

Gdańsk, dnia 5 czerwca 2017 r.

**OPINIA PRAWNA**

**W PRZEDMIOCIE ODPOWIEDZI NA PYTANIE, CZY ZLECENIE SPÓŁCE PRAWA HANDLOWEGO, W KTÓREJ WSPÓLNIKAMI SĄ JEDNOSTKI SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO ORAZ STOWARZYSZENIE OBSZAR METROPOLITALNY GDAŃSK-GDYNIA-SOPOT, ZADANIA W POSTACI ORGANIZACJI SPRZEDAŻY BIELTÓW NA TRANSPORT ZBIOROWY WYMAGAĆ BĘDZIE PRZEPROWADZENIA POSTĘPOWANIA OKREŚLONEGO W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, A JEŚLI TAK TO W JAKIM TRYBIE**

## SPIS TREŚCI

---

I	DEFINICJE .....	3
II	STAN FAKTYCZNY .....	4
III	STAN PRAWNY.....	4
1.	ZAGADNIENIE PRAWNE .....	4
2.	ZAGADNIENIE WSTĘPNE: ORGANIZACJA TRANSPORTU PUBLICZNEGO JAKO ZADANIE JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO, POWIERZENIE DYSTRYBUCJI BIELTÓW OSOBIE TRZECIEJ .....	4
3.	ZASADNICZE REGULACJE PRAWNE .....	7
4.	ANALIZA PRZEŚŁANEK ZAMÓWIENIA „IN HOUSE” NA PODSTAWIE ART. 67 UST. 1 PKT. 14 PZP .....	10
	A. WARUNKI JAKIE SPEŁNIAĆ WINIEN ZAMAWIAJĄCY .....	10
	B. WARUNKI JAKIE SPEŁNIAĆ WINIEN WYKONAWCA .....	10
IV	KONKLUZJA .....	15

### ZASTRZEŻENIE

Opinia została przygotowana na wniosek Stowarzyszenia Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku, w celu analizy zagadnienia prawnego, będącego przedmiotem tej opinii, z punktu widzenia zlecającego wykonanie opinii.

Opinia oparta została na podstawie analizy obowiązujących przepisów prawa. Kancelaria nie ponosi odpowiedzialności za skutki działań podjętych przez uprawnione osoby, na podstawie Opinii w przypadku, jeśli informacje przekazane Kancelarii były niezgodne ze stanem faktycznym lub niepełne.

## I. DEFINICJE

---

STOWARZYSZENIE	Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk, zarejestrowane w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem KRS 0000398498, NIP 5833151748, REGON 221654880.
SPÓŁKA	spółka prawa handlowego, jaka ma zostać powołana przez Stowarzyszenie oraz jednostki samorządu terytorialnego, której zadaniem będzie sprzedaż biletów transportu zbiorowego.
PZP	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).
USTAWA O SAMORZĄDZIE GMINNYM	ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2016 poz. 446)

## II. STAN FAKTYCZNY

---

Stowarzyszenie, wraz z jednostkami samorządu terytorialnego, które są jednocześnie członkami Stowarzyszenia, zamierza powołać Spółkę, której zadaniem będzie organizacja sprzedaży biletów na transport zbiorowy.

## III. STAN PRAWNY

---

### 1. ZAGADNIENIE PRAWNE:

W związku z tak opisanym stanem faktycznym, jak powyżej, pojawiło się zagadnienie prawne:

Czy zlecenie Spółce zadania, w postaci organizacji sprzedaży biletów na transport zbiorowy, wymagać będzie przeprowadzenia postępowania określonego w PZP, a jeśli tak to w jakim trybie, w szczególności, czy możliwe jest udzielenie Spółce zamówienia z wolnej ręki (in house)?

### 2. ZAGADNIENIA WSTĘPNE: ORGANIZACJA TRANSPORTU PUBLICZNEGO JAKO ZADANIE JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO, POWIERZENIE DYSTRYBUCJI BILETÓW OSOBIE TRZECIEJ

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga charakter obowiązków jednostek samorządu terytorialnego i ich kompetencje do organizowania lokalnego transportu zbiorowego.

