

Część I

Komentarz praktyczny z orzecnictwem

Rozdział 1. Źródła prawa

1. Uwagi ogólne
2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
 - 2.1. Zasada równości w prawie pierwotnym
 - 2.2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej a usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym
3. Dyrektywa 2014/24/UE
4. Konstytucja RP
5. Ustawa – Prawo zamówień publicznych
6. Ustawy samorządowe
7. Ustawa o gospodarce komunalnej
8. Ustawa o finansach publicznych
9. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych
10. Prawo antymonopolowe

Rozdział 2. Zamówienia publiczne a pomoc publiczna

1. Uwagi ogólne
2. Finansowanie ze środków unijnych a zamówienia publiczne
3. Wybór orzecznictwa

Rozdział 3. Przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki *in-house*

1. Zamówienia publiczne, a formy wykonywania zadań własnych JST
2. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia
3. Stosowanie zasad ogólnych do zamówień z wolnej ręki
4. Omówienie czynności zamawiającego w postępowaniu
5. Wybór orzecznictwa

Rozdział 4. Przesłanki

1. Przesłanki ogólne wynikające z przepisów prawa
2. Zamawiający
3. *In-house* na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU
4. Wykazanie kontroli nad osobą prawną – orzecznictwo TSUE
5. Zakres działalności kontrolowanej osoby prawnej

Część I. Komentarz praktyczny z orzecznictwem

6. Brak bezpośredniego udziału kapitału prywatnego
7. Artykuł 67 ust. 1 pkt 13 ZamPublU
8. Artykuł 67 ust. 1 pkt 14 ZamPublU
9. Artykuł 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU

Rozdział 5. Umowa w sprawie zamówienia publicznego

1. Charakter umowy
2. Rodzaje umów
3. Czas trwania umowy
4. Elementy wymagane w ZamPublU
5. Wzorce i jawność umów

Rozdział 6. Podwykonawstwo

1. Definicja podwykonawcy
2. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa
3. Wyłączenie podwykonawstwa w ramach zamówień *in-house*
4. Przepisy szczególne – zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów

Rozdział 7. Zmiana postanowień umowy

Rozdział 8. Zakończenie umowy

1. Uwagi ogólne
2. Wypowiedzenie umowy przez strony
3. Rozwiązanie umowy przez zamawiającego
4. Odstąpienie od umowy
5. Wynagrodzenie wykonawcy

Rozdział 9. Środki odwoławcze

1. Uwagi ogólne
2. Prawo wspólnotowe
3. Ustawa – Prawo zamówień publicznych i inne akty prawne
4. Wybór orzecznictwa

Rozdział 10. Kontrola zamówień *in-house*

1. Uwagi ogólne
2. Organ sprawujący nadzór
3. Kompetencje organu sprawującego nadzór
4. Tymczasowy zakaz zawarcia umowy
5. Wyjaśnienie sprawy
6. Definitywny zakaz zawarcia umowy
7. Polecenie wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od umowy
8. Unieważnienie umowy
9. Charakter i zakres orzeczenia sądu
10. Obowiązki organów sprawujących nadzór
11. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
12. Unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ZamPublU
13. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej
14. Orzeczenia sądu
15. Stwierdzenie nieważności umowy lub jej części
16. Stwierdzenie nieważności umowy z uwagi na niemożność świadczenia

Rozdział 1. Źródła prawa

1. Uwagi ogólne

W prawie polskim funkcjonuje zamknięty systemem źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Katalog źródeł prawa znajduje się w art. 87 i n. Konstytucji RP. Jako źródło prawa postrzegane są również wyroki Trybunału Konstytucyjnego, przy uwzględnieniu ich konstytucyjnej mocy obowiązującej. Poprzez członkostwo Polski w Unii Europejskiej, i ratyfikację Traktatów, polski porządek prawny został rozszerzony o tzw. *aquis communautaire* (dobroek wspólnotowy), na który składają się: prawo pierwotne (traktaty), oraz prawo wtórne: rozporządzenia, dyrektywy, wyroki TSUE, deklaracje, rezolucje i zasady ogólne. W odniesieniu do zagadnienia zamówień publicznych podstawowym aktem prawnym regulującym materię ich udzielania jest ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). Udzielanie zamówień publicznych jest interdyscyplinarną dziedziną prawną, której unormowania znajdują odniesienia w wielu aktach polskiego systemu prawnego. Sama ZamPublU ma charakter mieszany, zawierając normy o charakterze prawa publicznego (odnosząc się do zasad wydatkowania środków publicznych), jak i prywatnego (odnosząc się do zawierania umów, do których zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego, a więc w zakresie działania instytucji publicznych w sferze *dominimum*). Z tego względu instytucje prawa zamówień publicznych, służące określeniu zasad wydatkowania środków publicznych, realizują takie cele jak, w szczególności: zapewnienie prawidłowej gospodarki finansami publicznymi, w znaczeniu oszczędności ale także efektywności wydatkowania tych środków, zapewnienie zachowania konkurencji, rozwój innowacyjności. Nowa tzw. dyrektywa klasyczna (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE

