpienie znacząco niższej ceny od ceny rynkowej musi być objęte badaniem pod kątem rażąco niskiej ceny?; a co, jeśli znacząco niska cena jest ceną rynkową i czy w takiej sytuacji zamawiający może zawrzeć umowę na realizację zamówienia?; *a contrario* kiedy można mówić, że cena będzie niewspółmiernie wysoka?; czy powiązania kapitałowe pomiędzy stronami nie mają wpływu na treść umowy, a przez to na ustalenie ceny, która będzie wykazywana jako cena znacząco niższa od ceny rynkowej?

Określając przesłankę stosowania trybu wyjątkowego, niekonkurencyjnego, co do którego obowiązuje reguła szczególnego i wyjątkowego traktowania, ustawodawca robi to w sposób na tyle niejasny i nieprecyzyjny, że *de facto* wykazanie podstawy stosowania tego wyłączenia staje się wyzwaniem dla zamawiającego sektorowego. Jeśli dochodzi do udzielania zamówienia w ramach grupy kapitałowej, gdzie możliwe jest stosowanie cen preferencyjnych, zamawiający sektorowy zderza się z problemem faktycznym właściwego wykazania oraz doboru metodologii sposobu przedstawienia spełnienia wskazanych przesłanek. W doktrynie zwraca się uwagę na zbyt duży subiektywizm i nieprzewidywalność przy określaniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia zarówno po stronie zamawiających, jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Postuluje się obligatoryjność sporządzania branżowych analiz ekonomicznych przy weryfikacji rażąco niskiej ceny¹⁵.

Wyłączenie stosowania reżimu zamówień publicznych na podstawie art. 365 pzp, które dotyczy wszystkich zamawiających sektorowych, jest czymś innym niż możliwość udzielenia przez zamawiających sektorowych zamówienia in-house w trybie zamówienia z wolnej ręki. Instytucja zamówień in-house to świadczenie dostaw, usług i robót budowlanych przez podmioty wewnętrzne, nad którymi instytucje zamawiające mają pełną kontrolę, a więc nie muszą dokonywać wyboru wykonawcy, stosując jeden z trybów podstawowych – właściwy do udzielenia zamówienia publicznego¹⁶.

Obecnie obowiązujące regulacje pzp zamówienia in-house kształtuje przez art. 214 ust. 1 pkt. 11-13 pzp w ramach reżimu zamówień z wolnej ręki. Mogą one być stosowane w sytuacji, gdy zamawiający sprawuje nad wykonawcą bezpośrednio lub pośrednio kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami oraz ponad 90% jego działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego (bezpośrednio lub pośrednio) i nie ma w nim bezpośredniego udziału kapitału prywatnego (art. 214 ust. 1 pkt 11 pzp). Spełnienie powyższych przesłanek pozwala na stosowanie zamówień in-house.

¹⁵ G. Mazurek, *Analiza ekonomiczna a rażąco niska cena*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2020, nr 5-6, s. 9-11.

¹⁶ Szerzej A. Trojanowska, *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, s. 77-78.

Obok zamówień in-house wertykalnych i wspólnych możliwe są zamówienia in-house „odwrócone” i „siostrzane”, polegające odpowiednio na udzieleniu zamówienia innemu zamawiającemu publicznemu sprawującemu kontrolę nad udzielającym albo innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego (art. 214 ust. 1 pkt 12 pzp). Ustawodawca wprowadził dodatkowo zakaz powierzenia wykonania części zamówienia in-house podwykonawcy (art. 214 ust. 9 pzp)¹⁷.

W omawianym przypadku zamówień in-house istotne jest stanowisko wypracowane przez orzecznictwo, podnoszące, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁸, w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga w ogóle zawarcia umowy. Nie jest jednak wykluczone zawarcie umowy wykonawczej z takim „podmiotem wewnętrznym” bez stosowania trybu udzielania zamówień publicznych. Reżim zamówień publicznych obejmie jedynie zadania inne niż te, dla których gmina powołała jednostkę¹⁹.

4. Udzielanie zamówień sektorowych w ramach grupy kapitałowej a oświadczenie o istnieniu konfliktu interesów

W ramach podejmowanych czynności faktycznych oraz prawnych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego osoby wykonujące dane czynności mają obowiązek złożyć oświadczenie o istnieniu albo braku istnienia okoliczności powodujących wyłączenie, tzw. oświadczenie o istnieniu konfliktu interesów. Wynika to w głównej mierze z konieczności wykazania zachowania bezstronności w zakresie podejmowanych czynności w prowadzonym postępowaniu.

Oświadczenie o braku istnienia konfliktu interesów składa się nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia (art. 56 ust. 5 pzp), a oświadczenie o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności związanych z utratą wiarygodności składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych

¹⁷ Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house w ustawie z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), s. 4-12, 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: 13.06.2023].

¹⁸ Ustawa z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 679.

