

# Publiczny transport zbiorowy

## Bezpośrednie zawieranie umów z podmiotem wewnętrznym

gazetaprawna.pl

Środa 2 października 2019 nr 191 (5093)



**Jędrzej  
Klatka**  
radca prawny

## Przewoźnicy i organizatorzy usług muszą przygotować się na zmiany

Od 3 grudnia 2019 r. bezpośrednie zawarcie umowy z podmiotem wewnętrznym na podstawie rozporządzenia nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. UE. z 2007 r. L 315, s. 1 ze zm.) będzie możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy umowa będzie miała charakter koncesji na usługi z ryzykiem po stronie operatora. Oznacza to, że od tego czasu aż do 31 grudnia 2020 r. nie będzie możliwości, by, zachowując dotychczasowy model rozliczeń z operatorem polegający na płaceniu za rzeczywiście przejechane wozokilometry, zawrzeć ze spółką komunalną - podmiotem wewnętrznym umowę w trybie bezpośrednim. Zawarcie umowy z wolnej ręki, w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych, będzie zaś możliwe dopiero od 1 stycznia 2021 r., po wejściu w życie nowego prawa zamówień publicznych (ustawa została już przyjęta przez Sejm; dalej: nowe p.z.p.).

W opracowaniu omawiamy przesłanki, jakie musi spełnić spółka komunalna, by mogła być uznana za podmiot wewnętrzny w rozumieniu prawa unijnego, obowiązującej ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: p.z.p.) oraz nowego p.z.p., które ma wejść w życie od 2021 r.

Artykuł przybliży też dwa możliwe modele rozliczeń z operatorami - w oparciu o stawkę za jeden wozokilometr zaferowaną w przetargu oraz na zasadzie wyrównania kosztów rzeczywiście poniesionych przez przewoźnika działającego na podstawie koncesji na usługi, z ryzykiem po jego stronie.

### USŁUGI TRANSPORTOWE ŚWIADCZONE PRZEZ SAMORZĄDY

Zgodnie z motywem 18 preambuły rozporządzenia nr 1370/2007:

„organ lokalny może zdecydować, czy będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego na podlegającym mu terytorium, czy powierzy ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu z pominięciem procedury przetargowej. Jednak zapewnienie uczciwych warunków konkurencji wymaga, by samodzielne świadczenie usług podlegało ścisłej kontroli. Wymagana kontrola powinna być sprawowana przez właściwy organ lub grupę organów zapewniających usługi publiczne w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego, działających razem lub poprzez swoich członków. Ponadto właściwy organ samodzielnie świadczący usługi transportowe lub podmiot wewnętrzny świadczący takie usługi nie powinien mieć prawa udziału w przetargach organizowanych poza terytorium podległym temu organowi. Organ sprawujący kontrolę nad wewnętrznym podmiotem świadczącym takie usługi powinien mieć także możliwość wyłączenia tego podmiotu z udziału w przetargach organizowanych na terytorium podległym temu organowi”.

Z kolei art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2016 ze zm.; dalej: u.p.t.z.) wskazuje, że:

„organizator może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku gdy świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma być wykonywane przez podmiot wewnętrzny, w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, powołany do świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego”.

Z przywołanych przepisów jasno wynika, że co do zasady dopuszczalne jest powierzenie podmiotowi wewnętrznemu świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego z pominięciem procedury przetargowej. Pojawiają się jednak dwa pytania:

## PUBLICZNY TRANSPORT ZBIOROWY

- Jakie warunki musi spełniać spółka komunalna, żeby mogła być uznana za podmiot wewnętrzny?
- W jakim momencie następuje ocena spełnienia tych warunków: w chwili rozpoczęcia procedury wyłonienia operatora, zawarcia umowy czy przez cały czas jej trwania?

W przepisach występują dwa rodzaje podmiotów wewnętrznych:

- w rozumieniu art. 2 lit. j rozporządzenia 1370/2007,
- w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12–14 p.z.p. czy też w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 nowego p.z.p., uchwalonego przez Sejm w 11 września br.

Zanim przejdziemy do omówienia przesłanek, które muszą być spełnione, by spółka komunalna mogła zostać uznana za podmiot wewnętrzny, niezbędne jest zwrócenie uwagi na to, czym podmiotem wewnętrznym ona jest. Prawo do bezpośredniego zawarcia umowy lub do udzielenia zamówienia z wolnej ręki przysługuje bowiem tylko takiemu organizatorowi, który sprawuje rzeczywistą kontrolę nad daną spółką komunalną. Czy organizator musi posiadać udziały w spółce komunalnej, by można było uznać, że sprawuje nad nią rzeczywistą kontrolę? Czy musi mieć ponad 50 proc. udziałów? A może wystarczy ponad 50 proc. głosów, by ją kontrolować? A co z jednym udziałem (konceptcja złotej akcji)? Co w sytuacji, gdy kontrolę sprawuje inna gmina, która powierzyła drugiej gminie (organizatorowi) wykonywanie zadania lokalnego transportu zbiorowego, przy czym organizator nie ma ani jednego udziału tej spółki komunalnej? Pytań jest znacznie więcej; odpowiemy na nie w dalszej części artykułu.

