



KOMISJA EUROPEJSKA

Nieoficjalne tłumaczenie dokumentu
SEC(2011) 1169 wersja ostateczna z
dnia 4.10.2011 r., wykonane przez DG
ds. Rynku Wewnętrznego i Usług

DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI

**w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do
stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”)**

SPIS TREŚCI

1.	Wprowadzenie.....	3
2.	Zasada ogólna: unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych stosuje się do zamówień udzielanych między instytucjami zamawiającymi.....	4
3.	Zadania publiczne wykonywane przy wykorzystaniu własnych zasobów – współpraca publiczno-publiczna, która może wykraczać poza zakres stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych.....	5
3.1.	Przegląd różnych koncepcji utrwalonych w orzecznictwie.....	5
3.2.	Współpraca za pośrednictwem odrębnych podmiotów prawnych („współpraca zinstytucjonalizowana/wertykalna”, „orzecznictwo dotyczące zamówień wewnętrznych (in-house)”)	7
3.2.1.	Posiadanie udziału w kapitale podmiotu wewnętrznego.....	8
3.2.2.	Pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal: niezbędna kontrola nad podmiotem wewnętrznym (zależność organizacyjna)	10
3.2.3.	Drugie kryterium określone w sprawie Teckal: przeważająca część działalności podmiotu wewnętrznego musi ograniczać się do wykonywania zadań powierzonych przez podmiot kontrolujący/podmioty kontrolujące (zależność gospodarcza)	12
3.2.4.	Dalsze otwarte pytania dotyczące scenariuszy zakładających udzielanie zamówień in-house.....	13
3.3.	Współpraca niezinstytucjonalizowana/horyzontalna mająca na celu wspólne wypełnienie zadań publicznych.....	14
3.3.1.	Istotne cechy współpracy horyzontalnej między instytucjami zamawiającymi, która nie podlega unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.....	14
3.3.2.	Odróżnienie rzeczywistej „współpracy” od normalnego zamówienia publicznego	15
3.3.3.	Ewentualne ograniczenia dotyczące działalności na rynku komercyjnym.....	16
3.4.	Podsumowanie	16
4.	Zadania publiczne wykonywane przy użyciu zasobów zewnętrznych – inne stosunki publiczno-publiczne	21
4.1.	Podział kompetencji między organy publiczne.....	21
4.2.	Pozaumowne powierzenie zadań.....	23
4.3.	Związek między przepisami dotyczącymi zamówień publicznych a pewnymi prawami wyłącznymi	24
4.4.	Stosunki między instytucjami zamawiającymi w kontekście porozumień o wspólnych lub centralnych zakupach	26

1. WPROWADZENIE

W 2009 r. na podstawie unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych opublikowano ogłoszenia o zamówieniach publicznych opiewających na kwotę około 420 mld EUR. Celem tych przepisów jest zapewnienie wszystkim dostawcom działającym na rynku wewnętrznym możliwości swobodnego konkurowania o zamówienia publiczne¹. Jednocześnie prawo UE nie ogranicza swobody wykonywania przez instytucję zamawiającą ciężących na niej zadań leżących w interesie publicznym własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez nakładania obowiązku zlecenia tych zadań podmiotom zewnętrznym niewchodzącym w skład jej własnej struktury.

Przedmiotem bieżącej debaty jest kwestia, czy unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych mają również zastosowanie do różnego rodzaju sytuacji, w których instytucje zamawiające wspólnie dążą do zapewnienia wykonania swoich zadań publicznych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „Trybunał”) potwierdził, że nie można automatycznie zakładać, że zamówienia udzielane między instytucjami zamawiającymi nie wchodzą w zakres stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Z orzecznictwa Trybunału wynika jednak również, że niektóre formy współpracy między instytucjami zamawiającymi nie mogą zostać uznane za zamówienia publiczne.

Należy zatem dokonać rozróżnienia pomiędzy działalnością zamówieniową, która powinna skorzystać na otwartej konkurencji między podmiotami gospodarczymi, którą zapewniają unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych, a innymi rozwiązaniami, które instytucje zamawiające mogą stosować w celu zapewnienia realizacji swoich zadań publicznych, a które nie wchodzą w zakres stosowania unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

Obecnie instytucje zamawiające, które pragną ze sobą współpracować, mają często trudności z ustaleniem kiedy obowiązują przepisy unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a kiedy nie.

Konieczność wyjaśnienia tej kwestii podkreślono w sprawozdaniu Parlamentu Europejskiego, w którym wezwano „Komisję i państwa członkowskie do informowania o

¹ Wartość unijnego rynku zamówień publicznych ogółem stanowi około 17 % PKB UE. Unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych regulują wyłącznie udzielanie zamówień publicznych, których wartość przekracza określony próg. W 2009 r. wartość takich zamówień wyniosła 3,6 % PKB UE. W odniesieniu do pozostałej części rynku zamówień publicznych państwa członkowskie muszą przestrzegać wynikających z unijnego prawa zasad niedyskryminacji, równego traktowania oferentów itp., o ile zamówienie będące przedmiotem postępowania przetargowego jest przedmiotem zainteresowania ze strony przedsiębiorstw posiadających siedzibę w innym państwie członkowskim.

konsekwencjach prawnych tych orzeczeń [w sprawach współpracy publiczno-publicznej]”².

Niniejszy dokument stanowi próbę odpowiedzi na to wezwanie. Przedstawiono w nim szeroko dotychczasowe orzecznictwo Trybunału oraz dokonano jego konsolidacji i podsumowania, a także wyciągnięto z niego wnioski w zakresie, w jakim dopuszczają to ustalenia Trybunału. Nie sformułowano jednak w nim żadnych nowych przepisów ani wymogów. Ma on natomiast na celu pomóc w lepszym zrozumieniu i stosowaniu obowiązujących przepisów prawnych. Dokument ten został przygotowany z myślą o wszystkich zainteresowanych stronach działających w obszarze zamówień publicznych, a w szczególności o organach publicznych na wszystkich szczeblach administracji³. Wytyczne zawarte w niniejszym dokumencie są ograniczone do obszaru zamówień publicznych i pozostają bez uszczerbku dla unijnych przepisów z zakresu prawa konkurencji i pomocy państwa.

Po przypomnieniu ogólnej zasady, że zamówienia publiczne między instytucjami zamawiającymi podlegają przepisom unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (część 2), w dokumencie omówiono różne formy współpracy między instytucjami zamawiającymi, które mogą zostać wyłączone z zakresu obowiązywania tych przepisów (część 3), a następnie inne rodzaje stosunków publiczno-publicznych w świetle unijnego prawa zamówień publicznych (część 4).

Niniejszy dokument roboczy służb Komisji ma charakter informacyjny i w żaden sposób nie wiąże tej instytucji. Należy zauważyć, że w każdym przypadku interpretacja unijnego prawa pozostaje ostatecznie w gestii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

2. ZASADA OGÓLNA: UNIJNE PRZEPISY DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH STOSUJE SIĘ DO ZAMÓWIEŃ UDZIELANYCH MIĘDZY INSTYTUCJAMI ZAMAWIAJĄCYMI

Unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych stosuje się w przypadku zawarcia przez instytucje i podmioty zamawiające umowy o charakterze odpłatnym z innym podmiotem prawnym. W przypadku zawarcia takiego porozumienia nie ma znaczenia, czy strona umowy jest podmiotem prywatnym czy publicznym. Wynika to wyraźnie z odpowiednich przepisów przedmiotowych dyrektyw oraz z orzecznictwa Trybunału.

² Sprawozdanie stanowiące własną inicjatywę posłanki do Parlamentu Europejskiego Heide Rühle dotyczące „Zmian w procedurze udzielania zamówień publicznych” (rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 18 maja 2010 r. w sprawie zmian w procedurze udzielania zamówień publicznych (2009/2175(INI))).

³ Wraz z opublikowaniem „Zielonej księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych – W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień” (COM(2011) 15 wersja ostateczna, Bruksela, 27.1.2011) zainicjowano konsultacje społeczne, których celem jest ustalenie sposobów reorganizacji obszaru zamówień publicznych w przyszłości. Zanim jednak ewentualne nowe przepisy zostaną przyjęte i wdrożone, niniejszy dokument roboczy służb Komisji ma na celu wyjaśnienie obecnej sytuacji prawnej.

Artykuł 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE⁴ („dyrektywa dotycząca sektora publicznego”) stanowi:

„Terminy „przedsiębiorca budowlany”, „dostawca” oraz „usługodawca” oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, **podmiot publiczny** lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi.” (wyłuszczenie dodano).

Artykuł 1 ust. 7 dyrektywy 2004/17/WE⁵ („dyrektywa sektorowa”) stanowi:

„Terminy „przedsiębiorca budowlany”, „dostawca” lub „usługodawca” oznaczają osobę fizyczną lub prawną, lub **podmiot zamawiający** w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a) lub b), lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku odpowiednio wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi.” (wyłuszczenie dodano).

Na tej podstawie Trybunał stwierdził, że „okoliczność, że usługodawca jest podmiotem publicznym odrębnym od usługobiorcy, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu [dyrektywy]”⁶. Aby możliwe było stosowanie unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, „wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem od niej odrębnym pod względem prawnym”⁷. Dlatego też wyłączenie spod zakresu stosowania krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych „stosunków między jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi i, ogólnie, między podmiotami prawa publicznego niemającymi charakteru handlowego, niezależnie od natury tych stosunków” stanowi nieprawidłową transpozycję unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych⁸.

