

Streszczenie

Pojęcie podmiotu wewnętrznego dotychczas nie było uregulowane wprost w przepisach prawa wspólnotowego, jak również w ustawodawstwie krajowym. Niemniej jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) wielokrotnie wypowiadał się, jakie okoliczności decydują o tym, że w danym przypadku mamy do czynienia z podmiotem wewnętrznym. Uznanie danej jednostki za podmiot wewnętrzny w praktyce ma istotne konsekwencje, gdyż oznacza, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego może zostać zawarta z pominięciem procedury przetargowej (z ang. zamówienia *in-house*).

Summary

The idea of an in-house entity has not been regulated till now, neither in the European Union law, nor in the national law. However, the European Court of Justice many times has expressed its opinion about the circumstances which decide if we are dealing with an in-house entity. Recognition the unit as an in-house entity has vital consequences, because it means that public procurement contract can be concluded regardless of public procurement procedures.

Podmiot wewnętrzny a usługi transportu publicznego

**AGNIESZKA DYLONG**

Aplikant radcowski,
Kancelaria Radców Prawnych
Klatka i Partnerzy

**JĘDRZEJ KLATKA**

Radca prawny KZK GOP,
Kancelaria Radców Prawnych
Klatka i Partnerzy

Pojęcie podmiotu wewnętrznego dotychczas nie było uregulowane wprost w przepisach prawa wspólnotowego, jak również w ustawodawstwie krajowym. Niemniej jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) wielokrotnie wypowiadał się, jakie okoliczności decydują o tym, że w danym przypadku mamy do czynienia z podmiotem wewnętrznym. Uznanie danej jednostki za podmiot wewnętrzny w praktyce ma istotne konsekwencje, gdyż oznacza, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego może zostać zawarta z pominięciem procedury przetargowej (z ang. zamówienia *in-house*).

Interpretacja pojęcia podmiotu wewnętrznego w sektorze usług publicznych w transporcie uległa istotnej zmianie z dniem 3 grudnia 2009 roku, kiedy w życie weszło Rozporządzenie nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 23 października 2007 roku dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70¹ (w skrócie

„Rozporządzenie nr 1370/2007”). Rozporządzenie to w art. 2 lit. j zawiera definicję legalną podmiotu wewnętrznego, a w art. 2 ust. 5 tego aktu prawnego określono warunki, w jakich będzie dopuszczalne zawieranie umów o świadczenie usług publicznych bezpośrednio z podmiotem wewnętrznym, z pominięciem procedury przetargowej. Należy także mieć na uwadze projekt ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, nad którym trwają obecnie prace legislacyjne, a który ma implementować Rozporządzenie 1370/2007. W projekcie ustawy² w art. 20 ust. 1 pkt 3³ przewidziano możliwość bezpośredniego zawierania umów o świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego z podmiotami wewnętrznymi w rozumieniu Rozporządzenia 1370/2007.

Podmiot wewnętrzny w orzecznictwie ETS

Jednym z pierwszych orzeczeń, w którym ETS odwołał się do pojęcia podmiotu wewnętrznego, jest wyrok w sprawie C-107/98⁴, w którym uznano,



Fot. Marek Plekara

że co do zasady zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne, jeśli zostają zawarte pomiędzy organem lokalnym z jednej strony, a osobą z prawnego punktu widzenia inną niż organ lokalny z drugiej, chyba że ma on w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz jednocześnie osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią kontrolę organem lub organami.

W kolejnym orzeczeniu⁵ ETS doprecyzował, że procedury udzielania zamówień publicznych określone w dyrektywie 96/36, koordynującej zasady udzielania zamówień publicznych na dostawy, powinny być zawsze stosowane, jeśli zamawiający zamierza zawrzeć umowę ze spółką odrębną pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, nawet gdyby ten udział był większościowy. Stanowisko to zostało potwierdzone w kolejnych orzeczeniach⁶. Analiza wyroków ETS prowadzi także do wniosku, że nawet jeśli podmiot publiczny posiada 100 procent udziałów w odrębnym od siebie podmiocie w chwili zawarcia umowy, to nie jest to wystarczające, aby podmiot ten uznać za „wewnętrzny”, jeśli zarząd czy inny organ upoważniony do podejmowania decyzji korzysta z szerokich uprawnień (a więc podmiot publiczny nie posiada faktycznej kontroli) lub też po zawarciu umowy przedmiotowy oraz terytorialny zakres działalności tego podmiotu uległ znacznemu rozszerzeniu, albo gdy w krótkim czasie po zawarciu umowy spółka zostaje częściowo sprywatyzowana lub nabycie w niej udziałów w przyszłości jest chociażby potencjalnie otwarte dla podmiotów prywatnych⁷.

Wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 roku⁸ ugruntował stanowisko ETS w zakresie przesłanek, jakie muszą być spełnione, aby nie stosować procedury udzielania zamówień publicznych, a więc, aby uznać, że dana jednostka jest podmiotem wewnętrznym. W świetle tego orzeczenia, aby doszło do zawarcia umowy z podmiotem wewnętrznym, muszą być spełnione łącznie następujące warunki:

- ustawodawstwo krajowe musi przewidywać bezpośrednie udzielanie zamówień publicznych, z pominięciem procedury przetargowej;
- bezpośrednie udzielanie zamówień publicznych następuje na rzecz spółki, w której organ publiczny posiada całość kapitału;
- organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, przy czym uważa się, że nawet mniejszościowy udział przedsiębiorcy prywatnego w kapitale spółki wyklucza możliwość sprawowania przez organ publiczny nad taką spółką kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami;
- spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność z organem, który posiada w nim udziały.

W powołanych wyżej orzeczeniach za podmiot wewnętrzny uznawane były spółki komunalne, dlatego warto zauważyć, iż ETS w niedawnym orzeczeniu⁹ uznał, że także spółdzielnia międzygminna, której członkami jest kilka podmiotów publicznych, może w określonych okolicznościach uzyskać status podmiotu wewnętrznego. W sprawie tej członkami spółdzielni były gminy oraz związek międzygminny, do którego należały wyłącznie gminy. Ponadto spółdzielnia ta nie była otwarta dla podmiotów pry-

Interpretacja pojęcia podmiotu wewnętrznego w sektorze usług publicznych w transporcie uległa istotnej zmianie z dniem 3 grudnia 2009 roku, kiedy w życie weszło Rozporządzenie nr 1370/2007

Podmiot wewnętrzny oznacza odrębną prawnie jednostkę, podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami.

watnych, a w skład jej zarządu wchodził wyłącznie przedstawiciele gmin, wybierani przez walne zgromadzenie, w którym uczestniczyli przedstawiciele gmin. Z najszerzych uprawnień w spółdzielni korzystał zarząd¹⁰. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał wyraźnie odróżnił spółdzielnię od podmiotów działających w formie spółki (akcyjnej).

Spółdzielnia międzygminna w świetle prawa belgijskiego podlega ustawie o związkach międzygminnych, które są pozbawione charakteru handlowego. Celem statutowym spółdzielni jest realizacja misji w zakresie interesu gminnego. Nie może ona przy tym realizować żadnego interesu odrębnego od interesu organów publicznych będących jej członkami. Okoliczności te dały podstawy do uznania przez ETS, że spółdzielnia może być uznana za podmiot wewnętrzny, jeśli decyzje podejmowane przez jej członków są kontrolowane przez jej organy statutowe, składające się z przedstawicieli władz publicznych do niej należących, a kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczono władze może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.

Wydaje się, że na gruncie prawa polskiego podobny status ma związek międzygminny, gdyż jego członkami mogą być wyłącznie gminy, a zostaje on powołany w celu wykonywania zadań publicznych. Organami związku są zgromadzenie¹¹, w skład którego wchodzi wójtowie gmin uczestniczących w związku, ewentualnie ich zastępcy lub radni, oraz zarząd¹², który jest powoływany przez zgromadzenie spośród jego członków (przy czym statut może dopuszczać wybór członków zarządów spoza członków zgromadzenia, w liczbie nieprzekraczającej 1/3 składu zarządu związku). W literaturze wskazuje się także, że „analogiczne zasady odnieść należy również do spółek tworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego. Jeżeli tylko ich udziałowcami (akcjonariuszami) będą wyłącznie podmioty publiczne, nie będzie konieczne, by każdy z nich sprawował nad spółką indywidualną, w pełni samodzielną kontrolę¹³”.

