

**OPINIA PRAWNA PRZYGOTOWANA
DLA
IZBY GOSPODARCZEJ KOMUNIKACJI MIEJSKIEJ**



**DOTYCZĄCA OCENY MOŻLIWOŚCI PRZEDŁUŻENIA UMÓW ZAWARTYCH PRZEZ MIASTO POZNAŃ
Z TZW. OPERATORAMI GMINNYMI W TRYBIE IN – HOUSE**

Spis treści

I. WSTĘP – ZAGADNIENIA PRAWNE.....	1
II. STAN PRAWNY	2
III. ANALIZA PRAWNA.....	3
IV. WNIOSKI	13

I. WSTĘP – ZAGADNIENIA PRAWNE – STAN FAKTYCZNY

1. Celem niniejszej opinii prawnej jest rozstrzygnięcie wątpliwości w przedmiocie zagadnienia obejmującego możliwość przedłużenia umów zawartych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu z operatorami gminnymi w trybie in-house przed wyrokami TSUE z 2019 roku, na podstawie aktualnego stanu prawnego.
2. Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu na podstawie m.in. art. 5 ust 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 oraz regulacji ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, stosował tryb bezpośredniego zawierania umów przewozowych z operatorami będącymi spółkami komunalnymi gmin, które wchodziły w skład Porozumień międzygminnych (model obowiązujący w aglomeracji poznańskiej).

3. Większość umów zawartych przez ZTM w Poznaniu ze wskazanymi operatorami obejmuje okres od 1 marca 2017 roku do 31 grudnia 2021 roku.
4. W następstwie wydania w 2019 roku przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczeń dotyczących zamówień in-house, aktualne brzmienie przepisów krajowych z zakresu zamówień bezpośrednich, zaczęło budzić wątpliwości w zakresie możliwości dalszego ich stosowania.
5. Wskazane wątpliwości obejmują nie tylko przedmiot zawierania umów w trybie zamówień bezpośrednich na podstawie aktualnego stanu prawnego, ale także dotyczą kwestii przedłużenia przez ZTM w Poznaniu obecnych umów zawartych z operatorami gminnymi na okres kolejnych 2 lata (przedłużenie czasu obowiązywania umowy o połowę).
6. Przedłużenie owych umów pozwoliłoby ZTM w Poznaniu na dostosowanie sposobu funkcjonowania aglomeracji poznańskiej do potencjalnych zmian w zakresie kontraktowania działalności z zakresu transportu zbiorowego z udziałem operatorów gminnych.
7. Wątpliwość jaka powstała w następstwie wydania orzeczeń przez TSUE wymaga przeprowadzenia analizy prawnej, która pozwoli uzyskać odpowiedź na pytanie:
 - czy umowy zawarte przez ZTM w Poznaniu z operatorami gminnymi w przedmiocie usług z zakresu lokalnego transportu zbiorowego, zawarte w trybie in-house zgodnie z art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007, mogą zostać przedłużone na podstawie art. 4 ust. 4 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 zgodnie z aktualnym stanem prawnym (tj. po przedstawieniu stanowiska przez TSUE w orzeczeniach z 2019 roku)?

II. STAN PRAWNY

1. Podstawę prawną niniejszej opinii oraz przeprowadzonej w jej treści analizy stanowią między innymi poniższe akty prawne, których brzmienie zostało przyjęte zgodnie ze stanem prawnym na dzień sporządzenia przedmiotowej opinii:
 - a) Rozporządzenie (WE) 1370/2007 dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70,
 - nazywanego dalej na potrzeby niniejszej opinii „Rozporządzenie (WE) 1370/2007”;
 - b) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE
 - nazywana dalej na potrzeby niniejszej opinii „dyrektywą zamówieniową”;
 - c) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu

- i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE
- nazywana dalej na potrzeby niniejszej opinii „dyrektywą sektorową”
 - d) Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, z późn. zm, (Dz. U. 2011 nr 5 poz. 13)
 - nazywana dalej na potrzeby niniejszej opinii „UPTZ”;
 - e) Ustawa z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019),
 - nazywana dalej na potrzeby niniejszej opinii „PZP”.
 - f) Wytoczne MIR z dnia 19.10.2015 r. w zakresie dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym – dalej jako „Wytoczne MIR”
2. Ponadto, przyjęta na potrzeby niniejszej opinii interpretacja regulacji prawnych uwzględnia również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym orzeczenia:
- a) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 maja 2019 r. C-253/18 Stadt Euskirchen przeciwko Rhenus Veniro GmbH & Co. KG;
 - b) Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 marca 2019 r. C-266/17 Rhein-Sieg-Kreis przeciwko Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH i innym
- nazywane dalej zbiorczo na potrzeby niniejszej opinii „orzeczeniami TSUE”/ „wyrokami TSUE”
3. W ramach niniejszej opinii posłużono się także następującymi skrótami:
- a) PTZ – publiczny transport zbiorowy
 - b) ZTM – Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu

III. ANALIZA PRAWNA

1. Treść art. 4 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 reguluje zagadnienia z zakresu obowiązkowej treści umów o świadczenie usług publicznych oraz zasad ogólnych w zakresie zamówień in-house.
2. W ust. 3 tego artykułu wskazano, iż w przypadku usług autokarowych oraz autobusowych okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych ma charakter ograniczony i nie przekracza dziesięciu lat. Natomiast w przypadku usług z zakresu kolejowego transportu pasażerskiego oraz innych środków transportu szynowego okres ten nie przekracza 15 lat.
3. Należy zaznaczyć, że istnieje możliwość przedłużenia okresu obowiązywania tychże umów o świadczenie usług publicznych, w myśl regulacji ust. 4 owego artykułu.
4. Zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 4 zd. 1 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 w razie konieczności, **przy uwzględnieniu warunków amortyzacji środków trwałych**, okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych może być przedłużony **maksymalnie o połowę**, jeżeli podmiot świadczący usługi publiczne zapewnia **środki trwałe, które mają istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych potrzebnych do realizacji usług transportu pasażerskiego stanowiących przedmiot umowy** o świadczenie usług publicznych oraz są związane przede wszystkim z usługami

w zakresie transportu pasażerskiego stanowiącymi przedmiot tej umowy.

5. Dokonując interpretacji treści art. 4 ust. 4 zd. 1 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 należy zwrócić uwagę na wiele aspektów warunkujących możliwość przedłużenia okresu obowiązywania umowy zawartej w trybie in-house.
6. Pierwszy aspekt wiąże się z zagadnieniem uwzględnienia warunków amortyzacji środków trwałych.
7. Zgodnie z treścią krajowych regulacji prawnych, odpisów amortyzacyjnych dokonywać można równomiernie zgodnie z przyjętą przez dany podmiot metodą amortyzacji dla poszczególnych środków trwałych, która dokonywana jest przed rozpoczęciem ich amortyzacji. Wybraną metodę stosuje się do pełnego zamortyzowania danego środka trwałego.
8. W przypadku niezamortyzowania określonych środków trwałych w okresie obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych, które mają istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych służących realizacji usług transportu pasażerskiego, spełniony zostaje jeden z elementów prowadzących do dopuszczalności przedłużenia umów o świadczenie usług publicznych. Wydłużenie okresu zawartych umów pozwoli na zamortyzowanie środków trwałych.
9. W sytuacji dokonania oceny, iż okres amortyzacji środków trwałych zapewnianych w związku z obowiązującymi umowami z operatorami gminnymi, przez ZTM w Poznaniu, będzie istotnie wykraczał poza czas obowiązywania umów, okoliczność ta stanowi jeden z elementów, który wpływa na możliwość przedłużenia obowiązywania wskazanych umów. **Taką możliwość należy jednakże rozpatrywać łącznie z treścią ww. wyroków TSUE, o czym w dalszej części opinii.**
10. Druga kwestia wynikająca z regulacji zawartej w art. 4 ust. 4 zd. 1, dotyczy stricte środków trwałych, tj. zapewnienia środków trwałych potrzebnych do realizacji usług transportu pasażerskiego. Zapewnienie to ma dotyczyć środków trwałych, które mają istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych potrzebnych do realizacji usług transportu pasażerskiego stanowiących przedmiot umowy o świadczenie usług publicznych.
11. Kluczowym aspektem, w naszej ocenie, możliwości zastosowania art. 4 ust. 4 zd. 1 Rozporządzenia 1370/2007 jest dokonanie analizy tego czy dany podmiot rzeczywiście zapewnia środki trwałe, które:
 - a. Po pierwsze mają istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych
 - b. Po drugie są związane z usługami PTZ
 - c. Po trzecie wreszcie ten obowiązek zapewnienia wynika z umowy lub aktu władczego i powoduje brak korelacji długości trwania umowy z warunkami amortyzacji.
12. Z tej też przyczyny aby móc rozpatrywać dalsze przesłanki należy w pierwszym rzędzie sprawdzić czy zawarte umowy pomiędzy ZTM w Poznaniu o operatorami zobowiązują operatorów do zapewnienia taboru o określonych parametrach wieku, a warunki amortyzacji tego taboru rozbiegają z się z warunkami zakończenia obecnie obowiązujących umów.