z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.) daje wprost wyraz tzw. instrumentalizacji zamówień publicznych, jako narzędzia realizacji założeń strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z 3.3.2010 r. zatytułowanym „Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu”.

2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Zagadnienie zamówień publicznych jest przedmiotem regulacji unijnych, jako materia prawa odnosząca się do wspólnego rynku. Konsekwencją wskazanej systematyki jest stosowanie do udzielania zamówień publicznych zasad wynikających z TFUE, a w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Powyższe, znajdując wyraz w wyrokach TSUE, zostało wprost wyrażone w motywie 1 dyrektywy 2014/24/UE. Dodatkowo, motyw 1 dyrektywy wskazuje, że w odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy ustanowić procedury w celu zapewnienia, aby zamówienia publiczne były otwarte na konkurencję. Należy wskazać, że nawet jeśli w pewnych przypadkach przepisy (lub orzecznictwo TSUE) dopuszczają niestosowanie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, to aktualne pozostaje i powinno być stosowane prawo pierwotne UE wraz z podstawowymi zasadami i swobodami. Traktaty bowiem nie przewidują wyjątków w zakresie ich stosowania, analogicznych do nowej dyrektywy klasyfikacyjnej.

2.1. Zasada równości w prawie pierwotnym

Konieczność poszanowania zasady równości wynikającej wprost z prawa pierwotnego UE, przy zawieraniu umów przez podmioty

publiczne, znajduje silne oparcie w orzecznictwie TSUE. Między innymi w wyroku z 13.9.2007 r. w sprawie C-260/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej* (Zb.Orz. 2007, s. I-7083), Trybunał orzekł, iż organy władzy publicznej udzielające koncesji są zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych w ogóle, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (pkt 22 wyr.). Trybunał wskazał, że: „postanowienia traktatu mające zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych, a w szczególności art. 43 i 49 WE oraz zakaz dyskryminacji ze względów przynależności państwowej, stanowią szczególnie wyraz zasady równości traktowania” (pkt 23 wyr.).

Należy zauważyć, iż podstawowe swobody nakładają na państwa członkowskie również określone nakazy o charakterze proceduralnym. Wniosek taki wynika z opinii Rzecznika Generalnego *Christine Stix-Hackl* w sprawie C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) przeciwko Comune di Cinigaglia de' Botti i Padania Acque SpA* przedstawionej 12.4.2005 r. (Zb.Orz. 2007, s. I-07287), w której Rzecznik wskazał, iż: „z art. 10 WE związane są rozwinięte na jego podstawie zasady prawa wspólnotowego, mianowicie zasada równoważności i zasada skuteczności, które prawu procesowemu państw członkowskich, włącznie z przepisami regulującymi procedury udzielania zamówień, wyznaczają określone granice. Wymogi te dotyczą nie tylko ochrony prawnej, lecz już etapu poprzedzającego skorzystanie z niej, a mianowicie przebiegu procedury udzielania zamówienia” (pkt 54 wyr.). Normy prawa pierwotnego mają zatem wpływ na instytucje procesowe, regulujące pozycję stron w czasie trwania postępowania.