**WAŻNE:** Są dwa sposoby rozliczania się organizatora publicznego transportu zbiorowego z operatorem. W Polsce dominuje model rozliczania się według rzeczywiście przejechanych wozokilometrów w oparciu o stawkę za 1 wozokilometr zaofiarowaną w przetargu. W UE – rekompensata kosztów rzeczywiście poniesionych przez operatora-koncesjonariusza w modelu koncesji na usługi z ryzykiem opłacalności po stronie operatora. Wybór sposobu rozliczenia wpływa na to, które przepisy znajdują zastosowanie.

### 1. Podmiot wewnętrzny w rozumieniu art. 2 lit. j rozporządzenia 1370/2007

Rozporządzenie 1370/2007, które obowiązuje w Polsce od 3 grudnia 2009 r., w art. 2 lit. j oraz w art. 5 ust. 2 zawiera definicję podmiotu wewnętrznego. Zanim jednak je omówimy, należy zwrócić uwagę na ostatnie zdanie ust. 1 w art. 5:

**„w przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE lub 2004/18/WE [są to dyrektywy o zamówieniach publicznych – red.] przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania”.**

Konsekwencje tego przepisu są jasne: art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia (o bezpośrednim udzielaniu zamówień podmiotom wewnętrznym) nie stosuje się, jeżeli powierzenie wykonywania zadania z zakresu lokalnego transportu

zbiorowego ma nastąpić w trybie przepisów o zamówieniach publicznych. Kiedy w takim razie znajdują one zastosowanie? Otóż tylko w razie powierzenia zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w trybie przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Jest to pogląd powszechnie od wielu lat prezentowany zarówno w polskiej, jak i w angielskiej literaturze. Prawdopodobnie powyższej interpretacji potwierdzają najnowsze wyroki TSUE: z 21 marca 2019 r. w połączonych sprawach o sygnaturach C-266/17 i C-267/17 oraz w wyroku z 8 maja 2019 r. w sprawie o sygnaturze C-253/18. W obu sprawach TSUE orzekł, że: „artykuł 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie ma on zastosowania do bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu autobusowego, które nie mają formy umów koncesji”.

Koncesja na roboty budowlane lub usługi jest uregulowana w ustawie z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1528; dalej: u.k.r.b.u.). Artykuł 3 ust. 3 u.k.r.b.u. wskazuje, że:

**„koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą”.**

Na tym właśnie polega umowa koncesji, że koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z opłacalnością działalności. Z kolei art. 3 ust. 4 u.k.r.b.u. mówi:

**„przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahaniami rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne”.**

W praktyce oznacza to, że przewoźnik-koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne wtedy, gdy emituje bilety. Komisja Europejska uznała jednak, że nie dzieje się tak wtedy, gdy wpływy ze sprzedaży biletów pasażerom nie są wystarczające do utrzymania świadczenia usług przewozowych, bo znacząca część przychodów przewoźnika pochodzi z dotacji władzy publicznej. W praktyce oznacza to, że jeżeli dotacja organizatora (która jest pewna) pokrywa ponad połowę kosztów funkcjonowania komunikacji, a niepewne wpływy ze sprzedaży biletów mniej niż połowę – to w takiej sytuacji z powodu braku ryzyka nie mamy do czynienia z koncesją.

**WAŻNE:** Definicji podmiotu wewnętrznego w rozumieniu art. 2 lit. j rozporządzenia 1370/2007 nie należy stosować, jeżeli organizator publicznego transportu zbiorowego nie zamierza zawrzeć umowy koncesji na usługi, w której to przewoźnik będzie ponosił ryzyko ekonomiczne związane z wykonywaniem usług. Takiego ryzyka nie ponosi operator, który pokrywa koszty świadczenia usług w większości z dotacji władzy publicznej, ponieważ wpływy ze sprzedaży biletów nie przekraczają 50 proc.

## BEZPOŚREDNIE ZAWIERANIE UMÓW Z PODMIOTEM WEWNĘTRZNYM

### WARUNKI UZNANIA SPÓŁKI KOMUNALNEJ ZA PODMIOT WEWNĘTRZNY

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”.