Podmiot wewnętrzny w Rozporządzeniu 1370/2007

Rozporządzenie 1370/2007 jest pierwszym aktem prawa wspólnotowego, który zawiera definicję podmiotu wewnętrznego, przy czym definicja ta ma za-

stosowanie wyłącznie w zakresie usług transportu publicznego. Zgodnie z art. 2 lit. j Rozporządzenia 1370/2007 podmiot wewnętrzny oznacza odrębną prawnie jednostkę, podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami. Definicja ta jest więc co do zasady zgodna z orzecznictwem ETS, przy czym art. 5 ust. 2 Rozporządzenia wskazuje na szereg innych warunków, które spełnić musi dany podmiot, aby uzyskać status „podmiotu wewnętrznego”. Zanim jednak zostanie dokonana analiza art. 5 ust. 2, należy się zastanowić, czy przepisy ten ma zastosowanie zarówno do przewozów zleconych w trybie zamówień publicznych, jak i do przewozów wykonywanych w ramach koncesji na usługi.

Zakres stosowania przepisów o podmiocie wewnętrznym

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Rozporządzenia 1370/2007 co do zasady zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielanie według wytycznych określonych tym rozporządzeniem, przy czym w zakresie transportu pasażerskiego autobusowego lub tramwajowego tylko wtedy, gdy zamówienia są udzielane w formie koncesji. Zgodnie z art. 1 ust. 2 i 3 ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹⁴, koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku koncesji na usługi wyłącznie prawo do korzystania z usługi albo także prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, przy czym płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Co istotne, to koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie¹⁵ ETS, z którego wynika, że to koncesjonariusz musi ponosić główną lub przynajmniej zasadniczą część ryzyka związanego z realizacją usługi oraz w rzeczywistości musi uzyskać znaczącą część swojego wynagrodzenia nie od zainwestowanego, ale z tytułu wykonania usługi. Zasadnicza więc różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi polega na tym, że w tym dru-



Fot. Marek Plekara

gim przypadku zamawiający w niewielkiej części lub w ogóle nie przekazuje swoich środków wykonawcy w zamian za zrealizowaną usługę¹⁶.

W literaturze¹⁷ wskazuje się także, że płatność koncesjonodawcy może mieć formę stałego wynagrodzenia ryczałtowego albo być uzależniona od liczby użytkowników przedmiotu koncesji. Poprzez zapłatę ceny koncesjonodawca pokrywa część kosztów eksploatacji w celu obniżenia opłat pobieranych od użytkowników. W niektórych sytuacjach wynagrodzenie koncesjonariusza nie pochodzi od osób trzecich, ale bezpośrednio od koncesjonodawcy, a jego wysokość jest uzależniona od liczby użytkowników, którzy jednak nie płacą bezpośrednio za korzystanie z usługi (tzw. *shadow tolls*).

Odnosząc te uwagi do świadczenia usług transportu publicznego, wydaje się, że nie ma możliwości powierzenia zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w drodze koncesji na świadczenie usług w sytuacji, w której organizator komunikacji emituje bilety i płaci przewoźnikom za przejechane wozokilometry, ponieważ wówczas przewoźnicy nie ponoszą „ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji”, albowiem otrzymają zapłatę nawet w sytuacji, w której przykładowy autobus nie wiozł żadnego pasażera¹⁸.

W związku z powyższym, jeśli zamówienie na usługi w zakresie autobusowego lub tramwajowego publicznego transportu pasażerskiego nie jest udzielane w formie koncesji, stosuje się procedury określone w Dyrektywie 2004/17/WE lub 2004/18/WE (implementowane w „Prawie zamówień publicznych”) i w takim przypadku art. 5 ust. 2-6 nie ma zastosowania. Taka interpretacja może budzić wątpliwości¹⁹, niemniej jednak większość autorów opowiada

