



WYROKI, KTÓRE WYWOŁAŁY REWOLUCJĘ

Marcin Maciocha – Radca Prawny MDS Kancelaria – grupa Refunda

Fot. www.freepik.com

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w dwóch wyrokach: z dnia 21.03.2019 r. oraz z dnia 08.05.2019 r. wyrzucił do góry nogami zasady kontraktowania usług transportu autobusowego (w tym w szczególności komunikacji miejskiej) o charakterze użyteczności publicznej. Skutki tego – nie tylko w skali naszego kraju – będą odczuwalne właściwie dla większości przedsiębiorstw komunalnych z branży transportu autobusowego, świadczących do tej pory usługi na zasadach tzw. zamówień in-house.

W dotychczas obowiązującej praktyce kontraktowania usług komunikacji miejskiej kluczowe przepisy zawierał art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) 1370/2007. Zgodnie z tym pierwszym zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, określone w tzw. dyrektywach zamówieniowych, w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, **o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi** zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach. W przypadku, gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami zamówieniowymi, przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania. Zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) 1370/2007, o ile nie zabrania tego prawo lokalne, każdy właściwy organ lokalny – bez względu na to, czy jest to pojedynczy organ, czy grupa organów

świadczących usługi publiczne w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego – **może zdecydować, że będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego lub że bezpośrednio udzieli zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych odrębnej prawnie jednostce**, nad którą ten właściwy organ lokalny lub – w przypadku grupy organów – co najmniej jeden właściwy organ lokalny sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką organ ten sprawuje nad swoimi własnymi działaniami. Przepisy te wspólnie stanowiły do tej pory podstawę dla tzw. zamówień in-house w komunikacji miejskiej na terenie całego kraju. W oparciu o jego treść gminy zawierały – bez stosowania prawa zamówień publicznych – tzw. umowy o świadczenie usług publicznych (ang. public service contract, PSC) ze spółkami, w których posiadały 100% udziałów lub akcji.

W tym miejscu należy także przypomnieć, że zgodnie z hierarchią źródeł prawa obowiązującego w całej Unii Europejskiej rozporządzenie unijne jest aktem prawa obowiązującym wprost (niewymagającym przepisów ustawy krajowej – polskiej) do jego stosowania. Co więcej, przepisy krajowe z nim sprzeczne mogą po prostu nie być stosowane, skoro rozporządzenie obowiązuje bezpośrednio i wprost na terenie całej wspólnoty. Powyższe zastrzeżenia są o tyle istotne, że w ramach polskiego porządku prawnego funkcjonują także przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (UPTZ), które miały być dopełnieniem treści rozporządzenia (WE) 1370/2007. Przepisy te to w szczególności treść art. 22 UPTZ, który powielał w części normy prawne zawarte w art. 5 rozporządzenia 1370/2007 z jednym, acz istotnym wyjątkiem i stanowi po dziś dzień krajową podstawę prawną dla umów in-house w komunikacji miejskiej.

Zgodnie z art. 5 ust. 4 UPTZ „W przypadku, gdy przedmiotem umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zawartej w trybie, o którym mowa w ust. 1 (czyli w trybie tzw. bezpośredniego powierzenia) ma być świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej, umowa powinna przyjąć formę koncesji na usługi. **Przepisu nie stosuje się w przypadku bezpośredniego zawarcia umowy z podmiotem wewnętrznym, w którym jednostka samorządu terytorialnego samodzielnie lub wspólnie z inną jednostką samorządu terytorialnego posiada 100% udziałów lub akcji tego podmiotu wewnętrznego**”.

W związku z taką a nie inną treścią ww. przepisu praktyka krajowa w zakresie kontraktowania usług publicznego transportu zbiorowego w komunikacji miejskiej łączyła normę prawną w nim zawartą z treścią art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, co prowadziło do uzasadnionego wniosku, że w komunikacji miejskiej umowa zawarta bezpośrednio (in-house) nie musi mieć formy koncesji. W oparciu o normy prawne zawarte przepisach art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) 1370/2007 w związku z treścią art. 22 ust. 1 i art. 22 ust. 4 UPTZ w Polsce kontraktowanych jest obecnie ponad 90% pracy przewozowej w komunikacji miejskiej na terenie całego kraju. Stanowi to de facto jedyny (obok nielicznych przetargów publicznych) sposób zawierania umów pomiędzy organizatorami transportu (gmina/powiat/województwo)

a operatorami. Umowy koncesji w tym zakresie praktycznie nie obowiązują, a już zawarte w trybie stricte koncesyjnym nie obowiązują w ogóle. O ile bowiem można w niektórych zamówieniach publicznych udzielonych na usługi komunikacji miejskiej odszukać pewne elementy umowy koncesji (jak np. „przekazanie” do operatora przychodów ze sprzedaży biletów), to jednakże były to i w dalszym ciągu są postępowania organizowane w trybie przetargu nieograniczonego, a nie postępowania koncesyjnego. Wywrócenie zasad w tym zakresie przez najnowsze orzecznictwo TSUE to problem systemowy, z którym zmierzyć będą musieli się zarówno operatorzy komunikacji miejskiej, jak i organizatorzy (gminy), ale przede wszystkim władza ustawodawcza oraz rząd w zakresie dokonania szybkich zmian w obowiązujących krajowych przepisach prawa powszechnie obowiązującego, jak i regulujących kwestie związane z dofinansowaniem projektów transportowych w komunikacji miejskiej.