Przytoczony przepis wskazuje więc na dwie przesłanki, które musi spełnić jednostka, by można było uznać ją za podmiot wewnętrzny. Są to odrębność prawna oraz podleganie kontroli właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami (w przypadku grupy organów podleganie kontroli przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego). W praktyce kwestia spełnienia pierwszej z powyższych przesłanek nie budzi wątpliwości. Odrębność prawna oznacza bowiem, że jednostka ma własną osobowość prawną.

Definicja podmiotu wewnętrznego zamieszczona w art. 2 lit. j rozporządzenia 1370/2007 nie wymienia jednak wszystkich przesłanek, które muszą być spełnione, by spółka komunalna mogła zostać uznana za podmiot wewnętrzny. Uzupełnia to art. 5 ust. 2 rozporządzenia. Czytamy w nim, że:

„o ile nie zabrania tego prawo krajowe, każdy właściwy organ lokalny - bez względu na to, czy jest to pojedynczy organ czy grupa organów 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 umowy o świadczenie usług publicznych odrębnej prawnie jednostce, nad którą ten właściwy organ lokalny lub - w przypadku grupy organów - co najmniej jeden właściwy organ lokalny sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką organ ten sprawuje nad swoimi własnymi działaniami”.

Przepis ten umożliwia bezpośrednie zawarcie umowy z wybranym przez zamawiającego podmiotem wewnętrznym, o ile są spełnione warunki określone tym przepisem, a zarazem możliwiość ta nie jest wyłączona przez prawo krajowe. Dodatkowo należy wskazać, że podmiotem udzielającym zamówienia podmiotowi wewnętrznemu może być także „grupa organów lokalnych”, czyli grupa gmin (związek międzygminny). W takim przypadku wystarczające jest, by przynajmniej jeden z organów lokalnych sprawował nad podmiotem wewnętrznym kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007:

„w przypadku podjęcia takiej decyzji przez właściwy organ lokalny zastosowanie mają następujące przepisy:

a) w celu stwierdzenia, czy właściwy organ lokalny sprawuje taką kontrolę, bierze się pod uwagę takie elementy, jak stopień reprezentowania w organach administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych, stosowne postanowienia w statutach, struktura własnościowa, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania oraz sprawowanie nad nimi skutecznej kontroli. Zgodnie z prawem wspólnotowym posiadanie przez właściwy organ publiczny pełnej własności, w szczególności w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, nie jest niezbędnym wymogiem sprawowania kontroli w rozumieniu niniejszego ustępu, o ile istnieje przewa-

ga wpływu publicznego i sprawowanie kontroli można stwierdzić na podstawie innych kryteriów;

b) niniejszy ustęp może być stosowany pod warunkiem, że podmiot wewnętrzny i każda jednostka znajdująca się pod najmniejszym nawet wpływem tego podmiotu realizują 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 właściwych organów lokalnych - i że nie biorą udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium tego właściwego organu lokalnego;

c) niezależnie od lit. b) podmiot wewnętrzny 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, by usługi w zakresie transportu pasażerskiego świadczone przez dany podmiot wewnętrzny zostały zlecone w drodze przetargu zapewniającego uczciwą konkurencję, oraz że ten podmiot wewnętrzny nie zawarł żadnej innej umowy w rezultacie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych;

d) w przypadku braku właściwego organu lokalnego, lit. a), b) i c) mają zastosowanie do organu krajowego właściwego miejscowo na obszarze nieobejmującym całego kraju, pod warunkiem że podmiot wewnętrzny nie bierze udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego organizowanych poza terytorium, którego dotyczy umowa o świadczenie usług publicznych;

e) jeżeli rozważane jest podwykonawstwo zgodnie z art. 4 ust. 7, podmiot wewnętrzny ma obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego”.

Lektura tego przepisu w związku z art. 2 lit. j prowadzi do wniosku, że aby zostać uznaną za podmiot wewnętrzny, spółka komunalna musi spełniać następujące warunki:

- 1) być osobą prawną odrębną od organizatora publicznego transportu zbiorowego (ta przesłanka zawsze będzie spełniona, jeżeli wykonawcą transportu nie jest samorządowy zakład budżetowy organizatora - zob. art. 19 ust. 2 u.p.t.z.);
- 2) podlegać kontroli organizatora analogicznej do kontroli, jaką organizator sprawuje nad własnymi służbami;
- 3) realizować swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego wyłącznie na obszarze działania właściwego organizatora - niezależnie od tego, że niektóre linie mogą wchodzić na terytorium sąsiednich gmin (wymóg z art. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia 1370/2007); oznacza to, że co do zasady wszystkie linie transportowe (kolejowe, autobusowe, tramwajowe i in.) muszą przebiegać przez obszar właściwego organu lokalnego i tylko częściowo mogą wykraczać na terytorium sąsiednich organów; jeżeli któraś z linii w ogóle nie będzie przebiegała przez przedmiotowy obszar albo przebiegając, będzie wkraczała na terytorium innych, niesąsiednich organów lokalnych, to takiemu podmiotowi organ nie będzie mógł bezpośrednio udzielić zamówienia;