się za rozumieniem art. 5 ust. 1 zaprezentowanym wyżej²⁰. Jeszcze inne stanowisko zajmuje Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, które uważa, że dla umów niemających charakteru koncesji bezpośrednie udzielanie zamówienia podmiotowi wewnętrznemu znajduje podstawę w orzecznictwie ETS²¹. Taki pogląd nie ma jednak uzasadnienia, gdyż dotychczasowe orzecznictwo ETS jest oparte na stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie Rozporządzenia 1370/2007. Obecnie art. 5 ust. 1, będący przepisem szczególnym, wyraźnie stanowi, że gdy udzielenie zamówienia ma prowadzić do zawarcia umowy w zakresie publicznego transportu autobusowego lub tramwajowego w innej formie niż koncesja, to nie stosuje się ust. 2-6 tego artykułu, a więc w konsekwencji nie stosuje się także wszelkich regulacji dotyczących bezpośredniego zawierania umów z podmiotami wewnętrznymi. Za taką interpretacją przemawia także to, że wszelkie wyjątki od konkurencyjnego, przetargowego trybu udzielania zamówień publicznych (a za takie wyjątki należy uznać bezprzetargowe udzielanie zamówień podmiotom wewnętrznym), należy interpretować ściśle, gdyż wykładnia rozszerzająca może prowadzić do naruszenia art. 73, 86, 87 i 88 „Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską”²².

Definicja podmiotu wewnętrznego w Rozporządzeniu 1370

Przechodząc do analizy pojęcia podmiotu wewnętrznego w Rozporządzeniu 1370/2007, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że prawo krajowe nie może zabraniać organom publicznym bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia

Rozporządzenie 1370/2007 jest pierwszym aktem prawa wspólnotowego, który zawiera definicję podmiotu wewnętrznego, przy czym definicja ta ma zastosowanie wyłącznie w zakresie usług transportu publicznego

Nie ma możliwości powierzenia zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w drodze koncesji na świadczenie usług w sytuacji, w której organizator komunikacji emituje bilety i płaci przewoźnikom za przejechane wozokilometry, ponieważ wówczas przewoźnicy nie ponoszą „ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji”, albowiem otrzymują zapłatę nawet w sytuacji, w której przykładowy autobus nie wiozi żadnego pasażera.

umów o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym. W ocenie autorów artykułu w obecnym stanie prawnym, to jest dopóki nie wejdzie w życie projektowana ustawa o publicznym transporcie zbiorowym, prawo krajowe zabrania bezpośredniego udzielania zamówień podmiotom wewnętrznym. Szersze uzasadnienie tego poglądu nieco dalej.

W dalszej kolejności muszą być spełnione następujące warunki wymienione w art. 5 ust. 2 rozporządzenia:

- podmiot wewnętrzny jest jednostką prawnie odrębną od organu publicznego;
- aby stwierdzić, czy organ publiczny (lokalny) sprawuje nad podmiotem wewnętrznym kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, bierze się pod uwagę takie elementy, jak stopień reprezentowania w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych, staosowne postanowienia w statutach, strukturę własnościową, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania oraz sprawowanie nad nimi skutecznej kontroli; co ważne, posiadanie przez właściwy organ publiczny pełnej własności, w szczególności w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, nie jest niezbędnym wymogiem sprawowania kontroli, o ile istnieje przewaga wpływu publicznego i sprawowanie kontroli można stwierdzić na podstawie innych kryteriów;
- podmiot wewnętrzny (a także każda jednostka znajdująca się pod najmniejszym nawet wpływem tego podmiotu) realizuje swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego na obszarze działania właściwego organu lokalnego – niezależnie od tego, że niektóre linie lub inne elementy składowe tej działalności mogą wchodzić na terytorium sąsiednich organów lokalnych;
- podmiot wewnętrzny nie może brać udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego, organizowanych poza terytorium właściwego organu lokalnego, przy czym w drodze wyjątku może uczestniczyć w przetargach zapewniających uczciwą konkurencję na dwa lata przed wygaśnięciem umowy o świadczenie usług publicznych, zawartej w następstwie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia, pod warunkiem, że podjęto ostateczną decyzję o tym, aby usługi w zakresie transportu pasażerskiego świadczone przez dany podmiot

wewnętrzny zostały zlecone w drodze przetargu zapewniającego uczciwą konkurencję, oraz że podmiot wewnętrzny nie zawarł żadnej innej umowy w rezultacie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia, prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych;

- w przypadku korzystania z podwykonawców podmiot wewnętrzny ma obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego.

Analiza art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 1370/2007 prowadzi więc do wniosku, że definicja podmiotu wewnętrznego została oparta o bogate orzecznictwo ETS, z doprecyzowaniem pojęcia „kontroli analogicznej do tej sprawowanej nad własnymi służbami”. Co istotne, podmiot wewnętrzny to jednostka odrębna prawnie od organu publicznego, a więc w polskiej rzeczywistości może to być spółka kapitałowa, związek międzygminny, ale już nie zakład budżetowy, gdyż nie posiada osobowości prawnej²³.