Kwestie te reguluje art. 7 ust. 1 pkt. 4 ustawy o samorządzie gminnym, zgodnie z którym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie lokalnego transportu zbiorowego należy do zadań własnych gminy. Analogiczne rozwiązanie w tym zakresie przyjmują pozostałe ustawy samorządowe, tj. art. 4 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. (tj. Dz. U. z 2016 poz. 816) o samorządzie powiatowym oraz art. 14 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tj. Dz. U. z 2016 poz. 486), koncentrując się na organizacji transportu zbiorowego w granicach powiatu, czy województwa.

Doprecyzowaniem tych ogólnych regulacji są przepisy szczególne tj. ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, ustawa z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe, ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, na podstawie których poszczególne jednostki samorządu terytorialnego otrzymują, między innymi, legitymację do koordynacji rozkładów jazdy przewoźników, stanowienia przepisów prawa dotyczących przewożenia bagażu, opłat za jazdę bez biletu oraz określanie wysokości opłat za przewóz.

Reasumując, nie ulega wątpliwości, iż jednostki samorządu terytorialnego są uprawnione do organizowania transportu zbiorowego, a w ramach powyższej kompetencji mieści się ich legitymacja zarówno do ustalenia ceny biletu, jak również do jego emisji, w taki sposób, aby osoby zamierzające skorzystać z publicznego zbiorowego transportu miały możliwość zakupu biletu potwierdzającego warunki umowy przewozu.

Drugą kwestią wymagającą rozważenia jest to, czy w sytuacji zamiaru powierzenia przez jednostkę samorządu terytorialnego lub kilka współdziałających jednostek samorządu terytorialnego drukowania oraz dystrybucji biletu uprawniającego pasażerów do korzystania z publicznego zbiorowego transportu drogowego, wymagane będzie przeprowadzenie postępowania w trybie PZP, czy też z racji realizowania zadań własnych jednostki, postępowania nie wymaga.

Zadania publiczne, w tym w szczególności zadania własne jednostki samorządu terytorialnego, mogą być wykonywane przez jednostki, co do zasady, w jednej z następujących form:

1. w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy),
2. w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), jak też spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 696 ze zm.),
3. poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej).

Wybór określonej formy prawnej wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki. Ustawa o gospodarce komunalnej, jak też PZP, nie zastrzegają żadnych wymogów formalnych, co do formy takiego powierzenia. Powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań

własnych komunalnej spółce prawa handlowego powołanej w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt. 13 PZP i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05): *"Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. (...) W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę"*.

Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2005 r. (III SA/WA 2445/05): *"Skoro więc ustawodawca w art. 2 ustawy (...) o gospodarce komunalnej (...) przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nie posiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych – to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina będąc udziałowcem lub akcjonariuszem – decyduje o bycie prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilno-prawnej. W pierwszym, więc przypadku, wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy"*.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy sytuacja będzie bardziej skomplikowana niż powołanie przez jedną jednostkę samorządu terytorialnego jednej spółki, celem powierzenia jej określonych zadań jednostki. W niniejszej sprawie współnikami Spółki będzie kilka jednostek samorządu terytorialnego oraz Stowarzyszenie.

W takiej sytuacji brak jest możliwości wyłączenia przepisów PZP, pozostaje zatem jedynie ustalenie, jakie przepisy PZP będą miały zastosowanie.

### 3. ZASADNICZE REGULACJE PRAWNE

Ustawa PZP zawiera szereg trybów pozwalających na zapewnienie konkurencyjności i równego traktowania podmiotów zamierzających realizować zamówienia publiczne, jak również określa sytuacje, kiedy zamawiający nie są zobligowani do stosowania jej postanowień.

Podstawową regulacją, jaką w przedmiotowej sprawie należałoby zastosować, mając na względzie cele Stowarzyszenia, wydaje się art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP.