## PUBLICZNY TRANSPORT ZBIOROWY

- 4) nie może brać udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium właściwego organizatora (wymóg z art. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia); 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, by usługi w zakresie transportu pasażerskiego świadczone przez dany podmiot wewnętrzny zostały zlecone w drodze przetargu zapewniającego uczciwą konkurencję, oraz że ten podmiot wewnętrzny nie zawarł żadnej innej umowy w rezultacie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych;
- 5) w przypadku korzystania z podwykonawców spółka komunalna ma obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego (wymóg z art. 5 ust. 2 lit. e rozporządzenia).

Odnosnie do powyższego pkt 3 warto zwrócić uwagę, że Komisja Europejska w komunikacie w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (Dz.Urz. UE z 2014 r. C 92, s. 1) podkreśliła:

**„przepis ten zapewnia pewien stopień elastyczności w odniesieniu do transportu między regionami sąsiadującymi. Podmioty wewnętrzne mogą zatem do pewnego stopnia świadczyć usługi poza obszarem działania właściwego organu lokalnego. W celu oceny, czy usługi w ramach umowy o świadczenie usług publicznych są zgodne z tym przepisem, należy wziąć pod uwagę, czy zapewniają one połączenie między obszarem działania przedmiotowego organu a obszarem sąsiadującym i czy stanowią one element składowy, nie zaś główny cel działalności w zakresie transportu publicznego będącej przedmiotem umowy o świadczenie usług publicznych. Komisja dokona oceny tego, czy dana działalność w zakresie transportu publicznego ma charakter drugorzędny, poprzez porównanie liczby kilometrów przebytych przez pojazd lub pociąg z całkowitą skalą działalności w zakresie transportu publicznego objętej umową lub umowami z podmiotem wewnętrznym”.**

Odnosnie do pkt 4 należy zauważyć, że rozporządzenie mówi o samym „braniu udziału w przetargu”, a nie o jego wygrywaniu. Oznacza to więc, że już samo złożenie oferty w procedurze przetargowej będzie wiązało się z niespełnieniem omawianego kryterium. Komisja Europejska wyjaśniła, że warunek ten należy rozumieć w ten sposób, iż podmiot wewnętrzny lub jednostka znajdująca się pod jego wpływem nie są uprawnione do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego również jako podwykonawca. Nie powinny też brać udziału w procedurach przetargowych poza terytorium właściwego dla nich organu, zarówno w granicach Unii, jak i, ze względu na możliwy pośredni wpływ na rynek wewnętrzny, poza tymi granicami.

W Komunikacie Komisji Europejskiej wskazuje się ponadto (co odnosi się do powyższego pkt 5):

**„zlecenie w ramach podwykonawstwa ponad jednej trzeciej usług transportu publicznego wymaga mocnego**

**uzasadnienia, w szczególności w świetle przytoczonych powyżej celów określonych w art. 5 ust. 2 lit. e). Zazwyczaj wymiar takich usług transportowych wyrażony jest w odniesieniu do ich wartości. W każdym przypadku podmioty wewnętrzne zlecające usługi w ramach podwykonawstwa zobowiązane są do przestrzegania odpowiednich przepisów w zakresie zamówień publicznych. Ponadto rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 nie wyklucza sytuacji, w której umowa o świadczenie usług publicznych określa minimalny procent usług transportowych, w odniesieniu do ich wartości, które mają zostać zleczone podwykonawcom przez podmiot zawierający taką umowę. Umowa może zawierać takie postanowienia, o ile nie naruszają one przepisów wzmiankowanego rozporządzenia, zwłaszcza tych dotyczących maksymalnej części umowy o świadczenie usług publicznych, której wykonanie może zostać zleczone podwykonawcom”.**

Uwaga! Powyższe zasady udzielenia zamówień podmiotom wewnętrznym będą miały zastosowanie w zakresie transportu autobusowego, trolejbusowego lub tramwajowego tylko wtedy, gdy umowa będzie miała charakter koncesji na usługi z ryzykiem po stronie operatora.

### PRZEPISY PRZEJŚCIOWE

Artykuł 8 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007 został zmieniony przez pakiet kolejowy, czyli art. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z 14 grudnia 2016 r. (Dz.Urz. UE z 2016 r. L 354, s. 22). Zmiana obowiązuje od 24 grudnia 2017 r.

