



Stowarzyszenie  
Prawa  
Zamówień  
Publicznych

# **możliwe nadużywanie pozycji dominującej na rynku zamówień publicznych - zamówienia in-house**

**dr Wojciech Hartung**

*Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych*

Warszawa, 12 czerwca 2018 r.

## O czym porozmawiamy?

- *znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE – co regulują zamówienia publiczne (a czego nie)?*
- *podmioty publiczne a reguły konkurencji – czy i w jakim zakresie podmioty publiczne są nimi związane?*
- *jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości: samodzielność i konkurencja - czy konieczna jest interwencja ustawodawcy, czy wystarczają obecne rozwiązania?*



Stowarzyszenie  
Prawa  
Zamówień  
Publicznych

*znaczenie przepisów in-house  
w Dyrektywie 2014/24/UE*

# ***znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE***

## ➤ **Dyrektywa 2014/24/UE – art. 1 ust. 4**

zamówienia in-house jako wyraz zasady samodzielności państw członkowskich i władz publicznych, w tym jednostek samorządu terytorialnego w zakresie:

- **definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania, zgodnie z art. 14 TfUE i Protokołem nr 26**

*Postanowienia Traktatów nie naruszają kompetencji Państw Członkowskich w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania **usług niemających charakteru gospodarczego** świadczonych w interesie ogólnym (art. 2 Protokołu nr 26)*

## **znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE**

- **Rozporządzenie 1370/2007/WE (po zmianie przez Rozporządzenie 2016/2338/UE – art. 5 ust. 2 (w zakresie transportu – art. 91 TfUE)**

***O ile nie zabrania tego prawo krajowe, każdy właściwy organ lokalny – świadczących usługi publiczne w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego – może zdecydować, że będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego lub że bezpośrednio udzieli zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych odrębnej prawnie jednostce, nad którą ten właściwy organ lokalny sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką organ ten sprawuje nad swoimi własnymi wydziałami.***

# *znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE*

➤ TK z 26 lutego 2014 r. sygn. akt K 52/12

podkreślenie swobody państw członkowskich w definiowaniu zadań publicznych i metod, które prowadzą do osiągnięcia założonych celów

**swoboda jednostek samorządu terytorialnego w definiowaniu zadań i określaniu sposobów ich realizacji (gwarantowana konstytucyjnie) nie oznacza nieograniczonej autonomii jednostki samorządu terytorialnego**

możliwe są ograniczenia ustawowe wyznaczone m.in. przez inne konstytucyjnie chronione wartości

**wprowadzenie obowiązku przetargowego wyłączającego zamówienia in-house może być zgodny z konstytucją (sektor odpadowy)**

## ***znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE***

- **Niemiecki Federalny Sąd Najwyższy z 17 grudnia 2013 r., sygn. akt KZR 65/12 (sektor energetyczny)**

obowiązek gmin do konkurencyjnego wyboru wykonawcy (wyłączający zamówienia in-house) jest zgodny z prawem do gwarantowanej konstytucyjnie samorządności komunalnej

zaopatrzenie mieszkańców i lokalnych przedsiębiorstw w prąd jest zadaniem samorządu lokalnego chronionym przepisami konstytucji

**nie oznacza to jednak, że działalność gospodarcza gmin stojąca w związku z takim zaopatrzeniem nie podlega żadnym ograniczeniom prawnym**

wręcz przeciwnie prawo samorządu lokalnego istnieje tylko w ramach przepisów ogólnych, do których należy również ustawa o zaopatrzeniu w energię

## ***znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE***

### **➤ C-285/18 – pytanie prejudycjalnie Sądu Najwyższego na Litwie**

*czy przepisy dyrektyw oraz orzecznictwo TSUE dotyczące zamówień in-house powinny być rozumiane i interpretowane w ten sposób, że koncepcja zamówień in-house jest autonomiczna w stosunku do przepisów krajowych w tym znaczeniu, że przepisy te nie mogą wprowadzać ograniczeń w zawieraniu umów na tej podstawie, np. w postaci wymogu wykazania, że dzięki formule in-house usługa będąca przedmiotem zamówienia zapewni lepszą jakość, dostępność lub ciągłość?*





Stowarzyszenie  
Prawa  
Zamówień  
Publicznych

*podmioty publiczne a reguły konkurencji – czy i w jakim zakresie podmioty publiczne są nimi związane?*

## ***podmioty publiczne a reguły konkurencji***

### ➤ **opinia rzecznik generalnej Christine Stix Hackl do sprawy C-247/02**

mając na uwadze znaczenie zasady wolnej konkurencji lub zasady konkurencji, powoływanych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, należy poruszyć kwestię ich podstawy prawnej. Trzy klasyczne dyrektywy dotyczące usług, dostaw i robót budowlanych wydane zostały na podstawie przepisów art. 53, art. 62 i art. 114 TfUE lub wszystkich trzech łącznie.

**Wskazane przepisy odnoszą się bądź do swobód podstawowych, bądź też do wspólnego rynku, nie nawiązują jednak wyraźnie do pojęcia konkurencji.**

### ➤ **Dyrektywa 2014/24/UE**

Parlament Europejski i Rada uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 53 ust. 1, art. 62 oraz art. 114 ...