Zasady traktatowe przekładają się bezpośrednio na sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kwalifikacje wykonawców oraz zasady oceny oferty. Potwierdził to TSUE w wyr. z 15.5.2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06, *SECAP SpA i Santorso Soc. coop. arl przeciwko Comune di Torino* (Zb.Orz. 2008, s. I-03565), stwierdzając, iż: „podstawowe zasady traktatu w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień

Wpływ zasad na przepisy o charakterze proceduralnym

Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową

o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a dyrektywy Rady 93/37/EWG [z 14.6.1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.10.1997 r. – przyp. aut.], stanowiących niewątpliwym przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów” (pkt 35). W orzeczeniu tym TSUE wskazał wprost, że prawo pierwotne należy stosować również do zamówień, co do których dyrektywa klasyczna nie przewiduje obowiązku jej stosowania. W kontekście przedmiotu niniejszej publikacji, którym jest zawieranie umów w ramach formuły „*in-house*” należy stwierdzić, że do formuły tej znajdują zatem zastosowanie normy traktatowe, mimo, że dyrektywa klasyczna przewiduje wyłączenie obowiązku stosowania dyrektywy w stosunku do zamówienia publicznego udzielanego w trybie „*in-house*” w przypadku spełnienia wskazanych w niej przesłanek (art. 12 dyrektywy 2014/24/UE). Powyższe nie ma jednak wpływu na fakt, że zamówienia publiczne udzielane w trybie „*in-house*” są nadal zamówieniami publicznymi w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE.

2.2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej a usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym

Przepisem Traktatu, o którym należy przypomnieć w związku z przedmiotem niniejszej publikacji jest art. 14 TFUE, zgodnie z którym: „Bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie **usługi świadczone w ogólnym interesie gospodar-**

czym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, **w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecania i finansowania takich usług**". Zgodnie natomiast z **Protokołem (Nr 26) do TFUE**, stanowiącym przepisy wyjaśniające do stosowania Traktatów do usług świadczonych w interesie ogólnym „Wspólne wartości Unii w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 14 TFUE obejmują w szczególności:

- zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrejonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym **w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców**,
- różnorodność usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym oraz różnice w potrzebach i preferencjach odbiorców mogące wynikać z odmiennej sytuacji geograficznej, społecznej lub kulturowej,
- wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności cenowej, równe traktowanie oraz propagowanie powszechnego dostępu i praw odbiorców.

Postanowienia Traktatów nie naruszają kompetencji Państw Członkowskich w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania usług **niemających charakteru gospodarczego** świadczonych w interesie ogólnym”.

Jak wskazuje Komisja Europejska w dokumencie roboczym Służb Komisji [SWD(2013) 53 final/2] pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym pojawiające się w art. 14 i 106 ust. 2 TFUE oraz w Protokole Nr 26 do TFUE, nie zostało zdefinio-

wane w TFUE ani w prawie wtórnym. Komisja wyjaśniła, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym to sektor działalności gospodarczej, który oferuje usługi w ogólnym interesie publicznym, które **nie byłyby świadczone na rynku** (lub byłyby świadczone na innych warunkach, jeżeli chodzi o jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) **bez interwencji publicznej**. Obowiązek świadczenia usługi publicznej nakłada się na usługodawcę poprzez powierzenie mu świadczenia danej usługi na podstawie kryterium interesu ogólnego, co gwarantuje, że **usługa zostanie wykonana na warunkach umożliwiających wypełnienie jej zadania**. Jak wskazuje orzecznictwo TSUE, usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są usługami posiadającymi szczególne cechy charakterystyczne w porównaniu z innymi rodzajami działalności gospodarczej. Pojęcie to może bowiem obejmować różny zakres (sytuacje i nazwy) w zależności od państwa członkowskiego, przy czym prawo wspólnotowe nie nakłada, co do zasady, obowiązku uznawania poszczególnych czynności lub usług za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, chyba że takie zobowiązanie zostało ustanowione w unijnym prawodawstwie (np. usługa powszechna w sektorze pocztowym i telekomunikacyjnym). O zakresie takich usług w danym państwie członkowskim nie decyduje również, że zawiera ona w swej nazwie oznaczenie „usługa świadczona w ogólnym interesie gospodarczym”. Zgodnie zatem z art. 14 TFUE oraz Protokołem Nr 26, państwa członkowskie są upoważnione do poddania usług świadczonych na rzecz ogółu pewnym odrębnościom, niż funkcjonującym na całkowicie wolnym rynku, jeżeli (pod warunkiem że) działają one w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu tych usług, w celu ukształtowania podaży w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom ludności (który może być zróżnicowany w poszczególnych państwach członkowskich) oraz w sposób zapewniający powszechny dostęp do tych usług. Artykuł 14 w związku z Protokołem Nr 26 nie stanowi automatycznego upoważnienia dla państw członkowskich do zmonopolizowania rynku usług użyteczności publicznej przez podmioty publiczne, a jedynie wskazanie, że usługi te mogą być świadczone na poziomie określonym przez państwa członkowskie