Przepis ten do polskiego porządku prawnego implementowany został w dniu 1 stycznia 2017 r. i stanowi transpozycję art. 12 dyrektywy 2014/24/UE, regulującej zamówienia publiczne pomiędzy podmiotami sektora publicznego.

Zważywszy na kontekst analizowanego zagadnienia, jak również krótki czas obowiązywania przepisów w polskim porządku prawnym, konieczne jest sięgnięcie do genezy przedmiotowej regulacji, która swoimi korzeniami sięga orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE).

Kluczowe w tym zakresie jest orzeczenie TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, na gruncie którego powstała tzw. "doktryna Teckal", zgodnie z którą nie stosuje się procedur udzielania zamówień publicznych przy powierzaniu zadań podmiotowi publicznemu utworzonemu przez niego podmiotowi, po spełnieniu dwóch warunków:

1. podmiot publiczny powinien sprawować nad podmiotem, któremu powierza wykonywanie zadań własnych, kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje w stosunku do własnych służb,
2. podmiot kontrolowany wykonuje istotną część jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego.

Orzecznictwo TSUE jednocześnie szczegółowo dopracowało wyżej wymienione kryteria<sup>1</sup>, co znalazło swoje odzwierciedlenie w preambule dyrektywy 2014/24/UE w pkt. 31 oraz 32, która stanowi właściwą wskazówkę dla interpretacji przepisów unijnych, jak i krajowych<sup>2</sup>.

Mając na uwadze powyższe pozwalam sobie poniżej przytoczyć omawiane fragmenty preambuły:

*„31) Istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.*

*Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taki zastosowania przepisów dotyczących zamówień. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.*

*Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.*

*32) Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.*

*Wyłączenie to nie powinno dotyczyć sytuacji, gdy prywatny wykonawca ma bezpośredni udział w kapitale kontrolowanej osoby prawnej, ponieważ w takich okolicznościach udzielenie zamówienia publicznego bez procedury konkurencyjnej zapewniłoby prywatnemu wykonawcy posiadającemu udział kapitałowy w kontrolowanej osobie prawnej nienależną przewagę nad konkurentami. Niemniej jednak, z uwagi na szczególne cechy instytucji publicznych o obowiązkowym członkostwie, takich jak organizacje odpowiedzialne za zarządzanie niektórymi usługami publicznymi lub za ich wykonywanie, nie powinno to mieć zastosowania w przypadkach, gdy udział konkretnych wykonawców prywatnych w kapitale kontrolowanej osoby prawnej jest obowiązkowy na mocy krajowego przepisu ustawowego zgodnie z Traktatami, pod warunkiem że taki udział ma charakter niekontrolujący i nieblokujący oraz nie daje decydującego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Należy ponadto doprecyzować, że decydującym elementem jest*

---

<sup>1</sup> wyrok w sprawie C-458/03 Parking Brixen zdefiniowano "kontrolę analogiczną w stosunku do własnych służb": "Musiałoby chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje". w wyroku w sprawie C-26/03, Stadt Halle, doprecyzowano to pojęcie poprzez stwierdzenie: "Zgodnie z orzecznictwem ETS instytucja zamawiająca nie sprawuje wewnętrznej kontroli nad podmiotem, gdy jedno przedsiębiorstwo prywatne lub większa ich liczba również posiadają udziały w kapitale tego podmiotu";

<sup>2</sup> co zważywszy na krótki okres obowiązywania regulacji w polskim porządku prawnym jest konieczne i uzasadnione, gdyż właśnie tam odnajdujemy kluczowe wytyczne do interpretacji art. 67 ust. 1 pkt. 12-15 PZP



wylącznie bezpośredni prywatny udział w kontrolowanej osobie prawnej. W związku z tym, w przypadku, gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej lub w kontrolujących instytucjach zamawiających istnieje udział kapitału prywatnego, nie wyklucza to udzielenia zamówień publicznych kontrolowanej osobie prawnej, bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie, gdyż takie udziały nie mają negatywnego wpływu na konkurencję między prywatnymi wykonawcami.