13. Odnosząc się do regulacji zawartej w treści Art. 4 ust. 4 zd. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007, okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych, o których mowa w ust. 3, w regionach najbardziej oddalonych może zostać przedłużony maksymalnie o połowę, o ile jest to uzasadnione kosztami związanymi ze szczególnym położeniem geograficznym tych regionów.

14. Warunek wynikający z powyższej regulacji nie może zostać uznany jako warunek dotyczący ZTM w Poznaniu. W myśl art. 349 i 355 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) gdyż żaden z regionów Polski nie jest uznawany za region „najbardziej oddalony”, a w konsekwencji nie pojawiają się uzasadnione koszty związane ze szczególnym położeniem geograficznym regionu.

15. Dalsza część regulacji art. 4 ust. 4 wskazanego rozporządzenia, tj. zd. 3, wskazuje, że umowa o świadczenie usług publicznych może zostać zawarta na dłuższy okres, o ile jest to uzasadnione amortyzacją kapitału w związku z wyjątkowymi inwestycjami w infrastrukturę, tabor kolejowy lub pojazdy oraz o ile zamówienie prowadzące do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych zostało udzielone na podstawie procedury przetargowej zapewniającej uczciwą konkurencję. Aby zachować przejrzystość w takich przypadkach, właściwy organ w ciągu roku od zawarcia umowy przekazuje Komisji umowę o świadczenie usług publicznych i przedstawia powody uzasadniające dłuższy okres jej obowiązywania.

16. Odwołanie do regulacji zawartych w art. 4 ust. 4 Rozporządzenia (WE) 1370/2007, zostało zamieszczone przez ustawodawcę krajowego w art. 27 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Zgodnie z ust. 1 owego artykułu organizator może zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub przedłużyć okres jej obowiązywania na zasadach określonych w art. 4 ust. 4 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

17. Sposób rozumienia owych warunków uzależniony jest od indywidualnych okoliczności, na podstawie których zawarta została dana umowa. Innymi słowy organizator aby mógł rozważyć wydłużenie zawartych umów z operatorami o maksymalnie połowę musi zbadać ich treść w kontekście warunków amortyzacji, jej wysokości, długości oraz istnienia przede wszystkim samego zobowiązania do posiadania przez operatora taboru, którego okresy amortyzacji nie odpowiadają okresom obowiązywania umowy a jednocześnie tabor ten ma istotne znaczenia w wykonywaniu powierzonych zadań PTZ.

18. Problematyka przedłużania umów o świadczenie usług publicznych została poruszona także w treści motywu 15 preambuły Rozporządzenia (WE) 1370/2007, w którym to wskazano negatywne konsekwencje długoterminowych umów. Nie zanegowano potrzeby przedłużania owych umów, jednakże proces ten powinien być uzależniony od pozytywnej oceny użytkowników. W tym kontekście należy przewidzieć możliwość wydłużania okresu obowiązywania umów o świadczenie usług

publicznych maksymalnie o połowę ich pierwotnego okresu obowiązywania, w przypadku gdy podmiot świadczący usługi publiczne musi inwestować w środki trwałe, których okres amortyzacji jest wyjątkowo długi.

19. W motywie 15 wskazano, że w sytuacji, gdy podmiot świadczący usługi publiczne dokonuje inwestycji w infrastrukturę lub tabor kolejowy i pojazdy - które to oba rodzaje inwestycji są wyjątkowe, gdyż wiążą się ze znacznymi kosztami, a także jeżeli umowa jest zawarta w wyniku procedury przetargowej zapewniającej uczciwą konkurencję, powinna istnieć możliwość przedłużenia umowy o jeszcze dłuższy okres.

20. Należałoby zatem przyjąć, iż każda decyzja o przedłużeniu o połowę okresu obowiązywania umowy o świadczenie usług publicznych powinna być podejmowana z uwzględnieniem kwestii, związanej z następującymi okolicznościami:

- a) uwzględnienie warunków amortyzacji środków trwałych
- b) zapewnienie przez podmiot świadczący usługi publiczne środków trwałych mających istotne znaczenie dla wszystkich środków trwałych potrzebnych do realizacji usług transportu pasażerskiego stanowiących przedmiot umowy o świadczenie usług publicznych;
- c) wskazane usługi publiczne związane są przede wszystkim z usługami w zakresie transportu pasażerskiego stanowiącymi przedmiot przedłużanej umowy;

21. Należy przyjąć, iż wskazane „warunki amortyzacji dotyczą sytuacji, w której

amortyzacja określonych, istotnych środków trwałych przekroczy ramy czasowe umowy pierwotnej, podlegającej potencjalnemu przedłużeniu. Umowa taka może zgodnie z art. 4 ust. 3 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 obejmować okres 10 lat w przypadku usług autobusowych i autokarowych, a 15 lat w przypadku usług kolejowego transportu pasażerskiego.