Nastąpiła też liberalizacja w zakresie wielkości udziałów posiadanych przez organ publiczny w podmiocie wewnętrznym – stanowisko ETS w tym względzie dopuszczało jedynie sytuację, w której udział organu publicznego w podmiocie wewnętrznym wynosił 100 procent. Natomiast obecnie, jak wyraźnie stanowi art. 5 ust. 2 lit. a Rozporządzenia 1370/2007, nie jest konieczne posiadanie pełnej własności, aby można było uznać, że organ publiczny sprawuje „kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami”. Wydaje się więc, że istotne jest, aby organ publiczny miał realny wpływ na procesy decyzyjne w podmiocie wewnętrznym, co można uzyskać nawet wtedy, gdy nie posiada on 100 procent udziałów w podmiocie wewnętrznym.

Należy także podkreślić, że nieuzasadnione jest twierdzenie zawarte w Wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego²⁴, że „charakter podmiotu wewnętrznego posiadają jedynie te spółki komunalne, w których kapitał zakładowy w 100 procentach należy do jednostki(ek) samorządu terytorialnego”. Takie założenie z pewnością ułatwia ocenę, czy dany podmiot może uzyskać status podmiotu wewnętrznego, jednak stoi w wyraźnej sprzeczności z art. 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia. Trzeba przy tym zaznaczyć, że nie jest jasny charakter prawny Wytycznych – nie stanowią źródeł prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji, zresztą w „Uwagach wprowadzających” zaznaczono,



Fot. Marek Plekara

że nie mają charakteru aktu powszechnie obowiązującego²⁵. Z drugiej strony podstawą do ich wydania jest art. 35 ust. 3 pkt 11²⁶ Ustawy z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. z 2009 r., Dz. U. nr 84, poz. 712), a ponadto w praktyce są stosowane przy udzielaniu dofinansowania z programów operacyjnych do projektów z zakresu publicznego transportu pasażerskiego.

Co z podmiotem wewnętrznym w prawie polskim?

Na końcu rozważań na temat podmiotu wewnętrznego konieczna jest analiza projektu Ustawy o transporcie publicznym. Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt. 3 projektu ustawy organizator może zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego bezpośrednio, w przypadku gdy świadczenie tych usług ma być wykonywane przez podmiot wewnętrzny, w rozumieniu Rozporządzenia nr 1370/2007, powołany do świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że przepis ten jest zgodny z Rozporządzeniem 1370/2007. Niemniej jednak głębsza analiza prowadzi do wniosku, że możliwości bezpośredniego zawierania umów z podmiotem wewnętrznym w projekcie ustawy są szersze aniżeli w Rozporządzeniu 1370/2007, gdyż ustawa dopuszcza nie tylko bezpośrednie zawarcie z podmiotem wewnętrznym umowy o koncesję na świadczenie usług, lecz także, dodatkowo, dopuszcza bezpośrednie zawarcie z podmiotem wewnętrznym umowy o zamówienie publiczne. W związku z tym art. 20 ust. 1 pkt 3 projektu ustawy nie jest zbieżny z art. 5 ust. 1 Rozporządzenia 1370/2007.

Dalej, art. 20 ust. 4 projektu ustawy stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 3, stosuje się art. 5 ust. 2 lit. b, c i e Rozporządzenia nr 1370/2007 – a więc nie stosuje się art. 5 ust. 2 lit. a, który to precyzuje, jak rozumieć „sprawowanie kontroli analogicznej do tej sprawowanej nad własnymi służbami”, a także który stanowi, że fakt posiadania 100 procent udziałów w tym podmiocie nie jest konieczny, aby uznać, że organ publiczny ma odpowiednią kontrolę nad podmiotem wewnętrznym. Nie wiadomo dlaczego autorzy projektu pominieli²⁷ lit. a ust. 2 art. 5 Rozporządzenia 1370/2007 – czy było to działanie celowe, czy też zwykła omyłka. Jednakże projekt ustawy nie jest w pełni zgodny z tym rozporządzeniem, a co więcej – w praktyce trudności będzie sprawiać określanie, czy w danym przypadku mamy do czynienia z „kontrolą analogiczną” oraz czy do sprawowania „kontroli analogicznej” konieczne jest posiadanie 100 procent udziałów w podmiocie wewnętrznym przez organ publiczny²⁸, czy też wystarczy mniejszy udział procentowy, a może także inne okoliczności będą decydować o tym, że organ publiczny sprawuje nad podmiotem wewnętrznym kontrolę. Kwestia ta pozostaje więc otwarta i na pewno w przyszłości będzie źródłem wątpliwości. Wątpliwości może budzić także to, czy w sytuacji, gdy właściwy organ lokalny zdecyduje się, aby bezpośrednio udzielać zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym, dopuszczalne jest wybiórcze traktowanie warunków określonych w art. 5 ust. 2 lit. a-e Rozporządzenia 1370/2007, skoro przepis ten wyraźnie stanowi, że „w przypadku podjęcia takiej decyzji przez właściwy organ lokalny zastosowanie mają przepisy lit. a-e”. Ustawodawca wspólnie