Należy także wyjaśnić, że instytucje zamawiające, takie jak podmioty prawa publicznego, które mogą mieć udział kapitału prywatnego, powinny być w stanie skorzystać z wyłączenia dotyczącego współpracy horyzontalnej. W związku z tym, w przypadku, gdy wszystkie inne warunki związane ze współpracą horyzontalną zostały spełnione, wyłączenie dotyczące takiej współpracy powinno mieć zastosowanie do takich instytucji zamawiających, gdy umowę zawiera się wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi”.

Z powyższego wynika, że krajowy ustawodawca implementował art. 12 dyrektywy 2014/24/UE dopuszczając się modyfikacji, polegającej na tym, iż zgodnie z art. 4 pkt 13 PZP, PZP nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

1. ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;
2. organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji;
3. przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Należy zatem wskazać, że ustawodawca polski przewidział wyłączenie stosowania przepisów PZP tylko w stosunku do zamówień realizowanych przez instytucje gospodarki budżetowej (pod pewnymi warunkami). W zakresie pozostałych osób prawnych, pozostających w relacji zależności z podmiotami prawa publicznego (instytucjami zamawiającymi), ustawodawca polski przyjął konstrukcję zamówienia publicznego udzielanego w trybie „z wolnej ręki”, który stanowi implementację art. 12 dyrektywy 2014/24/UE.

W związku z powyższym, w analizowanej sprawie koniecznym będzie zastosowanie PZP w zakresie, w jakim reguluje tryb udzielania zamówienia publicznego z „wolnej ręki” tj. na podstawie art. 66 i nast. PZP.

#### **4. ANALIZA PRZESŁANEK ZAMÓWIENIA „IN HOUSE” NA PODSTAWIE ART. 67 UST. 1 PKT 14 PZP.**

##### **1. WARUNKI JAKIE SPEŁNIĆ WINIEN ZAMAWIAJĄCY.**

Odnosząc się już bezpośrednio do art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP, należy wskazać, że do udzielenia zamówienia in house w trybie "z wolnej ręki" uprawniony jest zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a.

Tym samym, mowa tutaj o zamawiających, którzy są:

1. jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
2. innymi, niż określone w pkt 1, państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej;
3. innymi, niż określone w pkt 1, osobami prawnymi, utworzonymi w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a. finansują je w ponad 50% lub
  - b. posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c. sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d. mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

– o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;
4. związkami podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż każda z jednostek samorządu terytorialnego zamierzająca korzystać ze wspólnego biletu w ramach zbiorowego transportu drogowego posiadać będzie status zamawiającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP.

##### **2. WARUNKI JAKIE SPEŁNIAĆ WINIEN WYKONAWCA.**

Wykonawcą zamówienia in house na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP jest osoba prawna spełniająca następujące warunki:

1. nad osobą prawną wspólną kontrolę sprawuje zamawiający oraz inni zamawiający wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 1-4;
2. kontrola ta odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami;
3. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających; przy czym udział procentowy działalności kontrolowanej osoby prawnej powinien być liczony według zasad określonych w art. 67 ust. 8 i 9 PZP. Ponadto, wskazana przesłanka dotyczy działalności wynikającej z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających;
4. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Ad. 1 i 2 Kontrola.

W ramach tych przesłanek przez „wspólne sprawowanie kontroli” należy rozumieć następujące okoliczności:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego;
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej;
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

W praktyce, dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej będzie wynikał z powiązań kapitałowych (np. w przypadku spółki, w której jedynym wspólnikiem jest gmina) oraz prawnych. Powiązania tej drugiej natury wynikać będą np. z postanowień aktu założycielskiego osoby prawnej oraz statutu, w którym to dokumencie mogą zostać określone zasady powoływania członków organu zarządzającego osobą prawną.