22. W każdym przypadku, zgodnie z art. 4 ust. 4, całkowity okres przedłużenia umowy nie może przekroczyć połowy pierwotnego okresu jej obowiązywania. Warunki te dotyczą też potencjalnej możliwości przedłużenia umów zawartych przez ZTM w Poznaniu z operatorami gminnymi. W odniesieniu do owych umów wskazać należy, iż większość z nich została zawarta na okres od 1 marca 2017 roku do 31 grudnia 2021 roku, tj. na blisko cztery lata. W związku z tym, przy spełnieniu warunków dotyczących przedłużania umów, okres przedłużenia obejmowałby dodatkowe 2 lata obowiązywania umów.

23. Odnosząc się do okoliczności, które muszą zostać uwzględnione przy rozstrzygnięciu możliwości przedłużenia umów zawartych przez ZTM w Poznaniu z operatorami gminnymi, konieczne jest dokonanie analizy warunków realizacji usług z zakresu publicznego transportu zbiorowego, oceny warunków amortyzacji środków trwałych, a także oceny poziomu inwestycji, które miałyby być realizowane w związku z istniejącym zamówieniem in-house.

24. Dokonując analizy zagadnienia interpretowanego w ramach niniejszej opinii, wskazać należy, iż w przedmiocie realizacji

zamówień in-house zostały wydane przez Trybunał Sprawiedliwości poniższe kluczowe orzeczenia, m.in. w sprawach:

- a) C-253/18 z dnia 8 maja 2019 roku
- b) C-266/17 i 267/17 z dnia 21 marca 2019 roku

25. Wymienione powyżej orzeczenia dotyczą wniosków o wydanie wyroku w trybie pytań prejudycjalnych, złożonych przez wyższy sąd krajowy w Niemczech, w przedmiocie zamówień in-house realizowanych w oparciu o art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007

26. TSUE w treści ww. wyroków odniósł się w głównej mierze do regulacji z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, która stanowiła podstawę przeprowadzania zamówień bezpośrednich, m.in. w dziedzinie usług z zakresu komunikacji miejskiej. Przed wydaniem przedmiotowych orzeczeń, unormowanie wynikające z art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 stanowiło podstawę zamówień realizowanych w trybie in-house.

27. Stanowisko TSUE zamieszczone w przedmiotowych orzeczeniach wpłynęło na ten sposób kontraktowania. W ślad za TSUE należy wskazać, iż „art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie ma on zastosowania do bezpośredniego udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu autobusowego, które nie mają formy umów koncesji w rozumieniu dyrektywy 2014/23”.

28. Analizując orzecznictwo TSUE wydane w odniesieniu do zakresu stosowania art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 warto odnieść się także do wyroku wydanego w sprawach połączonych C-350/17 i C-351/17 z dnia 21 marca 2019 roku.

29. TSUE w owym orzeczeniu badał zasadność przestrzegania art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 w określonym przedziale czasowym, tj. dziesięcioletnim okresie przejściowym rozpoczynającym swój bieg od daty wejścia w życie wskazanego rozporządzenia do dnia 2 grudnia 2019 r.

30. W trakcie wskazanego okresu właściwe organy państw członkowskich, jeżeli przyznają koncesję na świadczenie usług publicznych w zakresie transportu drogowego, nie mają jeszcze obowiązku przestrzegania art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007.

31. Termin „udzielenie zamówienia”, o którym mowa w art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, obejmuje bowiem swoim zakresem decyzję o zawarciu umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego lub drogowego z przedsiębiorstwem, niezależnie od tego, czy wygaśnięcie tej umowy może nastąpić po upływie okresu przejściowego.

32. Jak wskazał TSUE w omawianym wyroku – z Motywu 31 tego rozporządzenia jasno wynika, że prawodawca unijny uznał, iż należy przewidzieć systemy przejściowe, ponieważ właściwe organy i podmioty świadczące usługi publiczne potrzebują czasu na dostosowanie się do przepisów rozporządzenia nr 1370/2007 po jego wejściu w życie. Istotny jest zatem fakt, iż system przejściowy, przewidziany w art. 8 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr

1370/2007, nie pozwala właściwym organom na ustalanie, w sposób nieograniczony, czasu obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych w zakresie drogowego przewozu osób.