3. ZADANIA PUBLICZNE WYKONYWANE PRZY WYKORZYSTANIU WŁASNYCH ZASOBÓW – WSPÓŁPRACA PUBLICZNO-PUBLICZNA, KTÓRA MOŻE WYKRACZAĆ POZA ZAKRES STOSOWANIA UNIJNYCH PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

3.1. Przegląd różnych koncepcji utrwalonych w orzecznictwie

Z orzecznictwa Trybunału dotyczącego zamówień publicznych wynika, że prawo UE nie ogranicza swobody wykonywania przez instytucję zamawiającą⁹ ciężących na niej zadań

⁴ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 114-240).

⁵ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 1–113).

⁶ Sprawa C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom [2009] Zb.Orz. I-04747, pkt 33.

⁷ Sprawa C-107/98, Teckal Srl przeciwko Comune di Viano oraz Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia, [1999] Zb.Orz. I-08121, pkt 50.

⁸ Sprawa C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii [2005], Zb.Orz. I-00139, pkt 40.

⁹ Zważywszy na przedmiot rozważań – współpracę publiczno-publiczną – uwaga ta dotyczy wyłącznie postępowania „jednostek zamawiających” w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, a nie „przedsiębiorstw publicznych” zdefiniowanych w dyrektywie sektorowej, ani przedsiębiorstw

leżących w interesie publicznym własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez nakładania obowiązku zlecenia tych zadań podmiotom zewnętrznym niewchodzącym w skład jej własnej struktury¹⁰.

Jeżeli więc instytucja zamawiająca wykonuje zadanie publiczne przy wykorzystaniu własnych zasobów w taki sposób, że nie dochodzi do zawarcia umowy o charakterze odpłatnym – ponieważ świadczenie ma charakter wewnętrzny i dotyczy tej samej osoby prawnej, tzn. instytucja zamawiająca ma dostęp do wszelkich zasobów niezbędnych do wykonania zadania w ramach swojej organizacji – unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych nie mają zastosowania. Przykład: rada miasta zapewnia usługi transportowe na swoim terytorium za pośrednictwem swojego wydziału transportu.

Ponadto możliwość wykonywania zadań publicznych własnymi środkami może być również realizowana we współpracy z innymi instytucjami zamawiającymi. Kilka instytucji zamawiających może wzajemnie służyć sobie pomocą. Jeżeli taka sytuacja nie pociąga za sobą konieczności zapłaty wynagrodzenia ani nie rodzi wzajemnych praw i zobowiązań, w rozumieniu unijnego prawa zamówień publicznych nie dochodzi w takim przypadku do świadczenia usług. W takich okolicznościach unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych nie mają zastosowania. Przykład: ogólne porozumienie między sąsiadującymi gminami stanowiące, że orkiestra jednej gminy będzie swoją grą uświetniała miejskie uroczystości drugiej i na odwrót.

W sytuacji gdy instytucje zamawiające zawierają między sobą umowy o charakterze odpłatnym (tzn. przewidujące wzajemne prawa i obowiązki) powstaje pytanie, czy umowy te mogą zostać wyłączone spod zakresu stosowania unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, pomimo ogólnej zasady stanowiącej, że umowy między różnymi osobami prawnymi są objęte przepisami tych dyrektyw. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału w pewnych okolicznościach jest to w rzeczy samej możliwe. W przypadku gdy instytucje zamawiające współpracują ze sobą w celu wspólnego zapewnienia wykonania zadań leżących w interesie publicznym, może dochodzić do udzielania zamówień, które nie rodzą konieczności stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Taka współpraca może przybierać formę wspólnej kontroli nad podmiotem obcym, któremu powierzono wykonanie danego zadania („współpraca wertykalna/zinstytucjonalizowana”). Współpraca ta może również zostać podjęta bez tworzenia nowego podmiotu lub wyznaczenia specjalnego podmiotu („współpraca horyzontalna/niezinstytucjonalizowana”).

prywatnych działających na podstawie szczególnych lub wyłącznych praw określonych w dyrektywie 2004/17/WE. Odnośnie do „jednostek zamawiających” wchodzących w zakres definicji „podmiotów zamawiających” zawartej w dyrektywie sektorowej należy zauważyć, że szczególna sytuacja tych jednostek pod względem współpracy publiczno-publicznej nie została nigdy wyraźnie zbadana przez Trybunał. Ustalenia dotyczące „jednostek zamawiających” ogółem powinny, MUTATIS MUTANDIS, mieć również zastosowanie w przypadku, gdy występują one w charakterze „podmiotów zamawiających”, z wyjątkiem sytuacji gdy mogą istnieć znaczne różnice w obowiązujących przepisach. Należy również zauważyć, że dyrektywa sektorowa zawiera w art. 23 przepisy dotyczące pewnych rodzajów współpracy publiczno-publicznej (możliwe są nawet sytuacje trójstronne).

¹⁰ Sprawa C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, [2005] Zb.Orz. I-00001, pkt 48.

3.2. Współpraca za pośrednictwem odrębnych podmiotów prawnych („współpraca zinstytucjonalizowana/wertykalna”, „orzecznictwo dotyczące zamówień wewnętrznych (in-house)”)

Powszechnie uznaje się, że unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych stosuje się w sytuacji, gdy instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, tzn. zawierają pisemne umowy o charakterze odpłatnym z osobą trzecią, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu wspomnianych dyrektyw. Stosuje się je również w przypadku udzielania przez instytucje zamawiające koncesji na roboty budowlane na podstawie dyrektywy dotyczącej sektora publicznego.

W sprawie Teckal¹¹ Trybunał dokonał funkcjonalnej interpretacji tego przepisu. Określił on dwa kryteria, których łączne spełnienie umożliwia wyłączenie stosunku między instytucją zamawiającą a inną osobą prawną spod unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Według Trybunału taki stosunek nie wchodzi w zakres stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, jeżeli:

- 1) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną **kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami** oraz
- 2) jednocześnie dana osoba prawna prowadzi przeważającą część swojej działalności na rzecz sprawującej nad nią kontrolę instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających¹².

Tak więc uznając **prawo instytucji zamawiających do samoorganizacji**, Trybunał stwierdził, że unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych (tzn. nie tylko dyrektywy, ale również zasady Traktatu) nie mają zastosowania, w przypadku gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie trzeciej, która jest od niej **niezależna wyłącznie formalnie, natomiast zasadniczo pozostaje jej podległa**. Orzecznictwo to dotyczy przypadków, w których osoba trzecia **nie jest podmiotem z kapitałem prywatnym i jest zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo zależna** od instytucji zamawiającej. Przykład: rada miasta zapewnia usługi transportowe na swoim terytorium za pośrednictwem spółki transportowej, której jest jedynym udziałowcem i którą w pełni kontroluje.

W kolejnych orzeczeniach¹³ Trybunał sprecyzował, że koncepcja zamówień in-house może mieć również zastosowanie w odniesieniu do współpracy publiczno-publicznej,

¹¹ Sprawa C-107/98, Teckal, pkt 50. „Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z umową, sąd krajowy ma obowiązek zbadać zaistnienie porozumienia pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami. W tym celu [...] wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem od niej odrębnym pod względem prawnym. Odmienna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy **jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i gdy podmiot ten prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującej nad nim kontrolę jednostki lub jednostek terytorialnych**”.

¹² Zgodnie z orzeczeniem Trybunału włoski najwyższy sąd administracyjny doszedł do wniosku, że AGAC stanowiła wewnętrzną spółkę Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, orzeczenie nr 2605 z dnia 9 maja 2001 r.).

stwierdziwszy, że dwa kryteria określone w sprawie Teckal mogą być spełnione łącznie przez kilka instytucji zamawiających. Przykład: rady miasta z dwóch miejscowości zapewniają usługi transportowe na swoim terytorium za pośrednictwem spółki transportowej, której są współwłaścicielami i którą wspólnie kontrolują.

Na potrzeby niniejszego dokumentu współpraca ta kwalifikowana jest jako współpraca „zinstytucjonalizowana” lub „wertikalna”, ponieważ biorą w niej udział instytucje zamawiające, które zlecają wykonanie zadania odrębnemu podmiotowi, którego są współwłaścicielami i który wspólnie kontrolują, a który pełni rolę usługodawcy.

To wyłączenie zamówień in-house zostało uznane przez Trybunał zarówno w odniesieniu do zamówień publicznych i koncesji na roboty budowlane objętych zakresem unijnych dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, jak i koncesji na usługi podlegających zasadom Traktatu.

W tym kontekście należy zauważyć, że o ile stosunek między sprawującą kontrolę instytucją zamawiającą a podmiotem kontrolowanym może być wyłączony spod zakresu stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych ze względu na jego wewnętrzny charakter, to podmiot uznany za podmiot wewnętrzny standardowo kwalifikowałby się również jako „podmiot prawa publicznego” podlegający obowiązkowi przestrzegania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych w odniesieniu do swoich własnych zamówień.

W dalszej części szczegółowo opisano stosowne kryteria wynikające z orzecznictwa Trybunału dotyczącego zamówień in-house, które należy rozpatrzyć, aby ustalić czy unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych mają zastosowanie, czy też nie.

