

Status quo zachowane

Przyjęta 26 lutego 2014 r. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE w sprawie zamówień publicznych wzbudziła intensywną polemikę związaną z treścią art. 12, określającego wyjątek od stosowania zamówień publicznych w przypadku tzw. zleceń wewnętrznych (ang. in house).

Dyrektywa wprowadza wiele wartościowych regulacji, mających na celu dostosowanie zasad udzielania zamówień publicznych do zmieniających się realiów gospodarczych oraz potrzeb rynkowych. Celem dyrektywy jest m.in. zapewnienie przestrzegania zasad Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji.

W ostatnich miesiącach ukazała się znaczna liczba publikacji i wypowiedzi przedstawicieli sektora komunalnego oraz prawników na temat dyrektywy, zwłaszcza w kontekście przetargów organizowanych w nowym systemie gospodarowania odpadami komunalnymi. Szczególnie intensywna polemika związana jest z treścią art. 12 dyrektywy, określającego wyjątek od stosowania zamówień publicznych w przypadku tzw. zleceń wewnętrznych (in house). W oparciu o rzeczony przepis formułowane są niekiedy twierdzenia na temat możliwości bezprzetargowego udzielania zleceń m.in. dla spółek komunalnych w celu realizacji usług na odbiór oraz na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Jak do tej pory brak jest jednak rzeczowego omówienia prawnych przesłanek udzielania zleceń wewnętrznych z punktu widzenia art. 12 dyrektywy.

Niniejsze opracowanie ma na celu wskazanie podstawowych okoliczności związanych z interpretacją art. 12 dyrektywy, wynikających z dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) oraz prawnych aspektów organizacji i funkcjonowania spółek komunalnych w Polsce. Omawiane kwestie powinny być uwzględniane również w codziennej praktyce gmin organizujących przetargi odpadowe.

Wyjątek od zasady przeprowadzania przetargu

Artykuł 12 dyrektywy przewiduje wyjątek od reguły stosowania zamówień publicznych. Jedynie w przypadku spełnienia wszystkich poniższych warunków instytucja zamawiająca uprawniona będzie do udzielenia zlecenia z pominięciem procedur przetargowych. Otóż zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami,
- ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę,
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego (względnie – brak praw blokujących).

W celu przybliżenia tematyki, a w szczególności doniosłości i konsekwencji należytego rozumienia art. 12 dyrektywy, należy przedstawić zasadnicze wątpliwości związane z treścią tego przepisu, które powodują, iż automatyzm przy interpretacji przepisu nie jest uzasadniony.

Jeśli chodzi o kontrolę podobną do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to wskazane kryterium obejmuje dwa istotne elementy konstrukcyjne, czyli kontrolę oraz podobieństwo owej kontroli do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

Należy zwrócić uwagę, iż dyrektywa nie wprowadza definicji „kontroli”. W orzecznictwie sądów krajowych i TSUE, a także w codziennej praktyce stosowania prawa pojęcie kontroli rozumiane jest w sposób bardzo różny. Kontrola może mieć charakter m.in. organizacyjny, finansowy lub osobowy. Nie jest również wykluczone, iż pod pojęciem kontroli postrzegane będą zależności służbowe pomiędzy osobami wykonującymi określone funkcje w strukturze instytucji zamawiającej i jednostek powiązanych.

Ponadto różnie może być rozumiane pojęcie kontroli w kontekście skutków i konsekwencji, jakie dana czynność instytucji zamawiającej może mieć w stosunku do działalności kontrolowanej jednostki bądź osób sprawujących funkcję zarządzającą w tej jednostce. Przekładając powyższe na stronę praktyczną, należy postawić pytanie, co należy rozumieć przez kontrolę. Czy będzie to:

- jedynie możliwość zaznajomienia się z bieżącym funkcjonowaniem jednostki podległej (kontrolowanej),
- udzielanie niewiążących wskazówek dla jednostki podległej (kontrolowanej),
- udzielanie wiążących wytycznych lub poleceń na temat funkcjonowania tejże jednostki?

Równie problematyczne jest wykazanie „podobieństwa kontroli” do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami podmiotu zlecającego. Brak jest bowiem wytycznych, jaki stopień „podobieństwa” uzasadniałby udzielenie zlecenia i zawarcie umowy bez przeprowadzania przetargu.

Zakres 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej

Drugie kryterium przewiduje wymóg, aby 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej prowadzone było w ramach zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą. Warto mieć na uwadze zasadniczą wątpliwość praktyczną: w jaki sposób skwantyfikować zakres działalności świadczonej na rzecz instytucji zamawiającej? W tym przypadku dyrektywa nie przewiduje precyzyjnych (jednoznacznych) wytycznych do obliczenia tegoż zakresu (wskazówki zawarte w art. 12 ust. 5 nie będą wystarczające w wielu sytuacjach).