33. W myśl stanowiska TSUE przedstawionego w omawianym wyroku, art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 nie podlega zastosowaniu w odniesieniu do postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, które toczyło się przed dniem 3 grudnia 2019 r., wobec czego właściwy organ udzielający, w drodze decyzji o udzieleniu zamówienia kończącej postępowanie przetargowe zgodne z zasadami konkurencji, zamówienia polegającego na zawarciu umowy w sprawie koncesji na lokalne usługi publicznego transportu pasażerskiego nie jest przed tą datą zobowiązany do przestrzegania rzeczowego art. 5.

34. W konsekwencji przeprowadzonego badania orzeczenia TSUE, wydanego w sprawach połączonych C-350/17 i C-351/17 z dnia 21 marca 2019 roku, należy wskazać, że wszystkie działania podejmowane po okresie przejściowym winny być zgodne z regulacjami wynikającymi z art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007. Zastosowanie wykładni rozszerzającej do unormowań dotyczących okresu przejściowego, polegającej na uznaniu czynności związanych z przedłużaniem umów zawartych przed 3 grudnia 2019 za powiązane z procedurą organizacji zamówienia w tymże systemie, obarczone jest ryzykiem uznania takowej czynności za niezgodną z obowiązującymi regulacjami prawnymi, w tym z Rozporządzeniem (WE) 1370/2007.

35. Dopuszczalne było jednak zawarcie umowy zgodnej z trybem przejściowym, tj. bez

uwzględnienia regulacji art. 5 wskazanego rozporządzenia, której okres obowiązywania zakończyłby się po 2 grudnia 2019. Nie wskazano tu kwestii przedłużania takich umów, dlatego też konieczne jest podkreślenie faktu, iż od 3 grudnia 2019 roku zasady związane z procedurą przedłużania umów obowiązują zgodnie z brzmieniem regulacji Rozporządzenia (WE) 1370/2007.

36. Odnosząc ww. treść oraz stan faktyczny wyroku TSUE do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszej opinii należy wskazać, że jego sentencja nie może być wprost zastosowana w ocenianym stanie prawnym. Jej literalna treść wydaje się być bowiem korzystana dla ZTM, jednakże analiza przesłanek zawartych w wyroku oraz stanu faktycznego wskazuje, że nie można dokonać przeniesienia samej sentencji na grunt obecnego stanu faktycznego. W istocie bowiem, gdyby chciał ją zastosować to należałoby uznać, że Umowy w ogóle nie musiały być i nie są zawarte zgodnie z art. 5 Rozporządzenia WE 1370/2007 co naraziłoby ZTM oraz spółki na dodatkowe ryzyko w zakresie już udzielonej i rozliczonej pomocy publicznej.

37. Odnosząc się do korelacji między treścią art. 4 a regulacją wynikającą z art. 5 wskazanego rozporządzenia (WE) 1370/2007, należałoby zaznaczyć, iż przepis art. 4 normuje obligatoryjną treść umów o świadczenie usług publicznych oraz zasad ogólnych, natomiast art. 5 odnosi się do udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. W konsekwencji bez rozpatrywania procesu wynikającego z art. 5, nie można stworzyć umowy, której elementy normuje przytoczony art. 4. czyli umowy, którą można by zmienić w

trybie art. 4 Ust., 4 Rozporządzenia 1370/2007.

38. Powyższy wniosek wynika przede wszystkim z reguł wnioskowania a maiori ad minus oraz wykładni celowościowej przepisów Rozporządzenia 1370/2007. Gdyby bowiem można było dokonać w trybie art. 4 ust. 4 zmiany umowy zawartej bez stosowania przepisów art. 5 normy te pozostawałyby ze sobą w rażącej sprzeczności. Nadto należy przypomnieć, że w przypadku dokonywania zmian umowy, którą zgodnie z przepisami prawa została powierzona w sposób bezpośredni (w szczególności umowy powierzonej podmiotowi wewnętrznemu) w każdym przypadku należy sprawdzić, czy wprowadzenie zmian nie będzie miało wpływu na istnienie przesłanek uzasadniających bezpośrednie powierzenie ww. umowy. W przypadku, gdyby dokonana zmiana skutkowałą brakiem spełnienia przesłanek uzasadniających bezpośrednie powierzenie danej umowy, byłoby to równoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o udzielaniu tych zamówień¹. Jest to o tyle istotne, o ile wśród operatorów, z którymi ZTM chciałby przedłużyć umowy są operatorzy, którzy pozyskali dofinansowanie na tabor w okresie obowiązywania umów, w takim bowiem wypadku (ale nie tylko) możliwość zmiany umowy musi być odniesiona do ww. treści pkt. 86) Wytocznych MIR,

39. W myśl też zawartych we wskazanych powyżej wyrokach, należy zauważyć iż Trybunał nie zakwestionował ogólnej możliwości realizowania zamówień bezpośrednich

w zakresie transportu publicznego (autobusowego i tramwajowego) na podstawie obowiązujących norm prawa Unii Europejskiej. Orzeczenia TSUE ukierunkowały jedynie podstawę zamówień w trybie in-house z norm art. 5 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 na regulacje zawarte w dyrektywach zamówieniowych.