3.2.1. Posiadanie udziału w kapitale podmiotu wewnętrznego

Zgodnie z orzecznictwem instytucja zamawiająca nie może sprawować wewnętrznej kontroli nad podmiotem, gdy jedno przedsiębiorstwo prywatne lub większa ich liczba również posiadają udziały w kapitale tego podmiotu¹⁴. Dotyczy to również sytuacji, gdy instytucja zamawiająca jest w stanie niezależnie podejmować wszystkie decyzje dotyczące tego podmiotu, nie zważając na udziałowców prywatnych. Trybunał argumentował, że stosunki pomiędzy instytucją zamawiającą a jej własnymi służbami regulują względy i wymogi mające na celu realizację celów leżących w interesie publicznym. Natomiast inwestując kapitał prywatny w przedsiębiorstwo, inwestorzy kierują się względami służącymi realizacji interesu prywatnego i dążą do osiągnięcia celów odmiennego rodzaju¹⁵. Dotyczy to również „zwykłego dokapitalizowania”

¹³ Sprawa C-324/07, Coditel Brabant SA przeciwko Commune d’Uccle i Région de Bruxelles-Capitale, Zb.Orz. [2008], I-08457 oraz C-573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa, [2009] Zb.Orz. I-08127.

¹⁴ „Posiadanie natomiast przez przedsiębiorstwo prywatne udziału, nawet mniejszościowego, w kapitale spółki, w której udziały posiada również dana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami.” (Sprawa C-26/03, Stadt Halle, pkt 49).

¹⁵ Sprawa C-26/03, Stadt Halle, pkt 50.

podmiotu wewnętrznego przez przedsiębiorstwo prywatne (tzn. np. nabycia akcji, a nie udzielenia standardowej pożyczki¹⁶), nawet jeżeli nie wiązałyby się to z żadnym udziałem w działalności operacyjnej.

- Znaczenie potencjalnego przyszłego zaangażowania kapitału prywatnego

Co do zasady, fakt istnienia prywatnego udziału w kapitale przedsiębiorstwa, któremu udziela się zamówienia publicznego, należy stwierdzić **w momencie udzielania zamówienia**^{17,18}. Ewentualne późniejsze objęcie udziałów przez inwestorów prywatnych w kapitale tego przedsiębiorstwa brane jest pod uwagę wyłącznie, jeżeli w momencie udzielenia zamówienia temu przedsiębiorstwu istnieje faktyczna perspektywa takiego zaangażowania w krótkim horyzoncie czasowym¹⁹.

Czysto teoretyczna możliwość udziału podmiotu prywatnego w kapitale podmiotu wewnętrznego sama w sobie nie podważa istnienia wewnętrznego powiązania między instytucją zamawiającą a jej przedsiębiorstwem²⁰.

Jeżeli jednak zamówienie miałyby zostać udzielone przedsiębiorstwu bez postępowania przetargowego na podstawie wyjątku z racji istnienia powiązania wewnętrznego, późniejsze nabycie udziału w tym przedsiębiorstwie przez inwestorów prywatnych w dowolnym momencie w okresie obowiązywania zamówienia stanowiłoby **zmianę podstawowego warunku** udzielenia zamówienia. W takich okolicznościach zamówienie musi zostać więc udzielone w postępowaniu przetargowym²¹.

- 100% udział podmiotów sektora publicznego w kapitale podmiotu wewnętrznego

Z drugiej strony, fakt posiadania całości udziałów przez instytucje zamawiające należy traktować jako przesłankę wskazującą na istnienie kontroli wymaganej, aby możliwe było powołanie się na wyjątek z tytułu istnienia powiązania wewnętrznego, przy czym przesłanka ta nie jest jednak sama w sobie rozstrzygająca²².

¹⁶ Pożyczki nie można uznać za „standardową” jeżeli np. możliwym sposobem jej spłaty byłaby konwersja zadłużenia z jej tytułu na udziały w podmiocie wewnętrznym.

¹⁷ Sprawa C-26/03, Stadt Halle, pkt 15 i 52 oraz C-573/07, Sea, pkt 47.

¹⁸ W drodze wyjątku szczególne okoliczności mogą wymagać uwzględnienia wydarzeń, które miały miejsce po dniu, w którym udzielono danego zamówienia. Ma to szczególnie miejsce w przypadku, gdy udziały w przedsiębiorstwie wykonawcy, w którym uprzednio całość udziałów posiadała instytucja zamawiająca, zostaną przeniesione na przedsiębiorstwo prywatne tuż po udzieleniu temu wykonawcy danego zamówienia z wykorzystaniem sztucznego mechanizmu stworzonego w celu obejścia odpowiednich przepisów unijnych (zob. w tym kontekście sprawa C-29/04 Komisja przeciwko Austrii [2005], Zb.Orz. I9705), pkt 38–41).

¹⁹ Sea, pkt 50.

²⁰ Zob. komunikat na temat ZPPP, przypis 14. Stanowisko to w międzyczasie potwierdził ETS w sprawie C-371/05, Komisja przeciwko Włochom, [2008], Zb.Orz. I-00110, pkt 29.

²¹ Sea, pkt 53.

²² Sprawa C-340/04, Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA., [2006] Zb.Orz. I-04137, pkt 37: „okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądający – że

Przesłanka ta traci znaczenie w przypadku utworzenia przez instytucje zamawiające nastawionego na zysk przedsiębiorstwa, które jest w pełni od nich niezależne. Przypadek ten ilustruje również sprawa Parking Brixen. Dotyczyła ona podmiotu, którego właścicielem w chwili udzielenia zamówienia była instytucja zamawiająca, a który posiadał pewien stopień autonomii²³ (por. następny punkt), co sprawiło, że Trybunał odmówił przyznania mu statusu podmiotu wewnętrznego.

3.2.2. *Pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal: niezbędna kontrola nad podmiotem wewnętrznym (zależność organizacyjna)*

Instytucja zamawiająca musi sprawować nad podmiotem wewnętrznym „kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami”²⁴. Sposób sprawowania kontroli jest nieistotny, tzn. może ona być sprawowana **w oparciu o uprawnienia wynikające z prawa prywatnego lub publicznego**. Ocena spełnienia wymogu „analogicznej kontroli” „musi brać pod uwagę całokształt **przepisów prawnych i istotnych okoliczności**”. [...] Musi tu chodzić o **możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje**”²⁵.

W tym kontekście należy uwzględnić następujące aspekty.

- Wspólna kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym przez większą liczbę instytucji zamawiających

Trybunał sformułował nowe aspekty pierwszego kryterium określonego w sprawie Teckal w swoim orzeczeniu w sprawie Coditel. Trybunał wyjaśnił, że chociaż kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym musi być skuteczna, nie jest konieczne, aby była ona sprawowana samodzielnie. Potwierdził tym samym zasadę stanowiącą, że **kontrola w rozumieniu pierwszego kryterium określonego w sprawie Teckal może być sprawowana wspólnie**.

Trybunał uzasadnił tak szeroką wykładnię zasadniczo tym, że bardziej zawężona interpretacja tego kryterium uniemożliwiłaby stosowanie zwolnienia określonego w sprawie Teckal w większości przypadków, w których dochodzi do współpracy między instytucjami zamawiającymi. W tym samym duchu Trybunał uznał, że **procedura, którą instytucje kontrolujące stosują przy podejmowaniu wspólnych decyzji, jest nieistotna**. Na przykład stosowanie głosowania większością głosów nie stoi w sprzeczności z ustanowieniem (wspólnej) kontroli przez wszystkie zaangażowane instytucje zamawiające²⁶. Wynika z tego, że „jeśli władza publiczna zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące wspólnikami tej spółki władze publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do

instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami”.

²³ Sprawa C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, [2005] Zb.Orz. I-08585, pkt 70.

²⁴ Sprawa C-107/98, Teckal, pkt 50.

²⁵ Sprawa C-458/03, Parking Brixen, pkt 65; sprawa C-371/05, pkt 24.

²⁶ C-324/07, Coditel, pkt 51.

kontroli wykonywanej nad własnymi służbami tej władzy publicznej, gdy sprawują ją łącznie”^{27, 28}.

- Wystarczający zakres uprawnień w stosunku do podmiotu wewnętrznego

Aby spełnione zostało pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal, instytucja zamawiająca musi zachować wystarczający stopień kontroli zapewniający jej możliwość ograniczania swobody działania danego podmiotu.

W sprawie Coditel fakt, że **w skład organów decyzyjnych** koncesjonariusza wchodził wyłącznie przedstawiciel instytucji zamawiających uczestniczących we współpracy uznano za wyraźną przesłankę istnienia wewnętrznej kontroli.

Sama **forma prawna** podmiotu wewnętrznego nie jest czynnikiem decydującym, może jednak stanowić pewną przesłankę. Na przykład w sprawie Coditel Trybunał podkreślił fakt, że podmiot wewnętrzny nie działał w formie spółki akcyjnej, „mogącej realizować cele niezależne od jej akcjonariuszy, lecz w postaci spółdzielni międzygminnej”. Zgodnie z odpowiednimi przepisami krajowymi taka spółdzielnia nie może mieć charakteru komercyjnego²⁹.