# *podmioty publiczne a reguły konkurencji*

## ➤ **ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów**

ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy - rozumie się przez to (...) **osobę prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej**, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a)

zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców

**nadużywanie pozycji dominującej polega** w szczególności na **przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji** (art. 9 ust. 1 pkt 5)

czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne

# *podmioty publiczne a reguły konkurencji*

➤ SN z 26 stycznia 2017 r. sygn. akt I CSK 252/15

uprawnienie do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, **w szczególności czy nie jest to przypadek tzw. dławienia konkurencji**

nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, **nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji**

wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania - jednak takich przepisów nie ma

# *podmioty publiczne a reguły konkurencji*

## ➤ TSUE z 2 lipca 2015 r. w sprawie C-497/12

sam fakt stworzenia, poprzez przyznanie praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 106 ust. 1 TfUE, pozycji dominującej nie jest, jako taki, sprzeczny z art. 102 TfUE

państwo członkowskie narusza bowiem zakazy ustanowione w tym przepisie jedynie w przypadkach:

- gdy dane przedsiębiorstwo jest skłaniane, poprzez samo wykonywanie przyznanych mu praw specjalnych lub wyłącznych, do nadużywania zajmowanej pozycji dominującej lub
- gdy prawa te mogą stworzyć sytuację, w której przedsiębiorstwo to zostaje skłonione do popełnienia takiego nadużycia

# *podmioty publiczne a reguły konkurencji*

## ➤ TSUE z 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99

nadużyciem w rozumieniu art. 102 TfUE jest sytuacja, w której **bez obiektywnej konieczności, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą** na danym rynku, rezerwuje dla siebie dodatkową działalność, która mogłaby być wykonywana przez innego przedsiębiorcę jako część jego działalności na rynku sąsiednim lecz oddzielnym, co może prowadzić do wyeliminowania konkurencji

tam, gdzie rozszerzenie pozycji dominującej przedsiębiorcy, któremu przyznano prawa wyłączne lub specjalne wynika ze środka publicznego (państwowego), taki środek stanowi naruszenie art. 106 TfUE w związku z art. 102 TfUE

## ***znaczenie przepisów in-house w Dyrektywie 2014/24/UE***

### **➤ C-285/18 – pytanie prejudycjalnie Sądu Najwyższego na Litwie**

*czy zasady równego traktowania wykonawców, zakazu dyskryminacji i przejrzystości (art. 18 dyrektywy 2014/24/UE), ogólny zakaz dyskryminacji (art. 18 TfUE), swoboda przedsiębiorczości (art. 49 TfUE), swoboda świadczenia usług (art. 56 TfUE), reguły dotyczące przyznawania przedsiębiorstwom publicznym praw specjalnych lub wyłącznych (art. 106 TfUE) oraz orzecznictwo TSUE (Teckal, ANAV, Sea, Undis Servizi) powinny być interpretowane w ten sposób, że zawarcie umowy w trybie in-house jest per se zgodne z prawem i że nie narusza praw wykonawców do uczciwej konkurencji, do niedyskryminacji i nie stawiania w uprzywilejowanej pozycji takiego podmiotu, który zawiera umowę w trybie in-house?*



Stowarzyszenie  
Prawa  
Zamówień  
Publicznych

*jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości –  
samodzielność podmiotów publicznych i reguły  
konkurencji*



# ***jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości?***

## ➤ **polskie Prawo zamówień publicznych**

obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy in-house

zwiększenie progu dotyczącego wykonywanej działalności do 90%

jednoznaczne ograniczenie podwykonawstwa (in-house jako obowiązek osobistego świadczenia)

dodatkowy nadzór nad decyzją o zamówieniu in-house

# ***jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości?***

## ➤ **fińskie Prawo zamówień publicznych**

zwiększenie progu dotyczącego wykonywanej działalności do 95%

ograniczenie działalności zewnętrznej do wysokości 500.000 Euro

# ***jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości?***

## ➤ **litewskie Prawo zamówień publicznych**

zamówienia in-house wyłączone dla administracji centralnej oraz spółek skarbu państwa

jednostki samorządu terytorialnego i spółki komunalne:

- dane świadczenie nie jest dostępne na rynku lub
  - nie jest możliwe uzyskanie świadczenia na rynku zapewniającego wymaganą jakość, dostępność oraz ciągłość
- a podmiot in-house ma status zamawiającego

## ***jak pogodzić dwie (równorzędne) wartości?***

- czy potrzebna jest regulacja, czy obecne regulacje zapewniają wystarczające gwarancje poszanowania obu wartości?
- na jakim poziomie: unijnym/krajowym?
- jaka regulacja – jakie przesłanki: co powinno się w niej znaleźć?
- kto powinien odpowiadać za kontrolę/weryfikację – organy odpowiadające za zamówienia publiczne czy ochronę konkurencji, może oba, inne?

# Contact



**dr Wojciech Hartung**

**DZP**

[Wojciech.Hartung@dzp.pl](mailto:Wojciech.Hartung@dzp.pl)

T: +48 22 557 94 70

M: +48 660 440 316

[www.stowarzyszeniepzp.pl](http://www.stowarzyszeniepzp.pl)