

# NADZÓR I KONTROLA ZAMÓWIEŃ I KONCESJI IN-HOUSE

Paweł Nowicki, Ewa Przeszto, Hanna Wolska

---

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE 2021

---

# NADZÓR I KONTROLA ZAMÓWIEŃ I KONCESJI IN-HOUSE

Paweł Nowicki, Ewa Przeszto, Hanna Wolska

---

---

Zamów książkę w księgarni internetowej

**proinfo.pl**  
księgarnia internetowa

Stan prawny na 15 listopada 2020 r.

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

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

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

Wydanie publikacji zostało dofinansowane  
przez Uniwersytet Gdański

Recenzent

Prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski

Wydawca

Izabella Matecka

Redaktor prowadzący

Tomasz Pietrzak

Opracowanie redakcyjne

JustLuk

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Poszczególne rozdziały opracowali:

Paweł Nowicki: rozdział 3,

Ewa Przeszto: rozdziały 1–2,

Hanna Wolska: rozdziały 4–5

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

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

ISBN 978-83-8223-412-1

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: [ksiazki@wolterskluwer.pl](mailto:ksiazki@wolterskluwer.pl)

księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

# SPIS TREŚCI

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

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

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

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

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

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

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

**Zakończenie** ..... 147**Bibliografia** ..... 151

## WSTĘP

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

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

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

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

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

## Rozdział 1

# CHARAKTERYSTYKA SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

### 1.1. Wprowadzenie

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

System zamówień publicznych to określony zbiór powiązanych ze sobą elementów składowych. Ponieważ ma on charakter prawny, to naturalne jest jego oparcie na podstawach, którymi są akty prawne o zbliżonym zakresie i przedmiocie regulacji. Rozwiązania prawne obejmują problematykę zamówień publicznych *sensu stricto*<sup>1</sup>, partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>2</sup> i umów koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>3</sup>. System ten opiera się także na podobnych co do istoty i charakteru umowach zawieranych pomiędzy stronami, które łączy wspólny cel i – w znacznym stopniu – sposób działania. Umowy te,

---

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

<sup>2</sup> Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym.

<sup>3</sup> Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.



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

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

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

## 1.2. Pojęcie systemu – uwagi ogólne

Pojęcie systemu można – w sposób zarazem ogólny, jak i uniwersalny – określić jako zbiór elementów, a zarazem zbiór sprzężeń między tymi elementami, które wspólnie określają cechy całości. Wskazane elementy są wzajemnie powiązane ze sobą i funkcjonują jako jedna całość, jest on skoordynowany wewnętrznie i wykazuje się określoną strukturą układu owych elementów. Systemem można nazwać również zespół sposobów (metod) działania, wykonywania złożonych czynności, a także całokształt zasad organizacyjnych, norm i reguł obowiązujących w danej sferze stosunków społecznych. Zwraca się uwagę, że wszystkie elementy systemu służą realizowaniu głównego celu systemu jako całości. Jest to całość odpowiednio zorganizowana, w ramach której poszczególne elementy powiązane są ze sobą różnymi zależnościami, a która to całość została utworzona w celu spełnienia pewnych określonych funkcji. System to także logiczny stosunek wynikania, który pozwala tworzyć poprawną metodologicznie teorię<sup>4</sup>.

---

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

Pojęciem system posługują się wszelkie nauki, jest ono także łączone z różnego rodzaju technologiami. W związku z tym istnieje wiele kryteriów klasyfikacji systemów. W szczególności, biorąc pod uwagę wybrane, a jednocześnie – jak się wydaje – podstawowe i interdyscyplinarne podziały, należy wyróżnić: systemy abstrakcyjne (pojęć, reguł, modeli) i fizyczne (materii i energii), systemy statyczne (niezmienne w czasie) i dynamiczne (zmiana w jednej części wpływa na pozostałe) oraz systemy otwarte (żywe) i zamknięte (abstrakcyjne). Klasyfikacja systemów wiąże się przy tym bardzo ściśle z charakterem nauk, w ramach których wskazuje się ich występowanie. Dotyczy to w szczególności filozofii, psychologii, cybernetyki, biologii, matematyki oraz nauk społecznych, w tym prawa<sup>5</sup>. System stanowi centralne pojęcie wyodrębnionego działu wiedzy zwanego teorią systemów ogólnych albo ogólną teorią systemów<sup>6</sup>.

Pojęcie systemu jest przedmiotem szczegółowych niekiedy dywagacji podejmowanych w ramach poszczególnych dogmatyk prawniczych. Warto odnotować pogląd, że system prawa to przede wszystkim normy prawne występujące w określonym czasie historycznym, normy wzajemnie powiązane, z uwzględnieniem cech zarówno wspólnych, jak i różnicujących<sup>7</sup>. Polski system prawa zakłada określoną hierarchię aktów prawnych, a co również istotne – dokonuje podziału norm prawnych na gałęzie prawa przy zastosowaniu różnych kryteriów podziału, np. kryterium historycznego, uwzględniającego stosunki społeczne w danym państwie, czy też metody regulacji prawa (np. regulacje cywilnoprawne i administracyjnoprawne).