W sprawie Carbotermo³⁰ Trybunał stwierdził, że kontrola sprawowana przez jedną instytucję zamawiającą nad innym podmiotem, która polega wyłącznie na **wykonywaniu kompetencji przyznanych na mocy prawa spółek** udziałowcom stanowiącym większość, może nie być wystarczająca, aby uznać ją za kontrolę w rozumieniu pierwszego kryterium określonego w sprawie Teckal. W takim przypadku uprawnienia instytucji zamawiającej umożliwiające jej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez dany podmiot podlegają znacznym ograniczeniom³¹. Podobnie w przypadku gdy instytucja zamawiająca wywiera wpływ na decyzje tego podmiotu wyłącznie za pośrednictwem **spółki holdingowej** może to osłabiać kontrolę, którą instytucja zamawiająca ewentualnie sprawuje. Pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal może więc nie zostać spełnione³².

W sprawie Sea³³ podmiot wewnętrzny działał w formie spółki akcyjnej. Podczas gdy ta forma spółki nie wyklucza możliwości wewnętrznej kontroli, Trybunał zbadał szczegółowo szczególne uprawnienia przysługujące instytucjom zamawiającym – w szczególności te, które pozwoliłyby im kontrolować organy zarządzające podmiotu

²⁷ C-573/07, Sea, pkt 63.

²⁸ W sprawie C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti, [2005] Zb.Orz. I-07287, Trybunał uznał, że udział mniejszościowy wynoszący 0,97 % był tak niewielki, że wykluczał możliwość sprawowania przez gminę wewnętrznej kontroli nad koncesjonariuszem. W swoich późniejszych ustaleniach Trybunał dopuścił jednak możliwość sprawowania wspólnej kontroli przez kilka instytucji zamawiających, które indywidualnie mogą mieć jedynie niewielki udział mniejszościowy nad podmiotem wewnętrznym.

²⁹ Coditel, pkt 37.

³⁰ Zob. przypis 22.

³¹ Carbotermo, pkt 38, Parking Brixen pkt 70.

³² Carbotermo, pkt 38 i 39.

³³ Zob. przypis 27.

wewnętrzny i które wykraczają poza standardowe zasady, które mają zastosowanie w przypadku tego rodzaju kontroli w spółce akcyjnej.

- Potencjalna autonomia/orientacja rynkowa podmiotu wewnętrznego

W sprawach Coditel i Sea Trybunał stwierdził, że gdyby podmiot kontrolowany stał się podmiotem zorientowanym rynkowo i zyskał pewien margines autonomii, co powodowałoby osłabienie kontroli sprawowanej przez instytucje zamawiające, to pierwsze kryterium określone w sprawie Teckal nie byłoby już spełnione. W tym kontekście należy uwzględnić **materialny i terytorialny zakres działalności** kontrolowanego podmiotu oraz jego **możliwości nawiązywania stosunków z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego**³⁴. Na brak orientacji rynkowej kontrolowanego podmiotu może wskazywać ograniczenie **zakresu terytorialnego** jego działalności do obszaru właściwości instytucji zamawiających będących jego właścicielami oraz **zakresu wykonywanej działalności** (tzn. celów, które podmiot ten realizuje)³⁵ do wykonywania zadań na rzecz tych instytucji zamawiających. W wyniku przeprowadzenia tego testu stwierdzono istnienie wewnętrznej kontroli w sprawach Coditel i Sea oraz jej brak w sprawie Parking Brixen.

Kontrolowany podmiot może **nawiązywać stosunki z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego**, pod warunkiem że pozostają one uboczne wobec podstawowej działalności tego podmiotu, tj. zarządzania usługami publicznymi³⁶. Całkowity zakaz stosunków handlowych z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego czyniłby drugie kryterium określone w sprawie Teckal zbytecznym.

Przykład: w przypadku gdy główną działalnością podmiotu wewnętrznego jest zbiórka odpadów na rzecz kontrolujących instytucji zamawiających oraz selektywne sortowanie odpadów, działalność ta może wiązać się z koniecznością sprzedaży, stanowiącej działalność uboczną, pewnych określonych kategorii odzyskanych odpadów specjalistycznym podmiotom z sektora prywatnego w celu ich recyklingu³⁷.

3.2.3. Drugie kryterium określone w sprawie Teckal: przeważająca część działalności podmiotu wewnętrznego musi ograniczać się do wykonywania zadań powierzonych przez podmiot kontrolujący/podmioty kontrolujące (zależność gospodarcza)

W celu skorzystania z wyjątku z tytułu istnienia powiązania wewnętrznego, kontrolowany podmiot musi wykonywać **przeważającą część swojej działalności** na rzecz kontrolującej go instytucji zamawiającej (instytucji zamawiających). Kryterium to ma na celu zagwarantowanie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, w przypadku gdy podmiot kontrolowany przez jedną instytucję

³⁴ C-324/07, Coditel, pkt 36, C-573/07, Sea, pkt 73.

³⁵ Coditel, pkt 38, Sea pkt 74–76.

³⁶ C-573/07, Sea, pkt 79–80.

³⁷ C-573/07, Sea, pkt 78.

zamawiającą lub większą ich liczbę aktywnie działa na rynku i stąd może stanowić konkurencję dla innych przedsiębiorstw³⁸.

W sprawie Carbotermo ETS stwierdził, że przewidziany w dyrektywie sektorowej próg obrotów wynoszący 80 %, powyżej którego zamówienia udzielane przedsiębiorstwom powiązanim mogą nie wchodzić w zakres stosowania tej dyrektywy, nie może być wykorzystywany jako punkt odniesienia dla dyrektywy dotyczącej sektora publicznego³⁹.

W tym samym orzeczeniu Trybunał zawarł jednak istotne wyjaśnienia dotyczące pojęcia „przeważającej części działalności”⁴⁰. Zdaniem Trybunału kryterium to jest spełnione wyłącznie wówczas, jeżeli działalność podmiotu wewnętrznego prowadzona jest w **głównej mierze** na rzecz instytucji zamawiającej. Wszelka pozostała działalność winna mieć jedynie **marginalne znaczenie**.

Ocena ta powinna uwzględniać **całokształt działalności wykonywanej przez podmiot wewnętrzny w ramach zamówienia udzielonego przez instytucję zamawiającą. Przesłanka ta ma znaczenie** bez względu na tożsamość beneficjenta (niezależnie od tego, czy jest to sama instytucja zamawiająca, czy też użytkownik usług), podmiot, który płaci wynagrodzenie wykonawcy (czy jest to kontrolująca go instytucja, czy też użytkownicy usług będący osobami trzecimi) czy też terytorium, na którym usługi te są świadczone.

W przypadku gdy podmiot wewnętrzny jest kontrolowany wspólnie przez kilka instytucji zamawiających, kryterium „przeważającej części jego działalności” może być spełnione, jeśli dany podmiot wewnętrzny wykonuje tę działalność niekoniecznie na rzecz jednej z tych instytucji zamawiających, ale na rzecz wszystkich tych instytucji łącznie. W konsekwencji, **w przypadku podmiotu wewnętrznego kontrolowanego przez większą liczbę instytucji zamawiających, działalnością, którą należy wziąć pod uwagę, jest działalność wykonywana na rzecz wszystkich tych instytucji łącznie**⁴¹.

3.2.4. *Dalsze otwarte pytania dotyczące scenariuszy zakładających udzielanie zamówień in-house*

Poniższe kwestie nie zostały jeszcze bezpośrednio poruszone w orzecznictwie Trybunału, mogą się jednak pojawić w praktyce.

- Czy dopuszczalne jest zaangażowanie kapitału prywatnego w podmiocie kontrolującym?

³⁸ Carbotermo, pkt 60.

³⁹ Carbotermo, pkt 55. (Orzeczenie to dotyczyło „starej” dyrektywy sektorowej (93/38). Niemniej jednak w art. 23 „nowej” dyrektywy sektorowej (2004/17/WE) przewidziano podobnie próg obrotów wynoszący 80 %, powyżej którego zamówienia udzielone tzw. przedsiębiorstwom powiązanim mogą nie wchodzić w zakres stosowania tej dyrektywy).

⁴⁰ Carbotermo, pkt 63-68.

⁴¹ Carbotermo, pkt 70-71.

Kwestia potencjalnego zaangażowania kapitału prywatnego w podmiocie kontrolującym może wystąpić w przypadku podmiotów prawa publicznego i nie można wykluczyć, że podmioty te nadal byłyby w stanie sprawować wewnętrzną kontrolę nad inną jednostką.

- Czy możliwe jest „oddolne udzielenie zamówienia” (jednostka kontrolowana udziela zamówienia jednostce dominującej)?

W przypadku „oddolnego udzielania zamówienia” można zauważyć, że przesłanka zakładająca konieczność istnienia stosunku o charakterze „wewnętrznym”, tzn. brak dwóch podmiotów posiadających autonomię w podejmowaniu decyzji, nadal byłaby aktualna.

- Czy możliwe są zamówienia między „wewnętrznymi podmiotami siostrzanymi” (zamówienia między dwoma podmiotami wewnętrznymi kontrolowanym przez ten sam podmiot dominujący)?