40. Poza interpretacją art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007, Trybunał Sprawiedliwości nie zakwestionowały pozostałej części owego rozporządzenia. W konsekwencji przedmiotowy akt prawny, co do zasady, znajduje zastosowanie do zamówień w zakresie transportu autobusowego oraz tramwajowego, z wyłączeniem zamówień w trybie in-house w sferze transportu autobusowego.

41. Zmianie zatem uległ sposób w jaki owe zamówienia miały być realizowane. Realizacja zamówień bezpośrednich po ogłoszeniu wskazanych wyroków winna opierać się na procedurach zawierania umów w trybie przyznania koncesji lub zamówień publicznych.

42. W tym miejscu należy odnieść się do kwestii związanych ze zgodnością prawa krajowego z obowiązującym prawem UE. Zagadnienie to jest istotne z uwagi na hierarchię źródeł prawa obowiązującego w Unii Europejskiej. I tak też rozporządzenie unijne stanowi akt prawa obowiązującego wprost, dlatego nie jest wymagane utworzenie przepisów ustawy krajowej (tu polskiej), by móc stosować regulacje z niego wynikające. Ponadto, w przypadku wystąpienia niezgodności

¹ Vide pkt. 86 Wytocznych MIR.

przepisów krajowych z normami wynikającymi z rozporządzenia, mogą być one wyłączone ze stosowania, z uwagi na charakter rozporządzenia, tj. obowiązywanie owego aktu prawnego bezpośrednio i wprost na terenie całej wspólnoty.

43. Powyższe rozważania są istotne z uwagi na fakt, iż w ramach polskiego porządku prawnego funkcjonują także przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym, które stanowią dopełnienie treści Rozporządzenia (WE) 1370/2007, a także wprost do niego odsyłają.

44. Regulacje wynikające z art. 22 UPTZ stanowią odzwierciedlenie regulacji zawartej w art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, a także zawierają odesłanie do wskazanego art. 5 ust. 2. Po wydaniu wskazanych powyżej orzeczeń TSUE treść art. 22 UPTZ nie uległa zmianie, nie został on też uchylony.

45. Istotny jest jednak fakt, iż treść orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, czy też odpowiedzi na pytania prejudycjalne, nie wpływa na obowiązujące regulacje prawa krajowego, dlatego też uznać należy, iż nie wywołuje skutku *erga omnes* w postaci nieważności określonego przepisu. Odpowiedzialność za zachowanie spójności ustawodawstwa krajowego z regulacjami prawa unijnego spoczywa na państwie członkowskim. W konsekwencji przytoczone wyroki TSUE nie eliminują automatycznie krajowych przepisów z zakresu zamówień in-house.

46. Pod rozważenie należy jednak wziąć kwestię związaną ze zgodnością regulacji krajowej z obowiązującym prawem UE, dlatego też przy stosowaniu krajowych przepisów w zakresie

zamówień bezpośrednich, tj. przepisów ustawy UPTZ, należy mieć na uwadze zmiany, będące następstwem wydanych przez TSUE orzeczeń.

47. W przypadku nieuwzględnienia zmian wynikających z przytoczonych orzeczeń TSUE w procesie realizacji zamówień bezpośrednich i przeprowadzenia realizacji zmiany umowy w trybie art. 4 ust. 4 Rozporządzenia 1370/2007 w oparciu o dotychczasowe zasady, należy dopuścić możliwość wystąpienia negatywnych skutków owych działań, tj. uznania zmiany umowy tego rodzaju za obciążoną ryzykiem niezgodności z obowiązującymi regulacjami prawnymi.

48. Do alternatywnych rozwiązań dla kontraktowania usług publicznego transportu zbiorowego w trybie in-house można zaliczyć koncesję oraz in-house w trybie przepisów PZP. PZP zawiera przepisy stanowiące implementację dyrektyw zamówieniowych, które dają możliwość dokonania zamówienia in-house, jednak w sposób odmienny od dotychczasowego trybu stosowanego w komunikacji. W przypadku umów zawartych zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniach TSUE, przedłużenie takiej umowy nie jest obciążone ryzykiem, gdyż pozostaje ona w zgodności z obowiązującymi regulacjami.