również w przypadku, gdy ze swej właściwości nie będą one rentowne (koszt świadczenia nie pokryje się z kosztem nabycia usługi przez jej odbiorców). Artykuł 14 TFUE wskazuje zatem, że naruszeniem zasad odnoszących się do wspólnego rynku, a w szczególności w zakresie naczelną zasady konkurencji, nie są działania państw członkowskich w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli (pod warunkiem, że) realizowane są cele i względy wskazane w Protokole Nr 26 do TFUE.

O podziale usług na mające charakter gospodarczy i niemające takiego charakteru zob. dokument COM(2007) 725: Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Dokument uzupełniający do komunikatu dotyczącego jednolitego rynku na miarę Europy XXI wieku. Usługi świadczone w interesie ogólnym, w tym usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym: nowe zobowiązanie europejskie [COM(2007) 724 wersja ostateczna] [SEK(2007) 1514] [SEK(2007) 1515] [SEK(2007) 1516], <http://eur-lex.europa.eu>, pkt 2.1.

Stosownie do art. 106 TFUE: „Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie mogą wprowadzać ani utrzymywać żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w art. 18 oraz 101–109”. Natomiast „przedsiębiorstwa, które zobowiązane są do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, **zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych**. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”. Powyższe oznacza m.in. konieczność stosowania norm prawa antymonopolowego do podmiotów sektora publicznego organizujących świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, z zastrzeżeniem wskazanego wyżej art. 14 TFUE.

Art. 106 TFUE
(dawny
art. 86 TWE)

Art. 107 TFUE
(dawny
art. 87 TWE)

Artykuł 107 TFUE (dawny art. 87 TWE) stanowi natomiast, że: „z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”. **Artykuł 93 TFUE wprowadza zasadę**, że: „zgodna z Traktatami jest pomoc, która odpowiada potrzebom koordynacji transportu lub stanowi zwrot za wykonanie pewnych świadczeń nierozdzielnie związanych z pojęciem usługi publicznej”. Należy jednak wskazać, że przepisy TFUE nie pozwalają na dofinansowywanie funkcjonowania nierentownych przedsiębiorstw publicznych, jeżeli działające na rynku, konkurencyjne przedsiębiorstwa są w stanie realizować zadania w ramach świadczenia usług gospodarczych służących ogółowi, w jakości (standardach) i na warunkach określonych przez państwo członkowskie.

↳ W sprawie pomocy publicznej w dziedzinie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zob. cz. I, rozdz. 2 niniejszej publikacji.

3. Dyrektywa 2014/24/UE

Podstawowym aktem prawnym regulującym na poziomie unijnym materię zamówień publicznych jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.). Przyjęciu nowej dyrektywy klasycznej (robocza nazwa dyrektywy 2014/24/UE) towarzyszyło przyjęcie również dwóch innych dyrektyw: dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (tzw. dyrektywy koncesyjnej, Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 1 ze zm.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchy-

lającej dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywy sektorowej, Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.). Wszystkie wyżej wymienione regulacje zawierają odniesienia do instytucji zamówień *in-house* – art. 12 dyrektywy klasycznej, art. 17 dyrektywy koncesyjnej i art. 28 dyrektywy sektorowej.

Charakter prawny dyrektyw unijnych wymaga ich implementacji przez państwa członkowskie do krajowego porządku prawnego. W przypadku, jeżeli treść dyrektywy jest jednoznaczna, tj. formułuje obowiązki państw członkowskich w zakresie stosowania uregulowań dotyczących zamówień publicznych w sposób bardzo skonkretyzowany, oraz braku jej implementacji (lub nieprawidłowej implementacji) w wyznaczonym terminie, można, w określonych okolicznościach, powoływać się na tzw. bezpośredni skutek dyrektyw [zob. wyr. TSUE z 4.12.1974 r. w sprawie C-41/74 (*Ivone van Duyn* przeciwko *Home Office*, Zb.Orz. 1974, s. I-01337), w którym udzielono odpowiedzi na pytanie, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy Rady 64/221/EWG z 25.2.1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego (Dz.Urz. UE L Nr 56, s. 850), stanowi dla osób fizycznych źródło uprawnień, na które mogą się one powoływać przed sądem w państwach członkowskich i które podlegają ochronie tych sądów].