W przypadku „zamówień między wewnętrznymi podmiotami siostrzanymi” żaden z tych podmiotów nie kontroluje drugiego, natomiast oba kontrolowane są przez ten sam podmiot dominujący. Wydaje się, że orzecznictwo dotyczące zamówień in-house nie przewiduje wyłączenia normalnych zamówień publicznych między tymi podmiotami („wewnętrznymi podmiotami siostrzanymi”) z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych, ponieważ żaden z tych podmiotów nie kontroluje drugiego. Zamówienie tego rodzaju może być jednak formalnie zgodne z orzecznictwem w sprawie zamówień in-house, jeżeli np. instytucja zamawiająca posiadająca dwa podmioty wewnętrzne, których jest właścicielem i które kontroluje, dokona zamówienia pewnych towarów u jednego ze swoich podmiotów wewnętrznych i zleci ich dostawę do drugiego podmiotu.

3.3. Współpraca niezinstytucjonalizowana/horyzontalna mająca na celu wspólne wypełnienie zadań publicznych⁴²

3.3.1. Istotne cechy współpracy horyzontalnej między instytucjami zamawiającymi, która nie podlega unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych

W swoim orzeczeniu w sprawie Hamburg⁴³ Trybunał dopuścił również możliwość współpracy publiczno-publicznej wykraczającej poza koncepcję zakładającą wykorzystywanie współkontrolowanych podmiotów wewnętrznych. Trybunał podkreślił, że prawo UE nie nakłada na instytucje zamawiające wymogu stosowania szczególnej formy prawnej na potrzeby wspólnego wykonywania swoich zadań o charakterze użyteczności publicznej⁴⁴. Na potrzeby niniejszego dokumentu ten rodzaj współpracy

⁴² Trybunał nie zdefiniował tego terminu w szczególnie sposób, odnosząc się do niego w swoim orzeczeniu, tak więc jego interpretacja pozostaje kwestią otwartą, pod warunkiem że odnosi się on do zadań (i) faktycznie wykonywanych przez instytucję zamawiającą, (ii) które instytucja ta można zgodnie z prawem wykonywać lub (iii) które ma prawny obowiązek wykonywać. W opinii służb Komisji możliwa jest szeroka interpretacja tego pojęcia.

⁴³ Zob. przypis 6.

⁴⁴ Tamże, pkt 47.

określono mianem współpracy „niezinstytucjonalizowanej” lub „horyzontalnej”, w której udział biorą różne instytucje zamawiające.

Na dzień dzisiejszy istnieje tylko jedno orzeczenie Trybunału dotyczące współpracy publiczno-publicznej prowadzonej w formie innej niż za pośrednictwem współkontrolowanych podmiotów wewnętrznych. Wydaje się, że w celu wyprowadzenia wyводу Trybunał oparł się na wielu okolicznościach o charakterze indywidualnym, które były istotne w tej konkretnej sprawie.

Niemniej jednak, uwzględniając te aspekty orzeczenia, które mogą mieć ogólne znaczenie, można na jego podstawie zasadnie przyjąć, że instytucje zamawiające mogą podejmować między sobą współpracę horyzontalną (bez tworzenia współkontrolowanego podmiotu „wewnętrznego”), która obejmuje zawieranie porozumień nieobjętych unijnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, jeżeli spełnione są co najmniej następujące warunki:

- układ ten obejmuje jedynie instytucje zamawiające, brak udziału prywatnego kapitału⁴⁵;
- charakter porozumienia wskazuje na rzeczywistą współpracę mającą na celu wspólne wykonywanie wspólnego zadania; jej przedmiotem nie jest natomiast normalne zamówienie publiczne; oraz
- współpracę między tymi instytucjami regulują wyłącznie względy interesu publicznego.

3.3.2. Odróżnienie rzeczywistej „współpracy” od normalnego zamówienia publicznego

Na podstawie orzeczenia w sprawie Hamburg można stwierdzić, że współpraca ma na celu **wspólne zapewnienie wykonania zadania publicznego, do którego wykonania zobowiązani są wszyscy partnerzy**. Takie wspólne wykonanie zadania charakteryzuje się zaangażowaniem i wzajemnymi zobowiązaniami stron umowy i przyczynia się do powstania wzajemnych efektów synergii. Niekoniecznie oznacza to, że każdy ze współpracujących partnerów uczestniczy w faktycznym wykonaniu zadania w równym stopniu – współpraca może opierać się na podziale zadań lub określonej specjalizacji. Niemniej jednak umowie powinien przyświecać **wspólny cel** – wspólne wykonywanie tego samego zadania.

Przykład: jeżeli wspólny cel współpracy między partnerami stanowi przetwarzanie odpadów, mogą oni podzielić się odpowiednimi zadaniami, tak że jeden z nich

⁴⁵ W orzeczeniu w sprawie Hamburg Trybunał odniósł się do „organów publicznych”, jednak w opinii służb Komisji tego rodzaju horyzontalna współpraca może być dostępna dla wszystkich kategorii instytucji zamawiających, tzn. również dla podmiotów prawa publicznego. Z drugiej strony, logiczną konsekwencją kryterium przewidującego zakaz udziału kapitału prywatnego w takiej współpracy horyzontalnej jest niedostępność tej współpracy dla podmiotów prawa publicznego z udziałem kapitału prywatnego.

odpowiedzialny jest za zbieranie odpadów, a drugi za ich spalanie.

Z ogólnej interpretacji orzecznictwa wynika również, że przedmiotem umowy musi być rzeczywista współpraca, inaczej niż w przypadku normalnego zamówienia publicznego, gdy jedna strona wykonuje pewne zadanie za wynagrodzeniem⁴⁶. Za współpracę nie można więc uznać jednostronnego powierzenia wykonania zadania przez jedną instytucję zamawiającą drugiej.

Przykład: dostawa energii elektrycznej do budynków administracji miasta przez przedsiębiorstwo użyteczności publicznej innego miasta bez przeprowadzenia uprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia.

Współpracę regulują względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Tak więc, choć współpraca może przewidywać wzajemne prawa i obowiązki, nie może obejmować **transferów środków finansowych** między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem **rzeczywistych** kosztów robót budowlanych/usług/dostaw: świadczenie usług za wynagrodzeniem jest cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

3.3.3. *Ewentualne ograniczenia dotyczące działalności na rynku komercyjnym*

Trybunał stwierdził, że współpracę powinny regulować względy interesu publicznego. Dlatego też nie podlega ona zwolnieniu, jeżeli przyświecają jej inne względy (tj. jest ona zasadniczo determinowana innymi względami), zwłaszcza komercyjne. Dlatego też współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Innymi słowy, porozumienie o współpracy nie powinno obejmować działalności, która jest oferowana na wolnym rynku⁴⁷.

Przykład: gdyby współpracujący partnerzy w sprawie Hamburg wybudowali spalarnię odpadów o wydajności przekraczającej ich potrzeby, w celu sprzedaży wolnych mocy przerobowych z zyskiem na wolnym rynku, ich współpracy nie regulowałyby wyłącznie względy i wymogi dotyczące interesu publicznego.

3.4. Podsumowanie

W świetle powyższych rozważań można stwierdzić, że normalne zamówienia publiczne między instytucjami zamawiającymi (np. zakup pewnych usług od innej instytucji zamawiającej) nadal podlegają obowiązkom związanym z zamówieniami publicznymi.

⁴⁶ Por. sprawa C-275/08 Komisja przeciwko Niemcom [2009] Zb.Orz. I-00168.

⁴⁷ W przypadkach, w których ze względów praktycznych tego rodzaju pełne wyłączenie stałoby w sprzeczności z leżącym u podstaw tej współpracy ogólnym interesem publicznym (np. uzasadnionym gospodarczo wykorzystaniem zasobów), może być dopuszczalna działalność o ściśle pomocniczym i pobocznym charakterze z jednostkami, które nie uczestniczą we współpracy (np. uzasadnione wykorzystanie uzupełniających wolnych mocy).

Instytucje zamawiające mogą jednak tworzyć struktury – zinstytucjonalizowane lub nie – na potrzeby wzajemnej współpracy⁴⁸.

Zdaniem służb Komisji dwie formy współpracy publiczno-publicznej – współpraca horyzontalna i wertykalna – stanowią dwa dostępne w równym stopniu sposoby organizacji przez instytucje zamawiające realizacji swoich zadań publicznych wykraczające poza zakres stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Trybunał wyraźnie podkreślił, że prawo UE nie nakłada na instytucje zamawiające wymogu stosowania szczególnej formy prawnej na potrzeby wspólnego wykonywania swoich zadań o charakterze użyteczności publicznej. Chociaż powyższe środki stanowią dwie strukturalnie odmienne formy współpracy publiczno-publicznej wykraczającej poza zakres unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, łączą je pewne wspólne cechy.

- Wykorzystanie własnych zasobów we współpracy z innymi instytucjami

Instytucja zamawiająca może wykonywać zadania leżące w interesie publicznym z wykorzystaniem własnych zasobów, bez korzystania z usług podmiotów innych niż własne służby; może je również wykonywać we współpracy z innymi instytucjami zamawiającymi⁴⁹ – czy to w formie zinstytucjonalizowanej współpracy za pośrednictwem współkontrolowanego podmiotu wewnętrznego, czy też bez tworzenia takiej sformalizowanej struktury.