Warto pamiętać, że wskazana przesłanka dotyczy również sytuacji, w której instytucja zamawiająca pełni kontrolę nad osobą prawną w sposób niebezpośredni, np. w sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego (gmina) posiada 100% udziałów w spółce, a ta z kolei jest jedynym udziałowcem innej spółki komunalnej.

W komentarzach do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE (w szczególności do art. 12 ust.3) wskazuje się, iż sprawowanie kontroli, a w zasadzie kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi wydziałami, oznacza prawną i faktyczną możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne (fr. *objectifs stratégiques*, ang. *strategic objectives*), jak i na istotne decyzje (fr. *décisions importantes*, ang. *significant decisions*) kontrolowanej osoby prawnej i nie ma przy tym znaczenia, czy osoba taka jest podmiotem prawa publicznego, czy prywatnego, a zatem może to być również spółka prawa handlowego. Istotna bowiem nie jest forma prawna, ale rzeczywiste zagwarantowanie sprawowania kontroli przez instytucję zamawiającą.

Pomimo podjęcia trudu regulacji, zarówno na poziomie wspólnotowym jak również poszczególnych państw członkowskich UE, w tym Polski, w rzeczywistości to TSUE w dalszym ciągu będzie rozstrzygał tę kwestię, badając każdą ze spraw indywidualnie. Powyżej wskazane przesłanki, choć stanowią pewien postęp na drodze ku pewności prawa, są dalej tak generalne, że nie umożliwiają w jednoznaczny sposób oceny danego stanu faktycznego w prosty i przejrzysty sposób.

Odpowiednie zapisy umowy Spółki (właściwy skład organów Spółki, zapewnienie odpowiedniej decyzyjności wspólnikom stanowiącym jednostki samorządu terytorialnego, itp.) prowadzić będą do spełnienia przez Spółkę tej przesłanki.

#### Ad. 3 Zadania powierzone.

W pierwszej kolejności należy, w ramach postawionego przez ustawodawcę warunku, określić znaczenie pojęcia „zadania powierzone”. Zasadniczo można tutaj wskazać, iż chodzi o takie zadania, które zostały przejęte przez osoby prawne w drodze umowy lub porozumienia. Natomiast stosowna umowa lub porozumienie określają zakres i wielkość realizowanych zadań powierzonych. Zadania te mogą pochodzić od organów administracji rządowej lub innych jednostek samorządu terytorialnego.

Orzecznictwo TSUE uznaje tę przesłankę za spełnioną, gdy działalność osoby prawnej prowadzona jest w głównej mierze na rzecz podmiotu publicznego. Natomiast wszelka pozostała działalność takiego podmiotu winna mieć jedynie marginalne znaczenie. Zatem warunek ten powinien być oceniany przede wszystkim z punktu widzenia ilościowego. W takim przypadku winno brać się pod uwagę wysokość obrotów uzyskiwanych przez osobę prawną z całej jej działalności oraz porównać tę liczbę do wysokości obrotów uzyskiwanych z tej działalności, którą osoba prawna wykonuje dla instytucji zamawiającej. W sytuacji, gdy

druga ze wskazanych wartości będzie plasować się na poziomie 90% lub większym, należy uznać warunek określony w niniejszym przepisie za spełniony.

Sposób obliczania udziału działalności został określony w art. 67 ust. 8 i 9 PZP.

Zważywszy na przedmiot działalności Spółki w zakresie dotyczącym publicznego zbiorowego transportu, wykonywanego wyłącznie na rzecz zamawiających będących wspólnikami Spółki lub członkami Stowarzyszenia wskazać należy, iż warunek ten zostanie spełniony.

#### Ad. 4 Bezpośredni udział kapitału prywatnego.

Przedmiotowa przesłanka budzić może najwięcej kontrowersji interpretacyjnych. Po pierwsze nie zdefiniowano „kapitału prywatnego”, a po drugie nie zdefiniowano „bezpośredniego udziału”.