49. Dokonując analizy przedmiotowego zagadnienia warto przywołać unormowanie dyrektywy sektorowej dotyczące zamówień in-house. W myśl art. 28 dyrektywy sektorowej zamówienie udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem

niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą;
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy przepisów prawa krajowego, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

50. Natomiast zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 11-13 zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie, tj.:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego

sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

51. Dokonując oceny wskazanych regulacji, wynikających z dyrektywy sektorowej oraz PZP należy wskazać, iż zasadnicza różnica między tymi unormowaniami dotyczy procentowej ilości działalności kontrolowanej osoby prawnej, która prowadzona jest w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą. W polskim ustawodawstwie, tj. w PZP, jest to ponad 90 % działalności prowadzonej na rzecz zamawiającego, natomiast dyrektywa sektorowa wskazuje na ponad 80 % działalności danego podmiotu na rzecz zamawiającego, który sprawuje nad nim kontrolę.

52. Odnosząc się do sytuacji ZTM w Poznaniu jako rozwiązanie alternatywne wskazać de facto identyczne zasady jak funkcjonujące w ramach obecnych umów tj. działania z zakresu tzw. kolektywnej kontroli, która była przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości

53. Obecne umowy zawarte przez ZTM w Poznaniu z operatorami gminnymi spełniają przesłanki kolektywnej kontroli z Rozporządzenia (WE) 1370/2007. Nic nie stoi więc na przeszkodzie aby nowe umowy mogły spełniać przesłanki (w zgodzie z wyrokami TSUE) kolektywnej kontroli wynikające z PZP, dyrektywy sekt rowowej oraz pozostałego orzecznictwa TSUE.

54. Odnosząc się do regulacji zawartych w Rozporządzeniu (WE) 1370/2007, podmiot wewnętrzny oznacza odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego (jakim przykładowo jest gmina), analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami.

55. Nawiązując do wydanego w przedmiocie kontroli kolektywnej orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości warto odnieść się do wyroku wydanego w sprawie Coname. Należy wskazać, iż orzeczenie te nie podważa wskazanych powyżej stwierdzeń. Niewątpliwie Trybunał zaznaczył w nim, że udział w wysokości 0,97 % jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych (zob. ww wyrok w sprawie Coname, pkt 24). Jednakże w tej części wyroku Trybunał nie rozpatrywał kwestii czy taka kontrola mogła być sprawowana łącznie.

Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo (pkt 56-61), Trybunał przyznał, że w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona w przypadku, gdy organy te posiadały jedynie 0,25 % kapitału przedsiębiorstwa publicznego.

56. Jednocześnie rozwijając treść orzeczeń TSUE dot. tzw. kolektywnej kontroli określono literalnie, kiedy uznaje się, że instytucje zamawiające sprawują wspólni kontrolę nad daną osobą prawną. Kontrola taka jest zachowana jeżeli spełnione są łącznie wszystkie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających.

- Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;

- wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

57. Sprawa C-573/07 Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa, wyrok TSUE z dnia 10.09.2009 r. ETS orzekł, iż z podmiotem wewnętrznym będziemy mieli do czynienia jeśli zostaną zachowane dwie główne zasady:

58. Zasada terytorium - działalność spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz

59. Decydujący wpływ – jednostki samorządu (akcjonariusze Spółki) mają decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w których skład wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.

60. Sprawa C-324/07 Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale, wyrok ETS z dnia 13.11.2008 r. ETS w ww. wyroku wskazał, iż z podmiotem wewnętrznym będziemy mieli do czynienia jeśli zostaną spełnione przesłanki posiadania decydującego wpływu i kontroli:

61. Decydujący wpływ – kontrola: ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę

analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy tej musi wynikać, że spółdzielnia, której udzielono zamówienia, jest poddana kontroli, która umożliwi instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółdzielnię. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje. W tym względzie gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej będącej wyłączną własnością organów publicznych są podejmowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli organów publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczony organ publiczny może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.

62. Kolektywna kontrola: W przypadku gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez

organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, **może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.** W istocie kontrola taka musi być analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, nie zaś identyczna z nią we wszystkich aspektach. Istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna.

63. Odnosząc powyższe do krajowych przepisów oraz obecnie obowiązujących porozumień międzygminnych pomiędzy Miastem Poznań a gminami w zakresie publicznego transportu zbiorowego, niezbędnym minimum byłoby, dla zapewnienia takiej kolektywnej kontroli, wprowadzenie co najmniej na poziomie nadzorczym (Rada Nadzorcza) przedstawiciela Miasta Poznania do rady nadzorczej danej Spółki.