W wyrokach tych (sprawy C-253/18 oraz C-266/17) **TSUE orzekł bowiem wprost, że art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie ma on zastosowania do bezpośredniego udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu autobusowego, które nie mają formy umów koncesji w rozumieniu dyrektywy 2014/23**. Co istotne, TSUE nie zakwestionował w ww. wyrokach generalnej możliwości udzielania zamówień in-house, wskazał jednakże, że w zakresie transportu autobusowego tą podstawą nie jest przepis art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007. TSUE przypominał, że orzecznictwo dotyczące bezpośredniego udzielania zamówień publicznych rozwinęło się na podstawie i z uwzględnieniem dyrektyw zamówieniowych, co oznacza, że w tych ostatnich system bezpośredniego udzielenia zamówień znajduje swoje źródło i uzasadnienie, co z kolei wyłącza możliwość udzielania zamówień in-house w trybie art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007. TSUE wskazał w ww. wyrokach, że należy zauważyć, że dyrektywy 2014/24 i 2014/25 (nowe dyrektywy zamówieniowe), które uchylili i zastąpiły, odpowiednio, dyrektywy 2004/18 i 2004/17 („stare” dyrektywy zamówieniowe), pierwsza w art. 12, a druga w art. 28, ujęły w ramy prawne i doprecyzowały orzecznictwo Trybunału w dziedzinie bezpośredniego udzielania zamówień. Ta kodyfikacja ogólnych zasad dotyczących bezpośredniego udzie-

lania zamówień, nawet jeśli nie znajduje zastosowania w postępowaniach głównych, wyraźnie ukazuje, że ustawodawca UE zamierzał powiązać te zasady z dyrektywami 2014/24 i 2014/25. To włączenie ogólnych zasad dotyczących bezpośredniego udzielenia zamówień do zakresu stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych oznacza, że praktycznie każde skorzystanie z tego typu zamówienia zakłada stosowanie wspomnianych dyrektyw.

W konsekwencji powyższego sytuacja prawna po wyrokach TSUE jest taka, że obowiązujące przepisy krajowe (art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 UPTZ) dotyczące kontraktowania usług publicznego transportu zbiorowego w komunikacji miejskiej są wprost sprzeczne z treścią ww. wyroków TSUE, a w konsekwencji z treścią art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, czyli nie mogą być stosowane bez ryzyka nieważności umów tak zawartych. Jednocześnie przepisy prawa zamówień publicznych (stanowiące implementację ww. art. 12 i art. 28 dyrektyw zamówieniowych) zawierają możliwość udzielenia zamówień in-house, jednakże w sposób dalece odmienny od dotychczas stosowanego w komunikacji miejskiej. Odmienności są kluczowe dla funkcjonowania spółek komunikacji miejskiej. Po pierwsze przesłanką udzielenia zamówienia in-house w ramach prawa zamówień publicznych jest wykonywanie ponad 90% działalności na rzecz własnej gminy. Co więcej wskaźnik ten obliczany jest przychodami z działalności, co wyklucza blisko połowę spółek komunikacji miejskiej z możliwości udzielenia zamówienia w ten sposób.

OCENA STANU PRAWNEGO PO WYROKACH TSUE

Odnosząc się do aktualnego stanu prawnego oraz orzecznictwa TSUE, niezbędne jest wskazanie zmian regulacji, które wpłynęły na sposób powierzenia realizacji usług przez różne jednostki swoim podmiotom wewnętrznym. Na kształt procedury zamówień in-house wpłynęły orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawie C-253/18 z dnia 8 maja 2019 r., a także C-266/17 i 267/17 z dnia 21 marca 2019 r., które odniosły się w głównej mierze do regulacji z art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, stanowiącej podstawę przeprowadzania zamówień bezpośrednich, m.in. w dziedzinie usług z zakresu komunikacji miejskiej. W myśl stanowiska TSUE zaprezentowanego w ww. orzeczeniach: „*art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie ma on zastosowania*

do bezpośredniego udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu autobusowego, które nie mają formy umów koncesji w rozumieniu dyrektywy 2014/23”.