Dla materii niniejszego opracowania należy zwrócić szczególną uwagę na niektóre przepisy dyrektywy 2014/24/UE, które znajdują odniesienie do zamówień bezpośrednich – „*in-house*”. Zgodnie z motywem 1 dyrektywy 2014/24/UE: „Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koor-

Charakter prawny i bezpośredni skutek dyrektyw

Udzielanie zamówień publicznych

dynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję”. Zamówienia „*in-house*” są nadal zamówieniami publicznymi i stanowią unijną kategorię prawną (definicja wspólnotowa). W pełnym zakresie, niezależnie od progów opartych na wartości zamówienia oraz przedmiotowych i podmiotowych wyłączeń znajdujących się w dyrektywie 2014/24/UE, udzielanie zamówień nie może naruszać prawa pierwotnego (prawa traktatów).

W ramach procesu legislacyjnego dotyczącego wprowadzenia „*in-house*” do polskiego porządku prawnego, zwolennicy upowszechnienia tej instytucji wskazywali na motyw 5 dyrektywy 2014/24/UE, o treści: „Należy przypomnieć, że żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecenia podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Świadczenie usług w oparciu o przepisy ustawowe, wykonawcze lub umowy o pracę nie powinno być objęte zakresem niniejszej dyrektywy. W niektórych państwach członkowskich może mieć to miejsce w przypadku pewnych usług administracyjnych i rządowych, takich jak usługi wykonawcze i ustawodawcze lub świadczenie pewnych usług na rzecz społeczności, takich jak usługi w zakresie spraw zagranicznych lub wymiaru sprawiedliwości, czy też obowiązkowe usługi zabezpieczenia społecznego”. Należy przypomnieć, że motywy, jak i artykuły dyrektywy 2014/24/UE, mają równoważną moc prawną oraz można wywodzić z nich skutki prawne. Motywy powinny służyć właściwemu rozumieniu doprecyzowanych założeń, zawartych w artykułach tego aktu prawnego. Należy zauważyć, że ww. motyw 5 dyrektywy 2014/24/UE nie stanowi upoważnienia do wprowadzania monopolu na usługi publiczne. Przykładowe usługi (a nie dostawy i roboty budowlane), wymienione w ww. motywie 5 dyrektywy 2014/24/UE, nawiązują do sprawowania funkcji organizacyjnych, zarządczych i związanych z wykonywaniem **władztwa publicznego**, **nie zaś świadczenia usług powszechnie dostępnych (w szczególności o charakterze gospodarczym), na rzecz społeczności.**

Motyw 5 dyrektywy 2014/24/UE nie upoważnia zatem do monopolizowania swoim działaniem rynków usług (w tym usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym) na których występuje konkurencja przez władze rządowe lub samorządowe. Takie działanie mogłoby mieć jednak miejsce, jeżeli danych usług świadczonych w interesie powszechnym nie zapewnia konkurencyjny rynek. Zgodnie z motywem 7 dyrektywy 2014/24/UE: „Należy również przypomnieć, że przepisy niniejszej dyrektywy pozostają bez uszczerbku dla swobody definiowania – w zgodzie z prawem unijnym – przez organy krajowe, regionalne i lokalne usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ich zakresu i specyfiki usługi, która ma zostać wykonana, w tym wszelkich warunków dotyczących jakości usługi, dla zrealizowania celów publicznych takich usług. Niniejsza dyrektywa powinna także pozostawać bez uszczerbku dla uprawnień organów krajowych, regionalnych i lokalnych do świadczenia, zlecenia i finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zgodnie z art. 14 TFUE i Protokołem Nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym załączonym do TFUE i Traktatu o Unii Europejskiej (TUE). Ponadto niniejsza dyrektywa nie dotyczy finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ani systemów pomocy udzielanej przez państwa członkowskie, w szczególności w dziedzinie polityki społecznej, zgodnie z unijnymi przepisami dotyczącymi konkurencji”. Omówienie art. 14 TFUE oraz Protokołu Nr 26 znajduje się w pkt 2 powyżej niniejszego rozdziału. W zakresie dopuszczalnej weryfikacji przez Trybunał i Komisję zakresu usług zdefiniowanych przez państwo członkowskie jako świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym („granice oczywistego błędu”) – zob. cz. I, rozdz. 2 niniejszej publikacji. Motyw 7 należy rozumieć w ten sposób, że państwa członkowskie są upoważnione do określenia warunków i zasad świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, w tym w szczególności ich zakresu i jakości. Takie doprecyzowanie na poziomie krajowym nie będzie stanowić naruszeń dyrektywy 2014/24/UE. Analizując motyw 7 należy go odnosić przede wszystkim do dopuszczalności podnoszenia żądanej jakości świadczeń i określania dostępności przez państwa członkowskie (i instytucje zamawiającego),