¹⁹ Szerzej T. Wołowicz, *Dopuszczalność powierzenia in house wykonania usług publicznych komunalnej spółce prawa handlowego z pominięciem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 5, s. 89-90, 95-98; W. Hartung, *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5, s. 42-45. Pojęcie spółki komunalnej odnosi się do spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego i spółek powiązanych ze spółkami komunalnymi przez stosunek dominacji albo zależności. Tak H. Wolska, *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 67, 113.

z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia (art. 56 ust. 6 pzp). W razie wystąpienia okoliczności związanych z konfliktem interesów lub utratą wiarygodności osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu. W sytuacji, gdy wykonawcą jest podmiot powiązany kapitałowo z zamawiającym, powstaje dylemat faktyczny co do prawidłowości złożenia oświadczenia, w którym stwierdza się brak istnienia konfliktu interesów.

Zgodnie z art. 56 pzp konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby wymienione w art. 56 ust. 1 pzp, tj. kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów, tj:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawali w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Osoby wskazane powyżej składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa powyżej. O ile w przypadku przesłanek wskazanych w pkt. 1-3 dość jasno da się ustalić ich występowanie, o tyle w przypadku przesłanki czwartej należy wspomnieć o pewnej wątpliwości w sytuacji składania jej w stosunku do podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wskazana w pkt. 4 przesłanka powstania konfliktu interesów podnosi, iż powstaje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub

pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. Wśród przykładów stosunków faktycznych wskazujących na występowanie uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności wskazuje się stosunki przyjaźni, koleżeństwa, znajomości itp. Czynnikiem koniecznym, który musi wystąpić, aby uznać ten warunek za spełniony, jest okoliczność, iż charakter stosunku prawnego lub faktycznego może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób²⁰. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na występowanie w tym przypadku pewnego aspektu o charakterze zarówno subiektywnym, jak i obiektywnym. Element subiektywny wynika z faktu, że oświadczenie składa konkretna osoba wykonująca czynności w postępowaniu, w określonej sytuacji, czasie i przy określonym poziomie świadomości²¹.

Dla wskazania istotności prowadzonych rozważań należy przytoczyć opinię UZP, w której omówiono kwestię konfliktu interesów w przypadku zamówień in-house. Uznano w niej, że mimo istnienia immanentnego stosunku zwierzchności (kontroli nad wykonawcą), udzielanie zamówienia typu in-house nie oznacza istnienia automatycznie takiego stosunku prawnego lub faktycznego, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Wątpliwości co do bezstronności powinny zostać wykazane przez podmiot, który na nie się powołuje²². W przywołanej opinii UZP nie wskazuje, czy składane oświadczenie, jego treść oraz zgodność ze stanem faktycznym ma być badane przez składającego. Można odnieść wrażenie, iż UZP wskazuje, że w sytuacji składania oświadczenia przy istnieniu stosunku zwierzchnictwa charakterystycznego w grupach kapitałowych, należy uznać, że takiego konfliktu nie ma, chyba że odwołujący w danym przypadku jest w stanie wykazać inny stan faktyczny. W ocenie autorki takie stanowisko jest niezgodne z wykładnią językową, ale i celowościową przywołanego art. 56 pzp. To składający oświadczenie ma stwierdzić występowanie bądź też brak konfliktu interesów. W sytuacji złożenia oświadczenia niezgodnego z prawdą ponosi on odpowiedzialność karną. Przepis art. 56 ust. 4 pzp stanowi obowiązek złożenia w formie pisemnej pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia o istnieniu albo braku istnienia obu kategorii okoliczności powodujących konieczność wyłączenia z postępowania osób występujących po stronie zamawiającego²³.

²⁰ Urząd Zamówień Publicznych, Nowe podejście do badania konfliktu interesów, <https://www.uzp.gov.pl> [dostęp: 25.08.2023].

²¹ Uchwała KIO z 9.11.2015 r., sygn. akt KIO/KD 58/15.

²² Stosowanie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zamówieniach typu in-house, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 4, s. 19-22, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/42685/INFORMATOR-nr-4_2019.pdf [dostęp: 10.06.2023].

²³ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 238.

Należy w związku z tym podnieść, iż w sytuacji udzielania przez zamawiającego zamówienia publicznego podmiotowi powiązanemu istnieje uzasadniona wątpliwość co do bezstronności i niezależności osób zatrudnionych u zamawiającego. Interes ekonomiczny obu tych podmiotów opiera się na określonych założeniach biznesowych. Bez wątpienia w sytuacji zamawiających sektorowych będących podmiotami prywatnymi podejmowane decyzje i działania uwzględniają zwykle interes scentralizowanej grupy, do której należą. Trudno więc mówić o bezstronności i niezależności, skoro mamy do czynienia z reguły ze scentralizowanym modelem większości grup kapitałowych.

Zakończenie

Zamawiający sektorowi stosują regulacje pzp w zakresie prowadzonych postępowań w sytuacji, gdy wykonawcą składającym ofertę jest podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej co zamawiający. Taka sytuacja zderza się w ocenie autorki z nie lada wyzwaniem, jakim musi sprostać zamawiający sektorowy, który, stosując przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, w głównej mierze kieruje się celem, jakim jest właściwa realizacja zadań związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą.