- Zaangażowanie wyłącznie instytucji zamawiających; brak udziału prywatnego kapitału

Po drugie, z orzecznictwa Trybunału⁵⁰ zdaje się jasno wynikać, że aby współpraca publiczno-publiczno podlegała wyłączeniu spod stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, musi każdorazowo zachować czysto publiczny charakter. Udział kapitału prywatnego w jednym ze współpracujących podmiotów

⁴⁸ Uważa się, że wejście w życie traktatu lizbońskiego stawia to orzecznictwo Trybunału w innym świetle. Prawdą jest, że wraz z wejściem w życie traktatu lizbońskiego cały system prawny UE stanął w obliczu istotnych zmian, które należy uwzględnić również przy interpretacji prawodawstwa wtórnego UE. Jedną z istotnych zmian wprowadzonych przez traktat lizboński jest uznanie znaczenia samorządu lokalnego i regionalnego (art. 4 ust. 2 TUE). Ponadto art. 1 protokołu (nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym uznaje zasadniczą rolę i dużą swobodę krajowych, regionalnych i lokalnych organów w świadczeniu, zleceniu i organizowaniu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób jak najbardziej dostosowany do potrzeb użytkowników. Przepisy te potwierdzają prawo organów do decydowania o sposobie realizacji usług, które są zobowiązane świadczyć na rzecz ogółu społeczeństwa. Z drugiej strony, chociaż nawet w przeszłości nie kwestionowano istnienia tego prawa, oczywistym jest, że wykonanie tego prawa musi przebiegać zgodnie z innymi przepisami unijnego prawa. Pewne decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające mogą zatem wiązać się z koniecznością stosowania się do unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Prawo UE nie zmusza instytucji zamawiających do zlecenia zadań na zewnątrz, ale wymaga zapewnienia, że w przypadku gdy instytucje te podejmują decyzję o zaangażowaniu odrębnego podmiotu – publicznego bądź prywatnego – na zasadach komercyjnych, dokonują tego w przejrzysty i niedyskryminujący sposób.

⁴⁹ Coditel, pkt 48–49; Hamburg, pkt 45.

⁵⁰ Sprawa C-26/03, Stadt Halle.

wyklucza zatem możliwość wyłączenia współpracy z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych⁵¹.

- Brak orientacji rynkowej

Jeżeli współpracujące podmioty są zorientowane rynkowo, stanowią bezpośrednią konkurencję dla prywatnych podmiotów gospodarczych, które realizują takie same lub podobne cele komercyjne, przy użyciu takich samych lub podobnych instrumentów. We współpracę, która nie podlega przepisom dotyczącym zamówień publicznych oraz która ma na celu wykonanie zadania publicznego, powinny być zaangażowane wyłącznie podmioty, które zasadniczo nie prowadzą na rynku aktywnej działalności, której przyświeca cel komercyjny. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w roli współpracujących partnerów muszą występować instytucje zamawiające. Status organów publicznych zakłada istnienie ograniczeń w ich działalności, z kolei podmioty prawa publicznego muszą być „ustanowione w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego”.

Ponadto przy współpracy wertykalnej podmiot wewnętrzny musi prowadzić przeważającą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiających, które sprawują nad nim kontrolę. Wszelka działalność prowadzona na rynku musi mieć charakter uboczny wobec tej działalności podstawowej, ponieważ ewentualna orientacja rynkowa stawiałaby pod znakiem zapytania wspólną kontrolę, której istnienie wymagane jest w przypadku współpracy wertykalnej.

Jeśli chodzi o współpracę horyzontalną, Trybunał stwierdził, że jeżeli współpracę pomiędzy organami publicznymi regulują wyłącznie względy i wymogi związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym, to nie stoi ona w sprzeczności z zasadniczym celem unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, tj. swobodnym przepływem usług oraz otwarciem niezakłóconej konkurencji we wszystkich państwach członkowskich⁵². Ma to miejsce w przypadku, gdy współpracy nie przyświecają żadne względy komercyjne.

- Rodzaj stosunków między współpracującymi partnerami

W sprawie Hamburg Trybunał podkreślił, że prawo UE nie nakłada na instytucje zamawiające wymogu stosowania szczególnej formy prawnej na potrzeby wspólnego wykonywania swoich zadań o charakterze użyteczności publicznej. Nawet jeżeli nie ma takiego wymogu, to biorąc pod uwagę dwie formy – wertykalną i horyzontalną – współpracy publiczno-publicznej, należy zauważyć, że rodzaj stosunków między współpracującymi podmiotami jest różny i wymaga odpowiedniego uwzględnienia.

Fakt (wspólnego) sprawowania kontroli wewnętrznej w ramach współpracy zinstytucjonalizowanej może stanowić przesłankę wyłączenia z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień również umowy, która w normalnych warunkach by

⁵¹ Stadt Halle; Hamburg, pkt 44 i 47.

⁵² Hamburg, pkt 47.

im podlegała. Innymi słowy, wyłączenie z tytułu istnienia powiązania wewnętrznego dotyczy objętego innymi przepisami zamówienia publicznego dotyczącego realizacji zadania za wynagrodzeniem.

Z kolei w przypadku współpracy niezinstytucjonalizowanej, w celu odróżnienia jej od zwyczajnego zamówienia publicznego, wydaje się istotne, aby charakter tej współpracy przewidywał wzajemne prawa i obowiązki wykraczające poza „realizację zadania za wynagrodzeniem”, a cel współpracy nie miał charakteru komercyjnego.

Tabela podsumowująca

I. Zamówienia publiczne między niezależnymi instytucjami zamawiającymi → stosowanie zasad udzielania zamówień

II. Zadanie publiczne wykonywane wspólnie przez instytucje zamawiające przy wykorzystaniu własnych zasobów

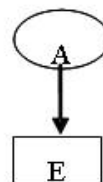
a) Wewnętrzna kontrola (udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą własnemu podmiotowi wewnętrznemu)

3 łączne warunki:

- brak kapitału prywatnego w podmiocie wewnętrznym;
- instytucja zamawiająca (lub instytucje wspólnie) sprawuje (sprawują) nad podmiotem wewnętrznym kontrolę analogiczną do tej, jaką instytucja ta sprawowałaby nad własnymi służbami;
- podmiot wewnętrzny prowadzi przeważającą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających, które go kontrolują.

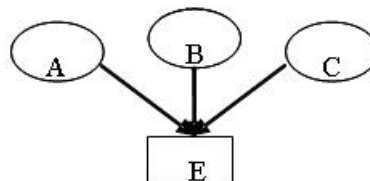
Jedna instytucja zamawiająca kontroluje własny podmiot wewnętrzny

A jest instytucją zamawiającą, a E stanowi odrębny podmiot pod względem prawnym, który jest zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo zależny od A



Kilka instytucji zamawiających wspólnie kontroluje podmiot wewnętrzny

A, B i C są instytucjami zamawiającymi, a E stanowi odrębny podmiot pod względem prawnym, który jest zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo zależny od wszystkich trzech instytucji zamawiających



b) Współpraca między instytucjami zamawiającymi bez tworzenia szczególnej struktury

3 warunki:

- układ ten obejmuje jedynie instytucje zamawiające, brak udziału prywatnego kapitału;
- charakter umowy wskazuje na rzeczywistą współpracę mającą na celu wspólne wykonywanie wspólnego zadania; jej przedmiotem nie jest natomiast normalne

zamówienie publiczne; oraz

- współpracę regulują wyłącznie względy interesu publicznego.

4. ZADANIA PUBLICZNE WYKONYWANE PRZY UŻYCIU ZASOBÓW ZEWNĘTRZNYCH – INNE STOSUNKI PUBLICZNO-PUBLICZNE

W niniejszej części omówiono sytuacje, w których zadania leżące w interesie publicznym powierzone instytucji zamawiającej ostatecznie wykonywane są przy wykorzystaniu zasobów zewnętrznych w stosunku do tej instytucji. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy dochodzi do przekazania **kompetencji** w zakresie danego zadania publicznego innemu organowi publicznemu. **Wykonanie** danego zadania może również zostać powierzone innemu podmiotowi. Może to nastąpić (i) bez ustanawiania powiązań umownych lub (ii) poprzez zlecenie wykonania zadania innej instytucji zamawiającej, której przysługuje wyłączne prawo w tym względzie, lub (iii) w ramach wspólnego zamówienia z innymi instytucjami zamawiającymi lub za pośrednictwem centralnych jednostek zakupujących.

4.1. Podział kompetencji między organy publiczne

Kompetencje prawne w zakresie zadania publicznego można rozumieć jako wyłączne zobowiązanie i prawo do wykonywania danego zadania własnymi środkami administracyjnymi, technicznymi lub innymi lub poprzez zlecenie jego wykonania podmiotom zewnętrznym. Kompetencje w zakresie danego zadania publicznego z definicji zakładają istnienie władzy publicznej wymaganej do określenia ram regulacyjnych regulujących wypełnianie zadania na szczeblu danego organu.

Organizacja administracji krajowej jako taka nie wchodzi w zakres kompetencji UE. W związku z tym w gestii każdego państwa członkowskiego pozostaje (re)organizacja własnej administracji, a w ramach takiej reorganizacji umożliwienie przekazania kompetencji w zakresie danych zadań publicznych z jednego organu publicznego do drugiego. (Ze względu na charakter opisanego tu procesu, nie są w niego zaangażowane żadne podmioty z udziałem kapitału prywatnego).