bez narażenia się na zarzut ograniczenia konkurencji z uwagi na fakt, że nie wszyscy wykonawcy mogą spełnić świadczenie na wymaganym poziomie [przykładowo zob. wyr. z 17.9.2002 r. w sprawie C 513/99 (*Concordia Bus Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495), w której Trybunał orzekł, że: „Zasada równego traktowania nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego, takim jak te sporne w sprawie przed sądem krajowym, z tego tylko względu, że przedsiębiorstwo transportowe należące do instytucji zamawiającej jest jednym z nielicznych przedsiębiorstw, które mają możliwość zaoferowania sprzętu spełniającego te kryteria”].

Jak zostało wskazane w motywie 31 dyrektywy 2014/24/UE „Istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. **Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taki zastosowania przepisów dotyczących zamówień.** Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami”. Główne wnioski wynikające z motywu 31 to:

Motyw 31
dyrektywy
2014/24/UE

Strony umowy

- 1) zasada, że do zamówień publiczno-publicznych stosuje się, poza szczególnymi przypadkami, przepisy dyrektywy;
- 2) zlecenia bezpośrednie (bez stosowania procedur określonych w dyrektywie 2014/24/UE) są przewidziane jako wyjątkowe sytuacje pozwalające na niestosowanie procedur udzielania zamówień;
- 3) zlecenia bezpośrednie nie mogą ingerować w rynek w ten sposób, że uprzywilejowywałyby w jakikolwiek sposób któregoś z prywatnych przedsiębiorców względem innych (w tym wyraża się m.in. zakaz udziału prywatnego w odniesieniu do podmiotu publicznego będącego wykonawcą/zleceniobiorcą zlecenia bezpośredniego).

Dodatkowo, w uzasadnieniu projektu dyrektywy Komisja wskazywała na główne cele projektowanej dyrektywy 2014/24/UE. Mianowicie nowe przepisy mają na celu zagwarantowanie, że jakakolwiek współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie powoduje zakłócenia konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, a udział instytucji zamawiającej jako oferenta w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również nie powinien powodować zakłócenia konkurencji (por. projekt dyrektywy 2014/24/UE, wniosek Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, KOM/2011/0896, wersja ostateczna – 2011/0438 (COD), Nr 52011PC0896, s. 18–19, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PL:PDF>, dostęp: 5.10.2016 r.).

Artykuł 12 dyrektywy 2014/24/UE reguluje zagadnienie wyłączenia stosowania zamówień publicznych do współpracy publiczno-publicznej – zakreślając przesłanki dopuszczalności udzielenia takiego zamówienia. Artykuł ten stanowi „*novum*” w dyrektywie klasycznej w tym znaczeniu, że analogiczne zapisy nie znajdowały się w uchylanej dyrektywie 2004/18/WE. Nie stanowi jednak nowej instytucji nieznaney dotychczas prawu unijnemu lub w nim zakazanej, gdyż oparta jest na kazuistycznym orzecznictwie sądów wspólnotowych zajmujących się tematyką tzw. zleceń *in-house*. Głównym orzeczeniem, mającym wpływ na ukształtowanie regulacji w dyrektywie 2004/18/WE, był wyr. TS z 18.11.1999 r. w sprawie C-107/98

Gwarancja uczciwej konkurencji

Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego

[*Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i AziendaGas-AcquaConsorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECR 1999, s. I-8121], tzw. sprawa *Teckal*.