Jako wniosek *de lege lata* należy wskazać, iż przepisy omówione w artykule, a dotyczące zamówień sektorowych są nieprecyzyjne. Określają przesłanki warunkujące stosowanie zamówienia z wolnej ręki, pozostawiając z jednej strony pełną swobodę zamawiającemu, ale jednocześnie warunkując poprawność wyłączenia poprzez wskazanie w sposób niebudzący wątpliwości ich spełnienia. Brak metodologii, precyzyjnych pojęć nie sprzyja jasności regulacji w tym zakresie. Oznacza to po stronie zamawiającego powstanie wysokiego ryzyka, iż stosowanie przesłanki z art. 388 pkt. 2 lit. a pzp i przyjęcie własnej wykładni dla stosowania instytucji ceny znacznie niższej od ceny rynkowej naraża go na zarzut naruszenia przepisów z zakresu zamówień publicznych. Subiektywizm zamawiającego w ocenie i sposobie rozumienia instytucji prawnej nie powinien być podstawą do stwierdzenia istnienia przesłanek wyłączenia ze stosowania trybu podstawowego w pzp. Rodzi to również stan niepewności po stronie zamawiającego i kształtuje niewłaściwe praktyki. Dodatkowo należy przeanalizować instytucje in-house i konieczność wprowadzenia zmian w sytuacji udzielania zamówień podmiotom należącym do jednej grupy kapitałowej, a nie spełniania przesłanki 90% udziału działalności wykonawcy jako realizacja zadań dla zamawiającego sektorowego. W ocenie autorki słuszne byłoby badanie poziomu 90% udziału działalności dla grupy kapitałowej, do której należy zamawiający sektorowy. Prowadzone badanie dotyczyć będzie wówczas udziału

działalności wykonawcy jako realizacja zadań dla przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów unijnych, do którego należy zamawiający sektorowy.

Zobowiązanie do złożenia oświadczenia o braku konfliktu interesów jest kolejnym wyzwaniem dla zamawiającego sektorowego w przypadku, gdy wykonawca jest członkiem tej samej grupy kapitałowej co zamawiający. W ocenie autorki, jako wniosek *de lege ferenda*, niezbędne jest przyjęcie rozwiązania szczególnego, które pozwoli osobom zobowiązanym do składania takiego oświadczenia na właściwe zachowanie zgodne ze stanem faktycznym. Proponowanym rozwiązaniem jest np. wyłączenie obowiązku składania oświadczenia w stosunku do podmiotów powiązanych kapitałowo z zamawiającym sektorowym bądź też ustalenie na potrzeby zamówień sektorowych przesłanek, jakie musi spełnić osoba działająca w imieniu zamawiającego sektorowego, aby wykazać się bezstronnością i obiektywizmem w zakresie podejmowanych czynności faktycznych i prawnych związanych z udzieleniem zamówienia publicznego.

Literatura

- Arrowsmith S., *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Vol. 2, 3rd ed. edn., London 2018.
- Będkowski-Kozioł M., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, Warszawa 2009.
- Czerwiński M., *Udzielanie zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej a cena rynkowa w reżimie cen transferowych*, „*Studia Prawnicze*” 2021, nr 2(224).
- Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/167 z dnia 15 września 2016 r. wyłączająca dostawy detaliczne energii elektrycznej i gazu w Niemczech z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE, Dz.Urz. UE 2016 L 253/6.
- Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotycząca szczególnych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.Urz. L 275 z 12.10.2016.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE OJ L 94, 28.3.2014.
- Hartung W., *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „*Samorząd Terytorialny*” 2008, nr 5.
- Herrera-Anchustegui I., Kraśniewski M., *Wyłączenia stosowania dyrektywy w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – przegląd prawa i orzecznictwa unijnego w zarysie*, „*Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*” 2019, nr 5(8).
- Informator Urzędu Zamówień Publicznych z 2019, nr 4.
- Kot L., Stokłosa A., *Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2015, nr 7.
- Kohutek K., [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Kowalczyk A., Szymańska A., *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Mazurek G., *Analiza ekonomiczna a rażąco niska cena*, „*Monitor Zamówień Publicznych*” 2020, nr 5-6.
- Nowak H., Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.

- Semeniuk P., *Polskie zmożwy przetargowe – krytyka*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 1(2).
- Sprawa C-393/06: Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 10 kwietnia 2008 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Vergabekontrollsenat des Landes Wien – Austria) – Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH (Zamówienia publiczne – Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – Podmiot zamawiający prowadzący działalność podlegającą częściowo zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/17/WE, a częściowo zakresowi dyrektywy 2004/18/WE – Podmiot prawa publicznego – Instytucja zamawiająca), Dz.U. UE. C. z 2008 r., Nr 128, str. 9/2.
- Stawicki A., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2011.
- Trojanowska A., *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2.
- Uchwała KIO z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO/KD 58/15.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009.
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 679.
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.
- Wolska H., *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
- Wołowicz T., *Dopuszczalność powierzenia in house wykonania usług publicznych komunalnej spółce prawa handlowego z pominięciem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 5.