Obecnie jedyną podstawą do uznania danej jednostki za podmiot wewnętrzny jest orzecznictwo ETS i ukształtowane przez Trybunał warunki, które musi spełnić dany podmiot, aby uzyskać status podmiotu wewnętrznego

towy nie pozostawia miejsca na swobodne kształtowanie warunków, które są konieczne, aby uznać, że dana jednostka jest podmiotem wewnętrznym.

Niezależnie od powyższych uwag na dzień dzisiejszy nadal trwają prace nad Ustawą o publicznym transporcie zbiorowym, a chwila wejścia w życie tej ustawy jest bliżej nieokreślona. Natomiast w dniu 3 grudnia 2009 roku weszło w życie Rozporządzenie 1370/2007 – także w stosunku do Polski, przy czym wprowadzono okres przejściowy na dostosowanie przepisów dotyczących zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z zakresu transportu kolejowego i drogowego (a więc także autobusowego i tramwajowego) do art. 5 Rozporządzenia 1370/2007, który trwa do dnia 3 grudnia 2019 roku²⁹.

W tym miejscu nasuwa się pytanie, czy od 3 grudnia 2009 roku można bezpośrednio stosować przepisy dotyczące bezpośredniego zawierania umów z podmiotami wewnętrznymi, jeśli spełniają one warunki z art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 1370/2007. Zgodnie z art. 249 TWE³⁰ rozporządzenia są aktami prawa wspólnotowego, które są bezpośrednio stosowane i bezpośrednio obowiązują w wewnętrznym porządku prawnym państwa członkowskiego³¹, przy czym może zdarzyć się tak, że rozporządzenia nie są pełne i niezbędne staje się uzupełnienie ich treści przez ustawodawców państw członkowskich, a stosowne upoważnienia do wydawania dalszych przepisów znajdują się niekiedy w samych rozporządzeniach³². Analizując aktualny zakres zastosowania art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 1370/2007, należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem zasadą jest dopuszczalność zawierania umów z podmiotami wewnętrznymi, chyba że prawo krajowe tego zabrania i wydaje się, że w tym zakresie każde państwo członkowskie powinno w krajowym ustawodawstwie do końca 2019 roku wprowadzić precyzyjne przepisy.

Odnosząc to do stanu prawnego obowiązującego w Polsce, można stwierdzić, że zasadą jest udzielanie zamówień w trybach konkurencyjnych (przetarg nieograniczony i ograniczony). Udzielanie zamówień w pozostałych trybach, a zwłaszcza z wolnej ręki, jest możliwe tylko wtedy, gdy spełnione są przesłanki zastosowania tych trybów. Natomiast artykuł 67 „Prawa zamówień publicznych”, który zawiera przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie zawiera żadnej przesłanki dotyczącej podmiotów wewnętrznych. Należy też podkreślić,

że artykuł 67 „Prawa zamówień publicznych”, zezwalający na udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z pominięciem konkurencji jest wyjątkiem od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 „Prawa zamówień publicznych”. Będąc wyjątkiem od zasady, przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Skoro więc w obecnym stanie prawnym (dopóki nie wejdzie w życie projektowana Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym) prawo krajowe nie zezwala na bezpośrednie udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z podmiotem wewnętrznym, trzeba uznać, że prawo krajowe tego zabrania.