W myśl też zawartych we wskazanych wyrokach TSUE, należy zauważyć, iż Trybunał nie zanegował ogólnej możliwości realizowania zamówień bezpośrednich w zakresie transportu publicznego (autobusowego) na podstawie obowiązujących norm prawa Unii Europejskiej. **Orzeczenia TSUE ukierunkowały podstawę zamówień w trybie in-house z norm art. 5 rozporządzenia (WE) 1370/2007 na regulacje zawarte w dyrektywach zamówieniowych.** Zmianie zatem uległ sposób, w jaki owe zamówienia miałyby być realizowane. Realizacja zamówień bezpośrednich po ogłoszeniu wskazanych wyroków winna opierać się na procedurach zawierania umów w trybie przyznania koncesji **lub zamówień publicznych realizowanych zgodnie z dyrektywami zamówieniowymi (a jednym z trybów takiego zamówienia jest in-house uregulowany w PZP).**

Istotny jest jednak fakt, iż treści orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, czy też odpowiedzi na pytania prejudycjalne, nie wpływają na obowiązujące regulacje prawa krajowego, dlatego też należy uznać, iż nie wywołują one skutku *erga omnes* w postaci nieważności określonego przepisu. Odpowiedzialność za zachowanie spójności ustawodawstwa krajowego z regulacjami prawa unijnego spoczywa na państwie członkowskim. W konsekwencji przytoczone wyroki TSUE nie eliminują automatycznie krajowych przepisów z zakresu zamówień in-house, choć faktycznie uniemożliwiają ich stosowanie bez ryzyka nieważności zawartych z ich wykorzystaniem umów.

Pod rozwagę należy jednak wziąć kwestię związaną ze zgodnością regulacji krajowej z obowiązującym prawem UE, dlatego też przy stosowaniu krajowych przepisów w zakresie zamówień bezpośrednich, tj. przepisów UPTZ, należy mieć na uwadze zmiany będące następstwem wydanych przez TSUE orzeczeń.

W przypadku nieuwzględnienia zmian wynikających z przytoczonych orzeczeń TSUE w procesie realizacji zamówień bezpośrednich i przeprowadzenia kontraktowania in-house w trybie art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 w oparciu o dotychczasowe zasady, **należy dopuścić możliwość wysta-**

pienia negatywnych skutków owych działań, tj. ryzyka uznania umowy tego rodzaju za nieważną.

Przepisy prawa zamówień publicznych (stanowiące implementację ww. art. 12 i art. 28 dyrektyw zamówieniowych) zawierają możliwość udzielenia zamówień in-house w sposób dalece odmienny od dotychczas stosowanego w komunikacji miejskiej, gdyż zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 11-13 zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie, tj.:

- zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób;
- **ponad 90% działalności** kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a;
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11–13 komentowanego przepisu, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca zatem wprost wskazał w art. 214 ust. 4 PZP, że przesłanki warunkujące udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 PZP muszą być spełnione przez cały okres trwania umowy.

Ustawodawca w art. 214 ust. 9 PZP wprost wskazał również, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 PZP, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że aby uzyskać zamówienie typu *in-house*, co do zasady, wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację. Z kolei zamawiający udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że wykonawca, tj. kontrolowany przez niego podmiot, jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Z treści tego przepisu nie wynika jednak absolutny zakaz zlece-

nia części zamówienia podwykonawcom, o czym świadczy sformułowanie „nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia”.

WYŁĄCZENIE STOSOWANIA PZP – ZAMÓWIENIE SEKTOROWE

Trzecim obecnie stosowanym trybem zawierania umów na świadczenie usług PTZ jest tryb oparty na wyłączeniu stosowania PZP w oparciu o przepisy dot. zamówień sektorowych. Co do zasady bowiem, można uznać, że gmina może być zamawiającym sektorowym, a świadczenie usług PTZ może być objęte zamówieniem sektorowym.

Zgodnie z art. 5 ust. 4 pkt 4) PZP działalnością sektorową w zakresie usług transportowych jest działalność polegająca na udostępnianiu lub obsłudze sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych. Zaznaczyć jednakże należy, że usługi te muszą być zamawiane przez zamawiającego sektorowego, gdyż tylko wtedy mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym. Zgodnie z legalną definicją, zamówienie sektorowe należy rozumieć jako zamówienie publiczne udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 PZP. Przy czym należy zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem na gruncie poprzednio obowiązującego PZP zamawiający sektorowy, aby korzystać z benefitów zamówień sektorowych, musi wykonywać działalność sektorową, a w przypadku gdy gmina/miasto posiada powołaną do tego spółkę, to de facto nie wykonuje działalności sektorowej w tym zakresie. Tryb ten posiada więc w ocenie autora wysokie ryzyko prawne dot. obejścia prawa i zastosowania przepisów, których zastosować w danej sytuacji nie można. Wdrażając go zamawiający opierają się bowiem na art. 365 ust. 2 pkt. 2 PZP i wyłączeniu, zgodnie z którym przepisów ustawy PZP nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi (a więc nie obowiązują nas wtedy de facto żadna procedura publiczna), udzielanych podmiotom, 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. ■