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

---

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

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

<sup>7</sup> A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2000, s. 222.

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

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

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

Analogicznie, czynnikiem łączącym dla określonego systemu mogą być ponadto cele regulacji normatywnej. Konieczne jest jednak prawidłowe zidentyfikowanie takich celów i zbadanie ich zbieżności kierunkowej, by w konsekwencji można było stwierdzić, iż właśnie określone cele stanowią spoiwo dla danego systemu. Można także zasadnie przyjmować, że podobną rolę odgrywają w ramach systemu zasady utożsamiane czasem z celami określonej regulacji prawnej lub związane z realizacją takich celów. Odnośnie do zasad warto podkreślić, że mogą one częstokroć być utożsamiane z normami prawa mającymi podstawowe znaczenie na gruncie danego aktu prawnego lub przynależnych do systemu kilku aktów, nośnikami określonych wartości przyjmowanych przez ustawodawcę, a także formami wyrażania pewnych postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda* oraz określania kierunków dokonywania wykładni prawa<sup>8</sup>. Warto zwrócić uwagę na okoliczność, że ustawodawca niejednokrotnie formułuje wspomniane wartości i postulaty, posługując się klauzulami generalnymi i zwrotami niedookreślonymi<sup>9</sup>. One także, przy właściwej ich identyfikacji, ustaleniu charakteru, a w konsekwencji – czynników

---

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

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

wspólnych (np. aksjologicznych lub przedmiotowych) mogą stanowić o przynależności zespołu norm do określonego systemu.

Wreszcie, dla występowania stanu integracji różnych elementów systemu znaczenie mają funkcje realizowane przez określone podmioty i wynikające z treści norm kompetencyjnych. Chodzi tu przede wszystkim o płaszczyznę i zakres działania oraz czynności nakierowane na realizację celów działania, a także sposoby, metody i środki tego działania.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej kryteria, warto – jak się wydaje – zainteresować się w szczególności zasadami oraz sposobami wydatkowania środków publicznych, jako że wiążą się one z systemem zamówień publicznych, stanowiącym przedmiot zainteresowania niniejszego rozdziału.

### 1.3. Podstawy normatywne systemu zamówień publicznych

Z uwagi na omawianą w niniejszym opracowaniu problematykę istotne jest wskazanie systemu gospodarczego opartego na zasadzie społecznej gospodarki rynkowej, regułach konkurencji, dominacji własności prywatnej, obowiązywania prawa podaży i popytu, rządach prawa (praworządności), otwartego na przepływy kapitałowe rynku i współdziałania w ramach wspólnot społeczno-gospodarczych. System ten pozwala na istnienie i funkcjonowanie systemu zamówień publicznych<sup>10</sup>.

Niewątpliwie należy stwierdzić, że system ten to w szczególności zamówienia publiczne *sensu stricto*, koncesje na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwo publiczno-prywatne<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Por. R.W. Griffin, *Podstawy zarządzania i organizacji*, Warszawa 2004, s. 54–56.

<sup>11</sup> Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 17–20.

W publikacji omówiono zagadnienia dotyczące nadzoru i kontroli zamówień *in-house* w tym te, które sprawiają w praktyce liczne problemy, tj.:

- ustalenie zakresu (typu) zamówień i koncesji, które mogą zostać objęte procedurą *in-house*;
- odpowiedź na pytanie, jaki podmiot sprawuje nadzór oraz kontrolę w ramach zamówień i koncesji *in-house* oraz jaki jest jego zakres uprawnień;
- wewnętrznej spójności obowiązujących unormowań w zakresie nadzoru i kontroli sprawowanej nad podmiotami tworzonymi przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach *in-house*.

Autorzy przedstawili prawne aspekty nadzoru i kontroli zamówień *in-house*, w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i przepisy Unii Europejskiej, a także polskie Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, w książce omówiono również problematykę koncesji *in-house*, uwzględniając przepisy nowego prawa zamówień publicznych, które wejdzie w życie 1 stycznia 2021 roku.

Książka przeznaczona jest dla jednostek samorządu terytorialnego, jak również przedsiębiorców z każdej branży, w ramach których prowadzone są zamówienia *in-house*, w szczególności z zakresu gospodarki komunalnej, w ramach której najczęściej stosowane są zamówienia *in-house*. Zainteresuje także adwokatów i radców prawnych współpracujących z tymi podmiotami.

**Paweł Nowicki** – doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; radca prawny; członek Rady Zamówień Publicznych; mediator stały i koncyliator stały Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

**Ewa Przeszto** – doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego; autorka wielu prac naukowych z zakresu zamówień publicznych, prawa przedsiębiorców oraz prawa działalności gospodarczej, a także ekspertyz i opinii odnoszących się do problematyki zamówień publicznych; radca prawny.

**Hanna Wolska** – doktor nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego; radca prawny; autorka kilkadziesiątu publikacji naukowych z zakresu prawa zamówień publicznych.



9788382234121 W01P01

ISBN 978-83-8223-412-1



9 788382 234121

#### **ZAMÓWIENIA:**

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLWUER.PL

WWW.PROFINFO.PL

CENA 99 ZŁ (W TYM 5% VAT)