Należy także zauważyć, że w 2008 roku podjęto prace legislacyjne, których celem było zezwolenie na powierzenie podmiotom wewnętrznym wykonywania zadań publicznych z pominięciem przetargu i wprowadzenie do „Prawa zamówień publicznych” pojęcia podmiotu wewnętrznego. Projekt ten jednak został odrzucony przez Sejm, co dodatkowo potwierdza, że prawo polskie zabrania bezpośredniego zawierania umów z podmiotami wewnętrznymi³³. Sytuacja ulegnie zmianie z chwilą wejścia w życie Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, która przesądzi, czy zawieranie umów z podmiotami wewnętrznymi jest dopuszczalne.

Podsumowując rozważania na temat podmiotu wewnętrznego w zakresie świadczenia usług transportu publicznego, należy zauważyć, że po dniu 3 grudnia 2009 roku kwestia ta regulowana jest co do zasady przez Rozporządzenie 1370/2007, przy czym bezpośrednio udzielanie zamówień podmiotowi wewnętrznemu, a więc z pominięciem procedury przetargowej, jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy nie zabrania tego prawo krajowe – co w aktualnym stanie prawnym nie jest jednoznaczne. Wydaje się więc, że obecnie jedyną podstawą do uznania danej jednostki za podmiot wewnętrzny jest orzecznictwo ETS i ukształtowane przez Trybunał warunki, które musi spełnić dany podmiot, aby uzyskać status podmiotu wewnętrznego (co w świetle obowiązującego stanu prawnego jest niemożliwe, gdyż przepisy nie przewidują bezpośredniego udzielania zamówień z podmiotem wewnętrznym). Sytuacja ta ulegnie zmianie, gdy wejdzie w życie Ustawa o publicznym transporcie zbiorowym, która wyraźnie dopuszcza bezpośrednie zawieranie



Fot. Patryk Majchrzak

Na gruncie prawa polskiego podobny status ma związek międzygminny, gdyż jego członkami mogą być wyłącznie gminy, a zostaje powołany w celu wykonywania zadań publicznych

umów z podmiotami wewnętrznymi. Można mieć tylko nadzieję, że ostateczny kształt tej ustawy będzie w pełni zgodny z przepisami Rozporządzenia 1370/2007 dotyczącymi podmiotu wewnętrznego. □

¹ Dz. Urz. UB L 2007 r. nr 315, poz. 1.

² Najnowsza wersja projektu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym jest opublikowana na stronie Ministerstwa Infrastruktury: http://bip.mi.gov.pl/bip/projekty_aktow_prawnych/projekty_ustaw/ustawy_inne/ust_publicz_transp_zbiorowy

³ Wg tekstu jednolitego projektu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 15.10.2009 r.

⁴ Wyrok ETS z dnia 18.11.1999 r., Teckal Srl, sygn. C-107/98.

⁵ Wyrok ETS z dnia 11.01.2005 r., Miasto Halle, RPL Recykling-park Lochau GmbH., sygn. akt C-26/03.

⁶ Wyrok ETS z dnia 10.11.2005 r., Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, sygn. akt C-29/04, wyrok ETS z dnia 8.04.2008 r., Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, sygn. akt C-337/05, także wyrok ETS z dnia 19.04.2007 r., Asemfo, sygn. akt C-295/05, a także M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca zamówień publicznych w okresie od 1999 r. do 2005 r.*, Warszawa 2006, str. 36.

⁷ Patrz uzasadnienie wyroku ETS z dnia 13.10.2005 r., Parking Brixen GmbH, sygn. akt C-458/03, wyroku ETS z dnia 21.07.2005 r. Coname, sygn. akt C-231/03, wyroku ETS z dnia 10.11.2005 r., Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, sygn. akt C-29/04 oraz wyrok ETS z 11.05.2006 r., Carbotermo sygn. akt C-340/04.

⁸ Wyrok ETS z dnia 6.04.2006 r. ANAV przeciwko Comune di Bari, sygn. akt C-410/04.

⁹ Wyrok ETS z dnia 13.11.2008 r., Coditel Brabant S.A., sygn. akt C-324/07.

¹⁰ Tezy 31-35 wyroku.

¹¹ Art. 70 Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. Ustawy o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591 z późn. zm.)

¹² Art. 73 Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. Ustawy o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591 z późn. zm.)