Celem przepisów dotyczących zamówień publicznych jest uregulowanie sytuacji, w których instytucja zamawiająca nabywa towary, usługi lub roboty budowlane, tzn. kupuje rezultat pewnych działań gospodarczych w celu zaspokojenia własnych potrzeb lub potrzeb obywateli. Instytucja zamawiająca przekazująca wszystkie kompetencje w zakresie danego zadania publicznego nie nabywa żadnych usług na własne potrzeby, przekazuje natomiast odpowiedzialność za realizację pewnego zadania innemu podmiotowi.

Przekazania kompetencji w zakresie danego zadania publicznego z jednej instytucji zamawiającej do drugiej nie regulują przepisy dotyczące zamówień publicznych, których podstawę częściowo stanowi art. 56 TFUE (dawny artykuł 49 TWE), tj. swoboda świadczenia usług.

Przekazanie kompetencji w zakresie danego zadania publicznego z jednego organu publicznego do innego zakłada przekazanie zarówno władzy publicznej, jak i całości działalności gospodarczej z tym związanej. Na przykład w dziedzinie gospodarki odpadami przekazanie wszystkich kompetencji oznacza przeniesienie prawa do ustalania opłat, ustalania zasad zbierania, sortowania, składowania i przetwarzania odpadów, jak również prawa do zarządzania, i w końcu do wykonywania zadania zgodnie z tymi zasadami. Całością tych praw stanowi władzę publiczną. Część z tych praw stanowi prawo do określania sposobu prowadzenia konkretnego rodzaju działalności gospodarczej, której wykonywanie wymagane jest w celu wypełnienia zadania publicznego (np. zbieranie, transport, składowanie, unieszkodliwianie i recykling odpadów): działalność tę może wykonywać albo sam organ publiczny, albo też upoważniona przez niego osoba trzecia.

Chociaż w państwach członkowskich dochodzi do sytuacji, w których następuje przekazanie kompetencji, to ani prawodawstwo UE, ani orzecznictwo Trybunału wyraźnie tej kwestii nie porusza.

Trybunał odniósł się, w jednej sprawie⁵³, do kwestii przekazania władzy publicznej, w sytuacji gdy państwo członkowskie powołało się na fakt przekazania kompetencji przez organ publiczny osobie trzeciej. Zgodnie z tym orzecznictwem do przekazania kompetencji **nie** dochodzi, jeżeli

- podmiot publiczny, który pierwotnie posiadał kompetencje, pozostaje w głównej mierze odpowiedzialny za przedsięwzięcie, ponieważ przepisy prawa nie dopuszczają zrzeczenia się przez niego swojego zadania;
- nowy podmiot może podejmować prawnie wiążące działania dopiero po uzyskaniu zgody podmiotu, który pierwotnie posiadał kompetencje; oraz
- nowy podmiot finansowany jest przez podmiot publiczny, który pierwotnie posiadał kompetencje w zakresie wypełniania swoich zadań, w wyniku czego nie ma swobody podejmowania działań.

Na tej podstawie cechą charakterystyczną przeniesienia kompetencji z jednego organu publicznego na inny w ramach reorganizacji administracji publicznej jest całościowy charakter tego przeniesienia. Organ dokonujący przeniesienia kompetencji nie zachowuje żadnej odpowiedzialności. Organ, na który przeniesiono kompetencje, musi wykonywać kompetencje niezależnie i na własną odpowiedzialność.

W szczególności organ przekazujący kompetencje nie zachowuje prawa do określenia sposobu prowadzenia działalności gospodarczej podejmowanej w kontekście danego zadania publicznego. Taka działalność prowadzona jest pod kierownictwem podmiotu, któremu przekazano kompetencje.

⁵³ Sprawa C-264/03 Komisja przeciwko Francji [2005] Zb.Orz. I-08831, pkt 54. Zob. również opinię rzecznika generalnego Maduro z dnia 24 listopada 2004 r., pkt 39–41.

Nie wyklucza to jednak możliwości wywierania przez organ przekazujący kompetencje pewnego wpływu na konkretną organizację wykonania danego zadania publicznego. W rzeczywistości pracownicy organu publicznego dokonującego przekazania kompetencji mogą być członkami organu wykonawczego lub zarządzającego instytucji, której przekazano kompetencje w zakresie danego zadania publicznego. Organ przekazujący kompetencje może również zachować prawo do otrzymywania pewnych informacji.

Na tej podstawie można stwierdzić, że jeżeli, na przykład, kilka organów publicznych postanowi utworzyć nowy podmiot, któremu całkowicie przekażą szczególnie kompetencje, lub jeżeli organ publiczny postanowi przekazać swoje kompetencje już istniejącemu podmiotowi, w wyniku czego zadanie publiczne będzie wykonywane przez podmiot, któremu przekazano kompetencje, przy zachowaniu pełnej niezależności i na jego własną odpowiedzialność, a organy publiczne przekazujące kompetencje nie zachowują żadnej kontroli nad świadczoną usługą, to unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych nie będą miały zastosowania.

4.2. Pozaumowne powierzenie zadań

Unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zakładają istnienie umowy, który wymaga istnienia co najmniej dwóch prawnie odrębnych podmiotów, które są od siebie niezależne przy podejmowaniu decyzji⁵⁴. Umowa zasadniczo stanowi wyrażenie woli stron, co oznacza, że jej strony mogą decydować o zamiarze zawarcia stosunku umownego lub jego rozwiązania⁵⁵. Inne przesłanki wskazujące na istnienie umowy to zdolność stron do prowadzenia negocjacji co do faktycznego przedmiotu usług, które mają być świadczone, oraz wysokości opłat z tytułu tych usług⁵⁶. Umowa zakłada istnienie stosunku synalagmatycznego (wzajemności). Jeżeli umowa nie istnieje, unijne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie mają zastosowania. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że jeżeli podmiot prowadzi pewną działalność z racji swoich obowiązków wynikających z przepisów krajowych, a nie na podstawie umowy, działalność ta nie jest objęta przepisami unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

W szczególności, w sprawie Tragsa⁵⁷, Trybunał stwierdził, że na podstawie odpowiednich przepisów krajowych Tragsa – przedsiębiorstwo publiczne – nie miało swobody decydowania w kwestii przyjęcia zlecenia ani wpływu na wysokość opłat za swoje usługi, było natomiast zobowiązane przepisami prawa do realizacji zleceń instytucji zamawiającej w zakresie, w jakim pełniło rolę jednostki wykonawczej i służby technicznej tej instytucji. Trybunał orzekł, że stosunki łączące Tragsa z instytucjami zamawiającymi korzystającymi z jego usług nie miały charakteru stosunków umownych, miały natomiast pod każdym względem charakter stosunku wewnętrznego, stosunku

⁵⁴ Teckal, pkt 51.

⁵⁵ Sprawa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado, [2007] Zb.Orz. I-02999, pkt 54 oraz sprawa C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado, [2007] Zb.Orz. I-12175, pkt 55.

⁵⁶ Zob. tamże.

⁵⁷ Sprawa C-295/05, Tragsa.

zależności i podwładności⁵⁸. Przepisy unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie miały więc zastosowania do tych stosunków.

Należy jednak zauważyć, że stosowanie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie jest uzależnione od istnienia umowy. Postanowienia Traktatu stosuje się w każdym przypadku, gdy instytucja zamawiająca „powierza wykonywanie działalności gospodarczej osobie trzeciej”⁵⁹. W kontekście Traktatu Trybunał uznaje natomiast również wyjątek z tytułu istnienia powiązania wewnętrznego.

4.3. Związek między przepisami dotyczącymi zamówień publicznych a pewnymi prawami wyłącznymi

Jeżeli instytucji zamawiającej przysługuje prawo wyłączne, zgodnie z art. 18 dyrektywy 2004/18/WE, inne instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na dane usługi wyłącznie temu podmiotowi. Głównym powodem wprowadzenia tego przepisu była chęć uniknięcia konkursowych postępowań o udzielenie zamówienia w przypadkach, gdy – ze względu na istnienie prawa wyłącznego – dane zamówienie może zostać udzielone ostatecznie tylko jednemu podmiotowi.

W ogólnych rozważaniach pojęcie „prawa wyłączne” może dotyczyć szeregu różnorodnych zjawisk, począwszy od zastrzeżenia całego sektora gospodarki dla organów publicznych, aż do powierzenia, na zasadzie wyłączności, jednego konkretnego zadania jednemu konkretnemu przedsiębiorstwu. Jednak nie każde prawo wyłączne stanowi podstawę zastosowania zwolnienia w stosunku do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi. Artykuł 18 stanowi, że prawo wyłączne może być przyznane tylko zgodnie z opublikowanym przepisem ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, zgodnym z postanowieniami Traktatu. Ponadto **art. 18 dotyczy jedynie praw przyznanych szczególnym podmiotom z sektora publicznego do świadczenia określonych usług, na zasadzie wyłączności, na rzecz sektora publicznego**. Ograniczenie tego wyłączenia do zamówień udzielanych podmiotom, które same w sobie są instytucjami zamawiającymi, gwarantuje konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia na rynkach niższego szczebla, ponieważ instytucja zamawiająca, której przysługuje prawo wyłączne, musi przestrzegać przepisów unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych w przypadku dokonywania zakupów na własne potrzeby.