Zamówienia
„in-house”
a orzecznictwo
TSUE

Wskazać należy, że regulacje prawa UE (prawa wspólnotowego) nie zawierają legalnej definicji zamówienia „in-house”. Pojęcie zostało wykształcone w oparciu o dorobek orzeczniczy TSUE. Generalnie trudno mówić o jednolitej definicji, która w spójny sposób określałaby główne elementy. W konsekwencji brak jest rzeczowej podstawy definiowania „in-house” jako określonej instytucji, rozumianej jako zespół ściśle powiązanych ze sobą norm prawnych, w sposób funkcjonalny regulujących powstanie, trwanie lub ustanie jakiegoś stosunku prawnego [zob. *J. Pawelec*, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 102 i n.]. Orzecznictwo TSUE charakteryzuje się pewną specyfiką, odróżniającą rezultat działania Trybunału od ustaleń, które powinny być poczynione w ramach kompetencji sądów krajowych. Orzeczenia TSUE każdorazowo odnoszą się do stanu faktycznego, który zaistniał w jednym lub w kilku krajach członkowskich (np. w sytuacji gdy oceniana sprawa dotyczy działalności podmiotów pochodzących z dwóch lub więcej państw członkowskich) i który został zreferowany sądowi wspólnotowemu. Trybunał wydaje swoje orzeczenia, wskazując na zakres dopuszczalności określonego działania z punktu widzenia postanowień oraz zasad wynikających z prawa traktatowego, opierając się na ustaleniach faktycznych i prawnych porządku prawnego danego państwa członkowskiego. Z tego względu wnioski wynikające z orzecznictwa TSUE charakteryzują się z jednej strony konieczną ogólnością, z drugiej strony kazuistyką. Źródłem (umocowaniem) czynności (organu) państwa członkowskiego są unormowania krajowe. Ta konkretna delegacja prawna badana jest następnie względem zgodności z prawem Unii. Prawidłowe odczytanie normy prawnej funkcjonującej na gruncie prawodawstwa danego państwa członkowskiego nie jest zabiegiem prostym, gdyż normy prawne funkcjonują w systemach prawa (to co nie jest wyrażone w konkretnym przepisie danej ustawy, może być wyrażone w innym akcie prawnym, o charakterze ogólniejszym lub bardziej szczegółowym). Ponadto orzeczenia TSUE wykazują na zgodność określonych insty-

tucji prawa krajowego z prawem UE. Istotne jest przy tym, iż pewne formy prawne, instytucje oraz regulacje prawa krajowego, pomimo podobieństwa prawnego i funkcjonalnego, po dalszej analizie wykazywać mogą znaczne różnice. Okolicznością, która ma niebagatelny wpływ na właściwe odczytywanie wniosków oraz kontekstu orzeczenia, jest język, w którym prowadzona była większa część postępowania, oraz sformułowania zawarte w wyroku i uzasadnieniu. Wreszcie kwestią pośrednią, ale również mającą istotne znaczenie dla rozumienia orzeczeń TSUE, jest system oraz ewolucja niektórych instytucji prawa krajowego. Bez uwzględnienia wyżej wymienionych okoliczności wnioski zawarte w orzeczeniu mogą być niepełne, natomiast rezultat oraz znaczenie orzeczenia może podlegać nieuzasadnionemu uproszczeniu. Powyższe spostrzeżenia należy mieć na uwadze, rozpatrując orzeczenia TSUE dotyczące zagadnień bezprzetargowego zlecenia zamówień.

Przechodząc do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, należy rozważyć cele dotyczące zamówień publicznych wynikające z regulacji prawa UE. W utrwalonej linii orzeczniczej TSUE wskazuje, iż głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych „jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich Państwach Członkowskich” (wyr. TSUE z 11.1.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recycling-park Lochau GmbH* przeciwko *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Zb.Orz. 2005, s. I-00001, pkt 44). Trybunał stwierdził, iż każdy wyjątek od stosowania procedur zamówień publicznych „podlega wykładni zawężającej” (pkt 46 wyr.; podobne stanowisko wyrażono w wyr. TS z 10.4.2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01, *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Republike Federalnej Niemiec*, ECR 2003, s. I-3609). Natomiast nieprawidłowe udzielanie zleceń bezpośrednich stanowi najpoważniejsze naruszenie wspólnotowego prawa zamówień publicznych (wyr. z 26.11.2015 r. w sprawie C-166/14, *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH* pko *Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger; Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich*, pkt 13).

Właściwe odczytywanie wniosków oraz kontekstu orzeczenia

Cele regulacji