IV. WNIOSKI

1. Orzeczenia TSUE nie usunęły regulacji prawnych krajowych dotyczących zamówień in-house, tj. art. 22 UPTZ, dlatego też podstawa prawna do zawierania zamówień bezpośrednich nadal istnieje w polskim systemie prawnym, jednakże jest ona niezgodna z treścią art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007.

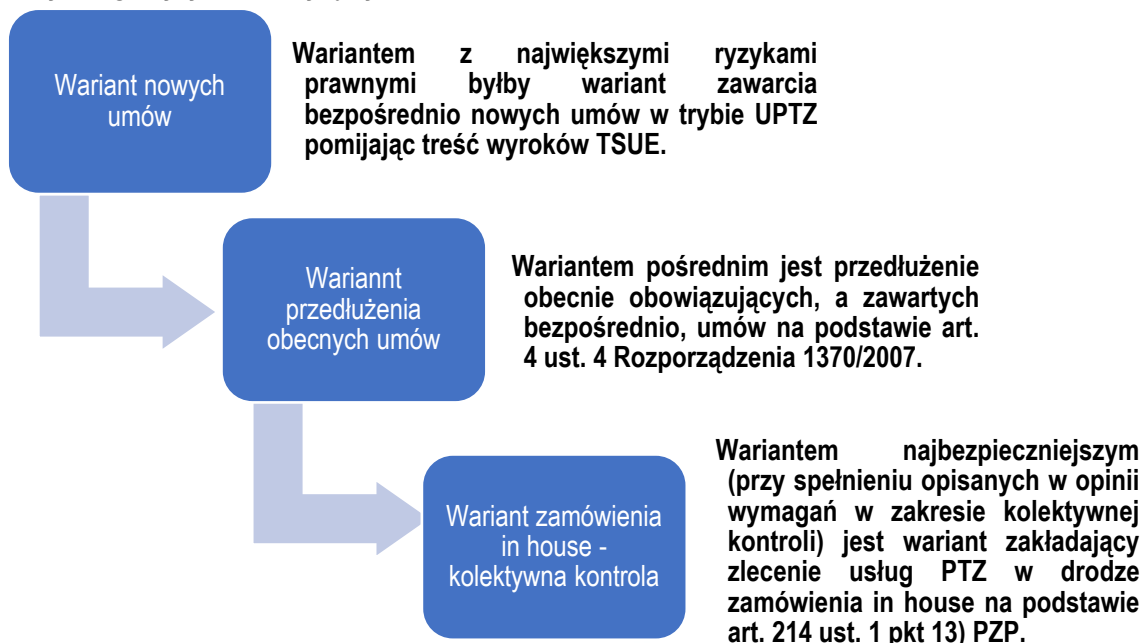
2. Pomimo braku bezpośredniego wpływu wyroków TSUE na ustawodawstwo krajowe, ich pomijanie przez przedłużeniu umów zawartych przed ich ogłoszeniem w oparciu o art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 1370/2007 powodować będzie ryzyko negatywnej oceny takich zmian, a co za tym idzie potencjalne ryzyko nieważności czynności prawnych.

3. Następstwa wynikające ze zmian postępowania na podstawie art. 5 ust. 2 Rozporządzenia (WE) 1370/2007 dotyczą także regulacji zawartych w art. 4 ust. 4 wskazanego rozporządzenia, które normują zagadnienie przedłużania umów zawartych w trybie in-house. W konsekwencji zasadność przedłużania umów zawartych zgodnie ze stanem prawnym sprzed orzeczeń TSUE obarczona jest ryzykiem sprzeczności z bezpośrednio obowiązującymi przepisami Rozporządzenia 1370/2007, a w konsekwencji ryzykiem wystąpienia braku zgodności z obowiązującymi regulacjami.

legalne działanie i wskazanie jako podstawy prawnej zmian umów tylko przepisów UPTZ.

4. Nadto aby dokonać zmiany umowy zgodnie z art. 4 ust. 4 Rozporządzenia 1370/2007 należy spełnić także przesłanki istnienia obowiązku zapewnienia takiego a nie innego taboru przez operatora, który to tabor stanowi przeważającą część użytkowanego w ramach umowy taboru a jego okres amortyzacji znacząco przekracza okres obowiązywania umowy.
5. Reasumując można wskazać na następującą gradację ryzyk prawnych:

Powyższego ryzyka nie wyłączy pozornie



Marcin Maciocha
Radca prawny