¹³ D. Sześciło, *Głos do wyroku TS z dnia 13 listopada 2008 r.*, C-324/07, *Samorząd Terytorialny nr 2009/1-2/143.*

¹⁴ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. nr 19, poz. 101)

¹⁵ Wyrok ETS z dnia 7.12.2000 r., sprawa Teleustria, sygn. akt C-325/98 oraz wyrok ETS z dnia 30.05.2002 r., sprawa Buchandler, sygn. akt C-358/00.

¹⁶ A. Soltyśńska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, str. 70.

¹⁷ L. Lipiec-Warzechka, *Komentarz do art. 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi* (Dz. U. 09.19.101), LEX 2009.

¹⁸ J. Klatka, *Koniec przetargów w komunikacji miejskiej*, „Komunikacja Publiczna” nr 4/2009

¹⁹ P. Michalski, *Nowe zasady powierzenia zadań w zakresie transportu publicznego*, „Gazeta Samorządu i Administracji” nr 17.

²⁰ J. Ostalowski, *Organizacja i finansowanie transportu zbiorowego w Polsce a wspólnotowe zasady udzielania pomocy publicznej*,

„Samorząd Terytorialny” 2009/1-2, str.123, B. Kurcza, *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009, str. 240, a także M. Kekeleki i P. Nicolaidis, *Public financing of urban transports: the application of EC State Aid Rules* [w:] J. Rivas, *World Competition. Law and Economics Review*, 2008 vol. 31/3, str. 447 oraz Girth Skovgaard Ølykke, *Regulation 1370/2007 on Public Passenger Transport Services*, *Public Procurement Law Review*, 17/2008 (3), str. 86.

²¹ Wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym, Warszawa, 16.01.2009 r., str. 21.

²² T.J. Dz. U. z 2004 r. nr 90, poz. 864.

²³ Inaczej uważa J. Ostalowski w pracy *Organizacja i finansowanie transportu zbiorowego w Polsce...*, gdyż jego zdaniem w Rozporządzeniu 1370/2007 nie wprowadzono rozróżnienia świadczenia usługi samodzielnie przez organ publiczny i świadczenia jej przez odrębny podmiot z osobowością prawną; ponadto realizowanie usługi publicznej przez gminę z wykorzystaniem formy zakładu budżetowego powinno być traktowane jako działanie o charakterze konkurencyjnym.

²⁴ Wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym, Warszawa, 16.01.2009 r., str. 7.

²⁵ Wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym, Warszawa, 16.01.2009 r., str. 8.

²⁶ Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, w celu zapewnienia zgodności sposobu wdrażania programów operacyjnych z prawem Unii Europejskiej oraz spełniania wymagań określanych przez Komisję Europejską, a także w celu zapewnienia jednolitości zasad wdrażania programów operacyjnych, może, z uwzględnieniem art. 26, wydać wytyczne dotyczące programów operacyjnych w zakresie w tym przepisie wskazanym.

²⁷ Na fakt niezasadnionego pominięcia lit. a ust. 2 art. 5 rozporządzenia 1370/2007 zwraca uwagę Komitet Integracji Europejskiej w uwagach do projektu Ustawy z dnia 16.02.2009 r. oraz Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w uwagach do projektu Ustawy z dnia 20.02.2009 r., które są dostępne na stronie Ministerstwa Infrastruktury: http://bip.mi.gov.pl/bip/projekty_aktow_prawnych/projekty_ustaw/ustawy_inne/ust_publicz_transp_zbiorowy.

²⁸ Wymóg posiadania 100% udziałów w podmiocie wewnętrznym przez organ publiczny został zgłoszony przez Urząd Zamówień Publicznych w uwagach do projektu Ustawy z dnia 13.02.2009 r. i przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w uwagach do projektu Ustawy z dnia 16.02.2009 r., które są dostępne na stronie Ministerstwa Infrastruktury: http://bip.mi.gov.pl/bip/projekty_aktow_prawnych/projekty_ustaw/ustawy_inne/ust_publicz_transp_zbiorowy.

²⁹ M. Stasiak [w:] B. Kurcza, *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009, str. 244.

³⁰ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, t.j. Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 846.

³¹ A. Wróbel, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, str. 95.

³² J. Barcz, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, str. 211.

³³ Szerzej na temat prac legislacyjnych mających na celu wprowadzenie podmiotu wewnętrznego: J. Klatka, *Koniec przetargów w komunikacji miejskiej*, „Komunikacja Publiczna” nr 4/2009.