Zgodnie ze zmienionym art. 8 ust. 2:

**„Bez uszczerbku dla ust. 3:**

(i) art. 5 ma zastosowanie do udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie drogowego transportu pasażerskiego oraz transportu pasażerskiego prowadzonego innymi niż kolej rodzajami transportu szynowego, takimi jak metro lub tramwaje, od dnia 3 grudnia 2019 r.;

(ii) art. 5 ma zastosowanie do usług publicznych w zakresie kolejowego transportu pasażerskiego od dnia 3 grudnia 2019 r.;

(iii) art. 5 ust. 6 i art. 7 ust. 3 przestają mieć zastosowanie od dnia 25 grudnia 2023 r.

Okres obowiązywania umów zawieranych zgodnie z art. 5 ust. 6 między dniem 3 grudnia 2019 r. a dniem 24 grudnia 2023 r. nie może przekraczać 10 lat.

Do dnia 2 grudnia 2019 r. państwa członkowskie podejmą środki mające na celu stopniowe osiągnięcie zgodności z art. 5 w celu uniknięcia poważnych problemów strukturalnych, zwłaszcza związanych ze zdolnością przepustową w transporcie.

W okresie sześciu miesięcy po dniu 25 grudnia 2020 r. państwa członkowskie prześlą Komisji sprawozdanie z postępów, ze szczególnym uwzględnieniem wdrażania udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych zgodnych z art. 5. Na podstawie sprawozdań z postępów przekazanych przez państwa członkowskie Komisja przeprowadza przegląd oraz, w stosownych przypadkach, przedstawia wnioski ustawodawcze”.

Powyższy przepis przejściowy prowadzi więc do wniosku, że co do zasady art. 5 w transporcie drogowym będzie obowiązywał od 3 grudnia 2019 r. Ale jest wyjątek, ponieważ na początku art. 8 ust. 2 znajduje się zwrot:

## BEZPOŚREDNIE ZAWIERANIE UMÓW Z PODMIOTEM WENĘTRZNYM

„bez uszczerbku dla ust. 3”. Oznacza to, że wynikające z ust. 3 ograniczenia zastosowania wyjątków wymienionych w ust. 2 mają pierwszeństwo przed zasadami określonymi w ust. 2.

Zgodnie z ust. 3 rozporządzenia 1370:

„Przy stosowaniu ust. 2 nie uwzględnia się zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielonych zgodnie z prawem wspólnotowym i prawem krajowym:

a) przed dniem 26 lipca 2000 r. na podstawie procedury przetargowej zapewniającej uczciwą konkurencję;

b) przed dniem 26 lipca 2000 r. na podstawie procedury innej niż procedura przetargowa zapewniająca uczciwą konkurencję;

c) po dniu 26 lipca 2000 r. i przed dniem 3 grudnia 2009 r. na podstawie procedury przetargowej zapewniającej uczciwą konkurencję;

d) od dnia 26 lipca 2000 r. i przed dniem 24 grudnia 2017 r. na podstawie procedury innej niż procedura przetargowa zapewniająca uczciwą konkurencję.

Umowy, o których mowa w lit. a), mogą obowiązywać do czasu ich wygaśnięcia. Umowy, o których mowa w lit. b) i c), mogą obowiązywać do czasu ich wygaśnięcia, lecz nie dłużej niż przez okres 30 lat. Umowy, o których mowa w lit. d), mogą obowiązywać aż do ich wygaśnięcia, o ile zawarte są na czas określony porównywalny z okresami obowiązywania określonymi w art. 4.

Umowy o świadczenie usług publicznych mogą obowiązywać aż do wygaśnięcia, jeżeli ich rozwiązanie pociągnęłoby za sobą niepożądane skutki prawne lub gospodarcze i o ile Komisja wyraziła na to zgodę”.

Wyjątek z ust. 3d od przepisu przejściowego zawartego w ust. 2 tego artykułu oznacza, że przepisu ust. 2 wydłużającego do 3 grudnia 2019 r. termin stosowania art. 5 rozporządzenia 1370/2007 nie wolno stosować do umów zawartych w okresie od 26 lipca 2000 r. i przed 24 grudnia 2017 r. na podstawie procedury innej niż procedura przetargowa zapewniająca uczciwą konkurencję. Wydłużenie terminu do 3 grudnia 2019 r. nie dotyczy więc umów zawartych bezpośrednio z podmiotami wewnętrznymi, na małe przewozy albo z małymi przewoźnikami, w sytuacji zakłócenia. Nie dotyczy też umów zawartych z wolnej ręki w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, ponieważ są to procedury niezapewniające uczciwej konkurencji. A skoro w tych sytuacjach termin nie został wydłużony, to znaczy, że nie było podstaw do zawierania z wolnej ręki, a więc w trybie niekonkurencyjnym, umów z podmiotami wewnętrznymi przewidujących rozliczenia według rzeczywiście wykonanych wozokilometrów, które nie miały formy koncesji na usługi.