Ani dyrektywa 2014/24/UE, ani ustawodawca krajowy, nie dokonali zdefiniowania tych pojęć. Pewną wytyczną, w zakresie ich interpretacji jest pkt 32) preambuły dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi m.in., że:

*„(..) Niemniej jednak, z uwagi na szczególne cechy instytucji publicznych o obowiązkowym członkostwie, takich jak organizacje odpowiedzialne za zarządzanie niektórymi usługami publicznymi lub za ich wykonywanie, nie powinno to mieć zastosowania w przypadkach, gdy udział konkretnych wykonawców prywatnych w kapitale kontrolowanej osoby prawnej jest obowiązkowy na mocy krajowego przepisu ustawowego zgodnie z Traktatami, pod warunkiem że taki udział ma charakter niekontrolujący i nieblokujący oraz nie daje decydującego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby prawnej. (...) w przypadku, gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej lub w kontrolujących instytucjach zamawiających istnieje udział kapitału prywatnego, nie wyklucza to udzielenia zamówień publicznych kontrolowanej osobie prawnej, bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie, gdyż takie udziały nie mają negatywnego wpływu na konkurencję między prywatnymi wykonawcami. (...) W związku z tym, w przypadku gdy wszystkie inne warunki związane ze współpracą horyzontalną zostały spełnione, wyłączenie dotyczące takiej współpracy powinno mieć zastosowanie do takich instytucji zamawiających, gdy umowę zawiera się wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi.*

W kontekście stanu faktycznego niniejszej sprawy jedyną wątpliwość, w kontekście tej przesłanki, rodzić może udział Stowarzyszenia w Spółce (pozostali wspólnicy stanowiąc bowiem będą podmioty publiczne). Mając jednak na względzie fakt, iż członkami Stowarzyszenia są wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego, Stowarzyszenie nie obraca kapitałem

prywatnym, a tym tym bardziej nie będzie wnosić kapitału prywatnego do Spółki, stwierdzić należy, iż przesłanka ta, również w przypadku Stowarzyszenia, będzie spełniona. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że Stowarzyszenie stanowi „kapitał prywatny” (cokolwiek to niezdefiniowane przez ustawodawcę pojęcie oznacza) udział Stowarzyszenia w Spółce zapewne będzie na tyle niewielki, iż nie będzie ono miało bezpośredniego wpływu na działalność Spółki, co w kontekście powołanego fragmentu preambuły dyrektywy 2014/24/UE, potwierdza spełnianie przesłanki.

#### IV KONKLUZJA

---

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Opiniującego, w sytuacji będącej przedmiotem analizy w ramach niniejszej opinii, uznać należy, iż :

1. Jednostki samorządu terytorialnego, w ramach zadań własnych, zobowiązane są do zaspokajania potrzeb ludności w zakresie zbiorowego transportu drogowego, w tym do organizacji sprzedaży biletów na tenże transport.
2. Realizacja zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego nastąpić może albo na zasadzie powierzenia tego zadania osobie trzeciej bez stosowania PZP (przy spełnieniu szeregu warunków, jakie spełniać musi osoba, której powierzono te zadania) albo na podstawie PZP.
3. Spółka nie będzie podmiotem, któremu możliwe będzie powierzenie zadań na zasadzie powierzenia, to jest z pominięciem PZP.
4. Mając na względzie fakt, iż współnikami Spółki będą jednostki samorządu terytorialnego oraz Stowarzyszenie, stwierdzić należy, iż wobec spełnienia przesłanek szczegółowo opisanych w opinii, możliwym będzie udzielenie Spółce, przez poszczególne jednostki samorządu terytorialnego (wspólników Spółki), zamówień z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 14 PZP (in house), dotyczących organizacji zbiorowego transportu publicznego. Istotnym zatem będzie odpowiednie ukształtowanie treści umowy Spółki, tak aby owe przesłanki były spełnione.

*Marcin Kieszkowski*

adwokat