

In house w odpadach – można czy nie można?

Czy po upływie okresu implementacji nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE o zamówieniach publicznych dopuszczalne będzie powierzenie bez przetargu zadań gminy, takich jak gospodarka odpadami, spółce komunalnej?

W ostatnich miesiącach, w związku z przyjęciem nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, odżyła kwestia powierzenia do realizacji zadań własnych gminy tzw. podmiotom wewnętrznym. Istnieją bowiem wątpliwości, czy ustawodawca krajowy jest zobligowany do sięgnięcia w prawie krajowym do rozwiązań wskazanych w dyrektywie, a także nie wiadomo, jakie skutki wywoła brak implementacji nowych przepisów.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej dyrektywa 2014/24/UE), jest pierwszym aktem prawnym, który w sposób generalny reguluje zamówienia „in house”, czyli zamówienia udzielane podmiotom wewnętrznym. W motywie nr 31 do dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że 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. Dotychczas bowiem podstawą udzielania tego typu zamówień były zasady określone przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, których stosowanie w praktyce sprawiało wiele trudności z uwagi na brak jednolitych reguł.

Zamówienia „in house” wg nowej dyrektywy

Kwestia udzielania zamówień tzw. podmiotom wewnętrznym została uregulowana w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, zatytułowanym „Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”. Zgodnie z art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) Instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami.

Przesłanka ta jest doprecyzowana przez art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje, że mamy do czynienia ze sprawo-

waniem przez instytucję zamawiającą nad daną osobą prawną (potencjalnym tzw. podmiotem wewnętrznym) kontroli podobnej do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, jeśli wywiera ona decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje nadzorowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

b) Ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą, sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą.

W przypadku transponowania do prawa polskiego art. 12 dyrektywy 2014/24/UE może się wydawać, że przepis ten znajdzie zastosowanie do wszystkich udzielanych zamówień. Trzeba jednak zauważyć, że w niektórych ustawach szczególnych wprost nakazano stosowanie trybów konkurencyjnych.

Artykuł 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że w celu ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w art. 12 ust. 1 akapit pierwszy lit. b dyrektywy 2014/24/UE, uwzględnia się średni całkowity obrót lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobą prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jeżeli, ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności, lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu bądź alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne – wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych.

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Z przesłanki określonej w art. 12 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE wynika, iż kapitał prywatny nie może mieć bezpośredniego udziału w kontrolowanej osobie prawnej (poprzez posiadanie akcji, udziałów), a więc co do zasady 100% udziałów/akcji powinno należeć do instytucji zamawiającej, chyba że udział konkretnych wykonawców prywatnych w kapitale kontrolowanej osoby prawnej jest obowiązkowy na mocy krajowego przepisu ustawowego, zgodnie z traktatami, pod warunkiem, że taki udział ma charakter niekontrolujący i nieblokujący oraz nie daje decydującego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Zarazem, zgodnie z motywem nr 32 do dyrektywy 2014/24/UE, należy doprecyzować, że decydującym elementem jest wyłącznie bezpośredni prywatny udział w kontrolowanej osobie prawnej. W związku z tym w przypadku, gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej lub w kontrolujących instytucjach zamawiających istnieje udział kapitału prywatnego, nie wyklucza to udzielenia zamówień publicznych kontrolowanej osobie prawnej, bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie, gdyż takie udziały nie mają negatywnego wpływu na konkurencję między prywatnymi wykonawcami. Należy także zaznaczyć, że art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE reguluje zasady udzielania zamówień publicznych pomiędzy zamawiającymi, z których jeden jest osobą kontrolowaną, a drugi osobą sprawującą kontrolę, a art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE dotyczy udzielania zamówień wspólnie przez kilka instytucji zamawiających osobie prawnej, nad którą sprawują one kontrolę.