### 2. Podmiot wewnętrzny w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 obowiązującego obecnie p.z.p.

Jak wyżej wskazano, jeśli mamy do czynienia z umowami, które stanowią zamówienie publiczne, to w przypadku transportu autobusowego lub tramwajowego co do zasady stosuje się procedurę zawierania umów określoną w p.z.p., chyba że umowa ta przybiera formę koncesji na usługi z ryzykiem opłacalności po stronie operatora. Co do zasady należy więc domyślnie stosować definicję podmiotu wewnętrznego

w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12-14 p.z.p. zawsze wtedy, gdy umowa zawarta z operatorem nie ma charakteru koncesji na usługi. TSUE w wyroku z 10 listopada 2011 r. (sygn. C-348/10 w sprawie Norma-A SIA, Dekom SIA v. Latgales plānošanas reģions) orzekł, że „jeżeli przewoźnikowi przysługuje prawo do rekompensaty z tytułu ewentualnych strat, to nie przejmuje on ryzyka gospodarczego”. Umowa przewidująca rozliczenie według faktycznie wykonanych wozokilometrów nie jest bowiem umową koncesji na usługi.

### WŁAŚCIWY MOMENT NA OCENĘ

Przepisy obecnie obowiązującego p.z.p. milczą w kwestii momentu właściwego do dokonania oceny, czy spółka komunalna spełnia przesłanki podmiotu wewnętrznego. W tej sytuacji należy przyjąć, że taka ocena powinna być dokonana według stanu istniejącego w chwili zawarcia umowy ze spółką komunalną. Skoro w obowiązującym obecnie stanie prawnym nie ma przepisu nakazującego spełnianie przesłanek warunkujących uznanie spółki komunalnej za podmiot wewnętrzny przez cały okres obowiązywania umowy zawartej z podmiotem wewnętrznym, to znaczy, że spółka komunalna nie traci statusu podmiotu wewnętrznego, nawet jeżeli w trakcie obowiązywania umowy przestanie spełniać przesłanki warunkujące uznanie jej za podmiot wewnętrzny. Jest to konsekwencją zasady pacta sunt servanda (czyli: umów należy przestrzegać). Jeżeli w treści umowy zawartej z wolnej ręki utrata statusu podmiotu wewnętrznego w trakcie obowiązywania umowy nie została wskazana jako przesłanka rozwiązania takiej umowy ani jej wypowiedzenia, to organizator nie ma podstaw ani do rozwiązania, ani do wypowiedzenia umowy zawartej z wolnej ręki ze spółką komunalną, która już po zawarciu umowy utraciła status podmiotu wewnętrznego.

Jednak ta sytuacja ulegnie zmianie od 1 stycznia 2021 r. Zgodnie bowiem z art. 214 ust. 4 nowego p.z.p.:

**„Istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2”.**

Powyższy przepis oznacza, że począwszy od 1 stycznia 2021 r., spółka komunalna będzie musiała spełniać przesłanki podmiotu wewnętrznego przez cały czas obowiązywania umowy.

**WAŻNE** : Spółka komunalna nie traci statusu podmiotu wewnętrznego, nawet jeżeli w trakcie obowiązywania umowy przestanie spełniać przesłanki warunkujące uznanie jej za takowy.

### WARUNKI DO SPEŁNIENIA

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p.:

**„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:**

## PUBLICZNY TRANSPORT ZBIOROWY

- 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”.

Wynika z tego, że spółka komunalna musi łącznie spełniać trzy przesłanki, by mogła być uznana za podmiot wewnętrzny w rozumieniu p.z.p.:

- 1) zamawiający musi sprawować nad nią kontrolę jak nad własnymi służbami,
- 2) ponad 90 proc. działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę,
- 3) w spółce nie może być kapitału prywatnego.

Zasady obliczenia procentu działalności, które należy interpretować w świetle dyrektywy 2014/24/UE, określone zostały w art. 67 ust. 8 i 9 p.z.p. Zgodnie z art. 67 ust. 8 do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b (a także pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c), uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

### 3. Podmiot wewnętrzny w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 nowego p.z.p.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 nowego p.z.p.:

„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności (...)

1) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 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”.

Przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 nowego p.z.p. różnią się bardzo nieznacznie od przesłanek określonych