Istotne jest m.in. pytanie: jak zgodnie z brzmieniem dyrektywy należałoby potraktować sytuację, w której stopień zaangażowania danej osoby prawnej jest zmienny, a zakres świadczonych usług na rzecz instytucji zamawiającej stopniowo ograniczany? Przykładowo w trakcie realizacji zamówienia dla jednostki X osoba prawna uzyskuje znaczne zamówienie dla jednostki Y, przekraczające zakres dotychczas świadczonych usług. Należy jednak jednoznacznie stwierdzić, iż w wielu przypadkach wyliczenie procentowego zaangażowania podmiotu może być niezwykle trudne lub (z uwagi na charakter działalności) w ogóle niemożliwe.

Ostatnim warunkiem udzielenia zamówienia w formule bezprzetargowej jest brak udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Mając na uwadze m.in. cele dyrektywy wyłania się wnioski, iż możliwość przejęcia części kapitału przez podmiot prywatny (m.in. w drodze prywatyzacji lub przejęcia udziałów w podwyższanym kapitale zakładowym) zasadniczo wyklucza udzielenie zamówienia in house. W przeciwnym razie otwarcie się na kapitał prywatny mogłoby prowadzić do naruszania zasady równości pomiędzy prywatnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku.

Powyższe kryteria, zawarte w art. 12, zostały wprowadzone do dyrektywy w oparciu o dotychczasowy dorobek orzecznictwa TSUE. Należy mieć jednak na uwadze, iż wnioski sformułowane na podstawie poszczególnych orzeczeń TSUE charakteryzują się pewną ogólnością. Ponadto orzeczenia Trybunału zapadały w odniesieniu do konkretnych sytuacji prawnych i faktycznych, powstałych w różnych krajach członkowskich UE. Z tego powodu wysoce niezasadne jest, aby treść art. 12 w sposób automatyczny przenosić na grunt prawa krajowego, bez uwzględnienia szerokiej okoliczności powstania tej regulacji.

Orzecznictwo TSUE

Podstawowym orzeczeniem, wielokrotnie przywoływanym jako uzasadnienie stosowania wyjątku od udzielania zamówień publicznych, jest sprawa C-107/98 Teckal. Ze stanu faktycznego przedstawionego w orzeczeniu wynika, iż zlecenie udzielone zostało dla konsorcjum AGAC utworzonego przez kilka miast. TSUE nie zakwestionował udzielenia zamówienia na drodze bezprzetargowej, zwracając uwagę, iż stopień powiązania i zależności pomiędzy gminami a konsorcjum w praktyce wykluczał samodzielne funkcjonowanie i autonomiczne podejmowanie decyzji przez AGAC.

Wnikliwa analiza stanu faktycznego oraz treści orzeczenia Teckal prowadzi do wniosku, iż kontrola, o której mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 dyrektywy, powinna mieć charakter zasadniczy, tzn. powinna umożliwiać rzeczywisty wpływ na decyzje podejmowane przez jednostkę kontrolowaną, w tym umożliwiać zablokowanie podejmowania działań autonomicznych wbrew stanowisku jednostki zamawiającej. Samodzielność decyzyjna osoby prawnej w sprawach operacyjnych działalności wyklucza zatem zastosowanie art. 12.

Z powyższego wyłania się wniosek, iż kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą powinna mieć charakter „decyzyjny”. Tak więc sytuacja, w której zarząd spółki ma pełne i niczym nieograniczone kompetencje do prowadzenia spraw wynikających ze zwykłego zarządu, a także spraw wykraczających poza ten zakres, bez zastrzeżenia dla instytucji zamawiającej żadnych kompetencji w tej sferze, nie spełnia przesłanek do zastosowania zamówień „in house”.

Kryterium „80 procent” ma natomiast znaczenie kluczowe z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji na rynku. W ww. sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA TSUE uznał również, iż „przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (...), tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter jakościowy i ilościowy”.

Praktyczne wątpliwości powstają, gdy mamy do czynienia z podmiotem, który może prowadzić działalność na rzecz innych instytucji publicznych niż podmiot kontrolujący/instytucja zamawiająca (np. świadczenie usług przez spółkę komunalną na terenie innej gminy bądź województwa lub podejmowanie aktywności za granicą). Swoboda prowadzenia działalności, również na rzecz innych instytucji zamawiających lub na innym obszarze, stawia znak zapytania nad możliwością udzielania zlecenia w sposób bezprzetargowy. Skoro bowiem dana osoba prawna posiada autonomię decyzyjną i może świadczyć usługi poza obszarem (geograficznym, rzeczowym) instytucji zlecającej, to powinna być ona postrzegana jako przedsiębiorca, klasyczny uczestnik rynku, a nie jak „wewnętrzna struktura”, w pełni zależna od podmiotu publicznego (instytucji zlecającej).