- Zgodność z postanowieniami Traktatu

Opublikowane przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne muszą być zgodne z odpowiednimi postanowieniami Traktatu, w szczególności z artykułem 49 (dawnym artykułem 43 TWE) i artykułem 56 (dawnym artykułem 49 TWE) TFUE oraz przepisami i zasadami, które wynikają z tych artykułów. Te przepisy i zasady przewidują brak dyskryminacji, przejrzystość, proporcjonalność, wzajemną uznawalność i ochronę praw jednostki.

⁵⁸ Sprawa C-295/05, Tragsa, pkt 51.

⁵⁹ Parking Brixen, pkt 61.

Wyłączne prawo, które z definicji ogranicza swobodę świadczenia usług przez inne podmioty, jest uzasadnione jedynie w przypadku spełnienia określonych warunków⁶⁰.

Wyłączne prawo musi zatem wynikać z odstępstwa wyraźnie przewidzianego w Traktacie (wykonywanie władzy publicznej (artykuł 51 TFUE (dawny artykuł 45 TWE)) lub być uzasadnione względami polityki publicznej, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego (artykuł 52 TFUE (dawny artykuł 46 TWE)) czy też, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, nadrzędnymi wymogami w zakresie interesu ogólnego, które muszą być odpowiednie do osiągnięcia wyznaczonego celu, nie mogą wykroczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia i muszą w każdym przypadku być stosowane bez dyskryminacji^{61, 62}.

- Czy wymóg niedyskryminacji oznacza konieczność udzielenia prawa wyłącznego w postępowaniu konkursowym?

Jak wspomniano powyżej art. 18 dotyczy praw przyznanych szczególnym podmiotom z sektora publicznego do świadczenia określonych usług, na zasadzie wyłączności, na rzecz sektora publicznego. Jeżeli swoboda świadczenia usług ograniczona jest ze względu na nadrzędne wymogi w interesie ogólnym, jednym z kryteriów, które muszą zostać spełnione, jest konieczność zagwarantowania, aby dany środek był niedyskryminacyjny. Oznacza to, że zasadniczo żaden prywatny podmiot nie powinien uzyskać bardziej uprzywilejowanej pozycji niż jego konkurenci. Dlatego też, w przypadku przyznania prawa wyłącznego instytucji zamawiającej z udziałem kapitału prywatnego (co może mieć miejsce w przypadku podmiotu prawa publicznego), trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób ta zasada mogłaby zostać spełniona bez stosowania przejrzystej procedury zapewniającej równe traktowanie⁶³. Z drugiej strony, w świetle historii i celu art. 18, jak również najnowszego orzecznictwa dotyczącego porównywalnych sytuacji, spełnienie tego kryterium może być niekonieczne, jeżeli

⁶⁰ Sprawa 203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, prowadząca działalność handlową jako *Betfair* przeciwko *Minister van Justitie* [2010] dotychczas nieopublikowana, pkt 23–25; C-124/97, *Markku Juhani Läärrä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd* przeciwko *Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä)* i *Suomen valtio* (państwo fińskie), [1999] Zb.Orz. I-06067, pkt 29–31; C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International Ltd* przeciwko *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, [2009] Zb.Orz. I-07633 pkt. 52–55.

⁶¹ Sprawa C-243/01, *Gambelli*, [2003] Zb.Orz. I-13031, pkt 65; Sprawa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni* przeciwko *Commissariaat voor de Media*, [1991] Zb.Orz. I-04007

⁶² Ponadto decyzje o przyznaniu przedsiębiorstwom praw wyłącznych mogą stanowić naruszenie Traktatu, w przypadku gdy wymogi w zakresie usług publicznych, które spełnić musi usługodawca, nie są odpowiednio określone (sprawa C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, [1989] Zb.Orz. I-803), usługodawca w oczywisty sposób nie jest w stanie zaspokoić popytu (sprawa C-41/90 *Höfner*, [1991], Zb.Orz. I-1979) lub gdy istnieje alternatywny sposób spełnienia wymogów, który miałby mniej szkodliwy wpływ na konkurencję (sprawa T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, [1999] Zb.Orz. II-2329). Ponadto warunek stanowiący, że udzielenie prawa wyłącznego musi być zgodne z postanowieniami Traktatu nie jest spełniony, jeśli środek, na mocy którego prawo to przyznano, jest niezgodny z prawodawstwem wtórnym UE (C-220/06, *Correos*, pkt 64–66).

⁶³ Zob. przez analogię, sprawa C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, pkt 47 i 50.

podmiot, któremu przyznano prawo wyłączne, jest organem państwowym, podobnie jak instytucja zamawiająca bez udziału kapitału prywatnego⁶⁴.

4.4. Stosunki między instytucjami zamawiającymi w kontekście porozumień o wspólnych lub centralnych zakupach

Wspólne dokonywanie zamówień może przybierać różne formy, począwszy od wspólnej organizacji konkretnego zaproszenia do składania ofert, poprzez systematyczne odwoływanie się do specjalizacji zaangażowanych podmiotów (np. jedna instytucja zamawiająca jest odpowiedzialna za niektóre rodzaje zamówień, z których korzystać będą wszystkie zainteresowane podmioty, inna natomiast dokonuje zamówień innego rodzaju itp.), aż po stworzenie określonej struktury (organu) odpowiedzialnego za wspólne zamówienia. W zależności od wybranej metody stosunki pomiędzy poszczególnymi uczestnikami mogą podlegać unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych lub mogą być spod nich wyłączone.

W przypadku zwykłej współpracy administracyjnej przy sporządzaniu wspólnych specyfikacji, która nie wymaga zawarcia między stronami żadnej umowy o charakterze odpłatnym, tj. kiedy organy publiczne ograniczają się do wspólnego zorganizowania zaproszenia do składania ofert, organy te wspólnie stosują przepisy dotyczące zamówień publicznych, natomiast ich współpraca tym przepisom nie podlega. W art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające zdefiniowano między innymi jako związki złożone z jednej lub wielu takich instytucji tzn. z jednej lub wielu jednostek samorządu terytorialnego lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego. Przepis ten może mieć znaczenie w kontekście współpracy publiczno-publicznej.

Ponadto w państwach członkowskich opracowano pewne scentralizowane techniki zakupów. Centralne jednostki zakupujące są instytucjami zamawiającymi odpowiedzialnymi za dokonywanie zakupów lub udzielanie zamówień publicznych lub zawierania umów ramowych na rzecz innych instytucji zamawiających. W art. 11 dyrektywy 2004/18/WE wyraźnie przewidziano możliwość zakupu przez instytucje zamawiające robót budowlanych, dostaw lub usług od centralnej jednostki zakupującej lub za jej pośrednictwem. Centralne jednostki zakupujące mogą prowadzić działalność albo jako hurtownik (samodzielnie dokonując zakupów, umożliwiając tym samym innym instytucjom dokonywanie *od* nich zakupów), albo mogą działać jako pośrednik, który obsługuje postępowania o udzielenie zamówienia i administruje umowami, umożliwiając innym instytucjom dokonywanie zakupów *za* ich pośrednictwem. W obu przypadkach nie ma potrzeby organizacji postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do powiązań między centralną jednostką zakupującą a organami korzystającymi z jej usług, pod warunkiem że centralna jednostka zakupująca sama udzieliła zamówień zgodnie z odnośnymi unijnymi dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

⁶⁴ Tamże, pkt 59–60.

ZAŁĄCZNIK I

Wykaz spraw

- Sprawa C-480/06, Komisja przeciwko Niemcom, [2009] Zb.Orz. I-04747
- Sprawa C-107/98, Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [1999] Zb.Orz. I-08121
- Sprawa C-84/03, Komisja przeciwko Hiszpanii, [2005] Zb.Orz. I-00139
- Sprawa C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, [2005] Zb.Orz. I-00001
- Sprawa C-324/07, Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale, [2008], Zb.Orz. I-08457
- Sprawa C-573/07, Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa, [2009] Zb.Orz. I-08127
- Sprawa C-29/04 Komisja przeciwko Austrii [2005], Zb.Orz. I -09705
- Sprawa C-340/04, Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, [2006] Zb.Orz. I-04137
- Sprawa C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, [2005] Zb.Orz. I-08585
- Sprawa C-371/05, Komisja przeciwko Włochom, [2008] Zb.Orz. I-00110
- Sprawa C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti, [2005] Zb.Orz. I-07287
- Sprawa C-275/08, Komisja przeciwko Niemcom, [2009] Zb.Orz. I-00168
- Sprawa C-264/03, Komisja przeciwko Francji, [2005] Zb.Orz. I-08831
- Sprawa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado, [2007] Zb.Orz. I-02999
- Sprawa 203/08, The Sporting Exchange Ltd, prowadząca działalność handlową jako Betfair przeciwko Minister van Justitie, [2010] dotychczas nieopublikowana
- Sprawa C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd przeciwko Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (państwo fińskie), [1999] Zb.Orz. I-06067
- C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International Ltd przeciwko Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, [2009] Zb.Orz. I-07633

Sprawa C-243/01, Gambelli, [2003], Zb.Orz. I-13031

Sprawa C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni przeciwko Commissariaat voor de Media, [1991] Zb.Orz. I-04007

Sprawa C-66/86, Silver Line Reisebüro, [1989] Zb.Orz. I-803

Sprawa C-41/90, Höfner, [1991] Zb.Orz. I-1979

Sprawa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, [1999] Zb.Orz. II-2329

Sprawa C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado, [2007] Zb.Orz. I-12175