### Tabela. Różnice w definicji podmiotu wewnętrznego

Rozporządzenie 1370/2007 – koncesja na usługi	Prawo zamówień publicznych – wozokilometry
Kontrola jak nad własnymi służbami wyłącznie bezpośrednia (nie holding)	Kontrola jak nad własnymi służbami może być pośrednia
Możliwy udział kapitału prywatnego nawet do 74 proc. przy potrójnym uprzywilejowaniu głosów gminy	Niedopuszczalny udział kapitału prywatnego (zasada)
Ograniczenie do obszaru działania macierzystej gminy i zakaz udziału w przetargach	Do 10 proc. przychodu może pochodzić z działalności ubocznej. Brak zakazu udziału w przetargach
Obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej (minimum 66 proc.) części usług	Ponad 90 proc. przychodów powinno pochodzić z wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę

w obowiązującym p.z.p. Mianowicie według jego art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b zadania muszą być powierzone przez „instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą”. Tymczasem według art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b nowego p.z.p. muszą być one powierzone przez „zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a”. Jest to zmiana merytoryczna, a nie tylko semantyczna. Obecny przepis oznacza bowiem w istocie, że kontrola może być zarówno bezpośrednia („przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę”), jak i pośrednia („przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą”). Nowy przepis idzie dalej, ponieważ nie tylko dopuszcza kontrolę pośrednią, taka jak w strukturze holdingowej (czyli zamawiające miasto kontroluje spółkę matkę, a spółka matka kontroluje spółkę córkę, która jest operatorem), lecz także inne przypadki kontroli nad własnymi służbami, np. przez „grupe organów” (o tym szerzej w dalszej części tekstu).

### 4. Porównanie przesłanek

Przesłanki udzielenia zamówienia podmiotowi wewnętrznemu z p.z.p. częściowo pokrywają się z tymi określonymi w rozporządzeniu 1370/2007, przy czym należy wskazać na następujące różnice:

- w rozporządzeniu 1370/2007 dokładniej doprecyzowano, co należy rozumieć przez sprawowanie przez instytucję zamawiającą „kontroli podobnej do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami”;
- zgodnie z dyrektywą sektorową udział kapitału prywatnego jest możliwy tylko wtedy, gdy ma charakter niekontrolujący i nieblokujący, a wpływ ten jest wymagany na mocy krajowych przepisów ustawowych; co do zasady w podmiocie wewnętrznym nie powinno być udziału kapitału prywatnego, choć rozporządzenie 1370/2007 takich ograniczeń nie wprowadza;
- z art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 214 ust. 1 pkt 11 nowego p.z.p. wyraźnie wynika, że więcej niż 90 proc. działalności podmiotu wewnętrznego powinno być prowadzone w ramach powierzonych jej zadań przez zamawiającego; w rozporządzeniu 1370/2007 wymaga się z kolei, by pod-

## BEZPOŚREDNIE ZAWIERANIE UMÓW Z PODMIOTEM WENĘTRZNYM

miot wewnętrzny realizował swoje zadania na obszarze działania zamawiającego z wyjątkiem dopuszczalności wychodzenia pewnych linii na obszar sąsiednich gmin, nie ma natomiast wymogu procentowego;

- ani przepisy obowiązującego obecnie p.z.p., ani nowego p.z.p. nie zakazują podmiotowi wewnętrznemu brania udziału w przetargach; istotne jest tylko dopełnienie wymogu w zakresie 90 proc. obrotu;
- ani przepisy obowiązującego obecnie p.z.p., ani nowego p.z.p. nie regulują kwestii podwykonawstwa zadań zleconych podmiotowi wewnętrznemu.

### 5. Kontrola nad własnymi służbami

W obydwu definicjach podmiotu wewnętrznego występuje przesłanka kontroli jak nad własnymi służbami.

#### WEDŁUG ROZPORZĄDZENIA 1370/2007

- I. WYMOGI WSKAZANE WPROST W ART. 5 UST. 2 LIT. a
1. Należy zbadać, czy organ lokalny jest reprezentowany w organach danej jednostki, a jeśli tak, to w jakim stopniu (czy ma decydujący wpływ na wybór większości członków).
  2. Konieczna jest analiza struktury własnościowej takiego podmiotu. Rozporządzenie nie wymaga, co prawda, żeby organ lokalny był jego jedynym właścicielem (brak wymogu posiadania 100 proc. udziałów), jednak w przypadku braku pełnej własności przewagę wpływu publicznego i sprawowanie kontroli trzeba stwierdzić na podstawie innych kryteriów.
  3. Należy ocenić wpływ organu lokalnego na decyzje strategiczne i indywidualne. W praktyce to kryterium wymaga, by organ lokalny miał decydujące zdanie w istotnych kwestiach dotyczących działania jednostki.
  4. Organ lokalny musi sprawować nad podmiotem wewnętrznym skuteczną kontrolę. Wydaje się, że przez skuteczną kontrolę należy rozumieć sprawowanie nadzoru nad podmiotem, co oznacza zarówno kontrolę, jak i możliwość władczego oddziaływania. Organ lokalny musi mieć możliwość nie tylko weryfikowania jego działalności, lecz także ingerowania w sposób jego funkcjonowania, szczególnie w razie dostrzeżenia jakichkolwiek nieprawidłowości.