Jakkolwiek warunek przewidziany w art. 12 ust. 1 lit. c) wyklucza udział kapitału prywatnego, to dyrektywa nie wskazuje na konsekwencje zmiany takiego stanu rzeczy w trakcie realizacji zamówienia. Stosując konsekwentnie zasadę wyłączenia kapitału prywatnego, należałoby przyjąć, iż całościowe lub częściowe sprywatyzowanie osoby prawnej musiałyby doprowadzić do zakończenia realizacji zamówienia. Z drugiej strony wątpliwa jest celowość udzielania zamówienia dla podmiotu nawet potencjalnie otwartego na kapitał prywatny. Trudno bowiem przewidzieć skutki dla zamówienia publicznego częściowej prywatyzacji kontrolowanej jednostki w trakcie realizacji zamówienia (rozważane może być unieważnienie umowy, jej przymusowe rozwiązanie, bądź inny sposób zakończenia realizacji usługi).

Dyrektywa a zlecenia bezprzetargowe w Polsce

Warto zwrócić uwagę, iż orzeczenia TSUE nie dotyczyły podmiotów funkcjonujących według prawa polskiego. Tymczasem dla właściwej implementacji art. 12 do porządku krajowego kluczowe znaczenie ma równoległe postrzeganie krajowego reżimu prawnego. Przedstawione spostrzeżenia dotyczące kontroli można odnieść do sytuacji spółki komunalnej utworzonej na podstawie polskich przepisów (Kodeks spółek handlowych – k.s.h., ustawa o gospodarce komunalnej). Nie ulega wątpliwości, iż zarząd spółki komunalnej np. na podstawie art. 228 pkt 4 k.s.h. zobowiązany jest do uzyskania zgody zgromadzenia wspólników w przypadku zawierania umowy nabycia i zbycia nieruchomości. Zgodnie bowiem z bezwzględnie obowiązującym art. 17 §1 k.s.h., umowa zawarta bez takiej zgody jest nieważna. Oczywiście, statut (umowa spółki) może przekazywać dodatkowe sytuacje, w których również zarząd spółki komunalnej zobligowany jest uzyskać zgodę organów korporacyjnych. Jednakże brak zgody na dokonywanie tych czynności nie powoduje nieważności czynności prawnej, lecz może jedynie prowadzić do odpowiedzialności zarządu spółki względem spółki lub wspólników.

Brak jest wystarczającego uzasadnienia, aby wskazane regulacje k.s.h. były postrzegane jako uprawnienie kontrolne w rozumieniu art. 12 ust. 1 pkt 1 dyrektywy (tak jak kontrola analogiczna do sprawowanej nad własnymi jednostkami). Poza bowiem wyjątkowymi przypadkami zarząd spółki komunalnej, tak jak każdej innej spółki utworzonej w oparciu o przepisy k.s.h., posiada zasadniczą autonomię prawną, organizacyjną i decyzyjną względem gminy, niezależnie od zapisów umowy spółki (statutu).

Uprawnione jest zatem stwierdzenie, iż wskutek wdrożenia nowej dyrektywy nie dojdzie do fundamentalnych zmian w zakresie możliwości udzielania zamówień publicznych w formule in house – będzie to możliwe jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Artykuł 12 stanowi bowiem swoistą kodyfikację orzecznictwa TSUE powstałego na bazie poprzednio obowiązującej dyrektywy. Nieuprawnione jest więc twierdzenie, jakoby art. 12 nadawał nowe uprawnienie instytucjom zamawiającym, w szczególności w zakresie stworzenia możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień spółkom komunalnym. Należy podkreślić, że brak jest przekonujących argumentów przemawiających za uznaniem spółki komunalnej za podmiot kontrolowany w sposób podobny do wewnętrznej jednostki organizacyjnej gminy.

Wnioski na przyszłość

Z uwagi na ramy niniejszego opracowania poruszone zostały tylko niektóre zagadnienia dotyczące art. 12 dyrektywy. Z konieczności poza zakresem publikacji pozostają niezwykle istotne okoliczności i argumenty wynikające z prawa ochrony konkurencji, przepisów regulujących zasady funkcjonowania jednostek samorządu terytorialnego oraz zasad gospodarki finansowej samorządów. Na podstawie przedstawionych powyżej spostrzeżeń wyłaniają się następujące wnioski dotyczące zasad udzielania zamówień in house w związku z art. 12 dyrektywy:

- Kontrola, o której mowa w art. 12 dyrektywy, powinna przejawiać się w możliwości wpływu na zasadnicze operacyjne decyzje jednostki, przy czym sprzeciw (prawa blokujące) powinien oznaczać brak prawnej możliwości zawarcia umowy (dokonania czynności).

- Działanie na rzecz innych podmiotów powinno mieć charakter marginalny, całkowicie uzupełniający główne zadanie o charakterze użyteczności publicznej, do którego realizacji jednostka została powołana. Wydaje się, iż np. świadczenie usług poza obszarem działania gminy wyklucza możliwość udzielenia zamówienia dla tej jednostki.

- Jakiegokolwiek, nawet potencjalne, otwarcie podmiotu na kapitał prywatny w istocie wyklucza możliwość zlecenia in house.

Powyższe wnioski warto mieć na uwadze również w procesie implementacji dyrektywy do prawa polskiego, która powinna nastąpić do kwietnia 2016 r.

dr **Jakub Pawelec**

radca prawny, partner w kancelarii M. Mazurek i Partnerzy