Implementacja nowej dyrektywy

Nowa dyrektywa weszła w życie 20 dni po jej publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 93 dyrektywy 2014/24/UE), przy czym trzeba mieć na uwadze fakt, że dyrektywy zaliczane są do tzw. pochodnego prawa wspólnotowego. Zgodnie z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (DzU z 2004 r. nr 90, poz. 864/2, z późn. zm.) dyrektywa to akt prawny organów Wspólnoty, spełniający łącznie następujące przesłanki:

- a) jest adresowany do państw członkowskich,
- b) jest prawnie wiążący odnośnie do wskazanych celów (rezultatów),
- c) pozostawiający organom państwa członkowskiego swobodę w doborze form i środków (realizacji celów).

Dyrektywy to akty prawa wspólnotowego mające na celu harmonizację praw państw członkowskich, a więc ich zbliżanie i „dopasowanie”¹ w określonym zakresie w celu realizacji wytyczonych celów. Dyrektywy są skuteczne pośrednio, co znaczy, że oddziałują za pośrednictwem prawa krajowego wprowadzającego je do wewnętrznego systemu prawnego. W związku z tym każda dyrektywa zawiera tzw. termin transpozycji (implementacji), tj. datę wdrożenia dyrektywy do ustawodawstwa każdego państwa członkowskiego. W przypadku dyrektywy 2014/24/UE termin ten upłyne 18 kwietnia 2014 r. (art. 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE). Jeśli po tym czasie nie będzie odpowiednich norm krajowych, to normy dyrektywy mogą być bezpośrednio stosowane i korzystają z przywileju pierwszeństwa przed normami krajowymi. W takim przypadku działania organów władzy publicznej winny opierać się bezpośrednio na normach dyrektyw, zarówno formalnych, jak i materialnych². Skutek bezpośredni dyrektywy ma charakter quasi-sankcyjny, bowiem powstaje dopiero wtedy, gdy państwo członkowskie nie przyjęło środków implementujących dyrektywę w czasie przez nią oznaczonym. W tym względzie wymaga się jednak dodatkowo, by postanowienie dyrektywy, które ma wywołać skutek bezpośredni, było dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe³.

Przepis uznaje się za dostatecznie precyzyjny, gdy może być powoływany przez jednostkę i stosowany przez sąd (organ) z racji swej niedwuznaczności (jasności). Europejski Trybunał Sprawiedliwości jednocześnie dookreśla, iż dostateczna precyzja musi dotyczyć możliwości określenia beneficjentów dyrektywy, treści zobowiązania i tożsamości ciała odpowiedzialnego. Wskazuje również, że przepis nie będzie skuteczny bezpośrednio, jeżeli w danym obszarze państwo dysponuje dużym marginesem swobody, co może znaleźć odzwierciedlenie wprost w normie prawnej, dającej organom możliwość swobodnego uznania, bądź wiązać się z niedookreślonym charakterem koncepcji użytych w normie dyrektywy⁴.

Brak implementacji dyrektywy do prawa krajowego

W przypadku braku implementacji art. 12 dyrektywy 2014/24/UE do prawa polskiego należy ustalić, czy przepis ten będzie miał bezpośredni skutek, a szerzej: czy obowiązek implementacji w ogóle ciąży na państwie polskim. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, niniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkiem usługi te powinny

podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne, zgodnie z art. 14 TFUE oraz protokołem nr 26. Z przepisu tego wynika więc, że każde państwo członkowskie może podjąć decyzję, w jaki sposób zamierza realizować usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym – wolą państwa członkowskiego do takich usług dyrektywa 2014/24/UE nie musi mieć zastosowania, w tym jej art. 12. W literaturze wskazuje się, że funkcjonujące w prawie wspólnotowym pojęcie „usługi świadczone w interesie ogólnym” odpowiada istniejącym w porządkach prawnych krajów członkowskich terminom „usługi użyteczności publicznej” czy „usługi użyteczności publicznej”. Są to usługi, których świadczenie odbywa się pod kontrolą państwa, które w związku z tym posiada szczególne narzędzia interwencji w danym obszarze⁵. Z artykułu 9 ust. 4 Ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (DzU z 2013 r. poz. 594, z późn. zm.), zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Do zadań tych zalicza się więc wskazać m.in. sprawy utrzymania czystości i porządku, lokalny transport zbiorowy, wodociągi i zaopatrzenie w wodę. W literaturze⁶ wskazuje się, że Trybunał Sprawiedliwości i Komisja Europejska preferują szczegółowe badanie każdego przypadku podczas określania, czy dana usługa świadczona jest w ogólnym interesie gospodarczym. Dodatkowo unikają przy tym jednoznacznej odmowy uznania danej kategorii usług za służące ogólnemu interesowi gospodarczemu, ograniczając rozstrzygnięcie tylko do konkretnej sytuacji. Wśród przykładowych usług uznanych za świadczone w ogólnym interesie gospodarczym można przykładowo wymienić gospodarkę odpadami. Zarządzanie poszczególnymi odpadami może być poprawnie uznane za mogące stanowić przedmiot usług w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności wówczas, gdy usługa zmierza do rozwiązania problemu dotyczącego środowiska naturalnego⁷. W literaturze za orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także na usługi dostarczania energii elektrycznej, programów telewizyjnych, czy dostawy wody⁸.

Przyjmując więc co do zasady, iż w przypadku braku implementacji do prawa polskiego art. 12 dyrektywy 2012/24/UE do 18 kwietnia 2016 r. przepis ten będzie miał skutek bezpośredni (gdyż jest w wystarczającym stopniu jednoznaczny), to w przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym państwo członkowskie ma prawo ustalić odrębne procedury udzielenia zamówień publicznych, w tym – jak się wydaje – wyłączyć stosowanie art. 12 dyrektywy 2014/24/UE.

Implementacja dyrektywy do prawa krajowego

W przypadku transponowania do prawa polskiego art. 12 dyrektywy 2014/24/UE może się wydawać, że przepis ten znajdzie zastosowanie do wszystkich udzielanych zamówień. Trzeba jednak zauważyć, że w niektórych ustawach szczególnych wprost nakazano stosowanie trybów konkurencyjnych, czego potwierdzeniem jest np. art. 6d ust. 1 Ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (DzU z 2013 r. poz. 1399), który nakłada na gminy obowiązek zorganizowania przetargu na odbiór lub zagospodarowanie odpadów komunalnych. Mogą więc pojawić się wątpliwości, czy przepisy szczególne ustaw krajowych wyłączają ogólną możliwość udzielania zamówień podmiotom wewnętrznym w określonym przez nie zakresie. Jak jednak wspomniano wcześniej, państwa członkowskie mają prawo ustalić odrębne reguły udzielania zamówień na usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, więc wydaje się, iż w przypadku tych właśnie usług dopuszczalne jest wprowadzenie odrębnych regulacji, w tym wyłączenie stosowania ogólnych przepisów umożliwiających udzielanie zamówień „in house”.

Źródła

1. Kurcz B.: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*. Warszawa 2004.
2. Kurcz B.: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*. Kraków 2004.
3. Biernat S. [W:] Barcz J. (red.): *Prawo Unii Europejskiej*. Warszawa 2004. [Za:] Mik C.: *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, t. 1*. Warszawa 2000.
4. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 19 listopada 1991 r., C-6/90 i C-9/90. [Za:] Mik C.: *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, t. 1*. Warszawa 2000.
5. Kociubiński J.: *Komentarz do art. 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stan prawny 2012.01.01*. LEX. Stanowisko Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: www.uokik.gov.pl/wyjasnienia2.php#faq1019. Dostęp z 26.03.2014 r.
6. Kociubiński J.: *Komentarz do art. 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stan prawny 2012.01.01*. LEX.
7. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 23 maja 2000 r. C-209/98. Opubl. ECR 2000/5B/I-3743.
8. Kociubiński J.: *Komentarz do art. 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stan prawny 2012.01.01*. LEX.

Agnieszka Dylong
radca prawny,
Jędrzej Klatka
radca prawny
Kancelaria Radców Prawnych Klatka
i Partnerzy