II. KRYTERIA Z KOMUNIKATU KOMISJI EUROPEJSKIEJ KE wskazuje, że ocena kontroli musi opierać się na wszystkich kryteriach – właściwych zarówno dla przepisów krajowych (np. regulujących funkcjonowanie spółek handlowych), jak i wszelkich wewnętrznych uregulowań, które kształtują stosunki danej osoby prawnej (np. umowa spółki, akt założycielski). Należy mieć także na uwadze faktyczny sposób działania podmiotu, gdyż może on odbiegać od regulacji zawartych w wymienionych dokumentach.

#### III. BRAK WYMOGU POSIADANIA 100 PROC. UDZIAŁÓW PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

Artykuł 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1370/2007 wyraźnie stanowi, że nie jest konieczne posiadanie pełnej własności, by można było uznać, że organ lokalny sprawuje „analogiczną kontrolę jak nad własnymi służbami”.

#### IV. NIEDOPUSZCZALNOŚĆ KONTROLI POŚREDNIEJ (WYMÓG BEZPOŚREDNIOŚCI)

Istotne wskazówki, jak interpretować pojęcie „kontroli jak nad własnymi służbami”, znajdujemy w uzasadnieniu wyroku TSUE z 11 maja 2006 r. w sprawie o sygn. C-340/04. Trybunał stwierdził, że kontrola jak nad własnymi służbami musi być kontrolą bezpośrednią, bo jakiegokolwiek pośrednictwo może osłabić kontrolę sprawowaną przez zamawiającego nad spółką komunalną. Czyli wymóg kontroli jak nad własnymi służbami jest spełniony zarówno wtedy, gdy kontrolę sprawuje gmina powierzająca drugiej gminie wykonywanie zadania lokalnego transportu zbiorowego (przy czym organizator nie ma ani jednego udziału tej spółki komunalnej), jak i wówczas, gdy gmina, która sprawuje kontrolę, jest członkiem związku komunalnego albo związku metropolitalnego, który jest organizatorem usług. Także tu związek nie musi mieć ani jednego udziału tej spółki komunalnej.

**WAŻNE :** Jeśli podmiot wewnętrzny jest wspólnym podmiotem kilku jednostek samorządu terytorialnego, nad którym jednostki te sprawują (wspólną) kontrolę analogiczną do kontroli, jaką mają nad własnymi służbami, przez terytorium, o którym mowa w art. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia 1370/2007, należy rozumieć terytorium każdej z tych jednostek.

#### WEDŁUG PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zgodnie z art. 28 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, tzw. sektorowej (Dz.Urz. UE z 2014 r. L 94, s. 243):

**„uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Taką kontrolę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą”.**

Zgodnie z art. 167 ust. 1 pkt 12 lit. a p.z.p.:

**„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.”**

Artykuł 28 ust. 1 dyrektywy sektorowej doprecyzowuje warunki dotyczące sprawowania kontroli w sposób analogiczny do kontroli nad własnymi jednostkami. Przesłanka kontroli jest spełniona, gdy zamawiający wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Co więcej, nie musi tego wpływu wywierać wprost, gdyż może to czynić pośrednio przez inną osobę prawną, która sama podlega takiej kontroli ze strony zamawiającego. Przesłanka kontroli nad własnymi służbami w rozumieniu p.z.p. jest więc sformułowana bardzo podobnie, jak w rozporządze-

## PUBLICZNY TRANSPORT ZBIOROWY

niu 1370/2007, z tym, że dyrektywa sektorowa w art. 28 ust. 1 wyraźnie dopuszcza kontrolę pośrednią.

### 6. Zamówienia z wolnej ręki

Sam status podmiotu wewnętrznego nie jest wystarczający, by organizator mógł udzielić spółce komunalnej będącej podmiotem wewnętrznym zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Zamówienia na obsługę sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego są zamówieniami sektorowymi (wniosek z art. 132 ust. 1 pkt 5 obecnie obowiązującego p.z.p.). Wyjaśniała to Aleksandra Sołtysińska w komentarzu do art. 11 dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (w: „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. III, Wolters Kluwer, Warszawa 2016). Jej zdaniem „artykuł 11 dyrektywy 2014/25/UE wprowadza domniemanie istnienia sieci świadczących usługi w zakresie transportu, jeżeli dana usługa jest świadczona zgodnie z warunkami określonymi przez kompetentny organ państwa członkowskiego – takimi jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usługi”.

Poprawność tezy, że zamówienia na obsługę sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego są zamówieniami sektorowymi, potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r. w sprawie 678/17, w której KIO przesądziła, że ZTM w Warszawie udziela zamówień sektorowych. Także zgodnie z art. 5 ust. 4 pkt 4 nowego p.z.p.: „działalnością sektorową w zakresie usług transportowych jest działalność polegająca na udostępnianiu lub obsłudze sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, autobusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych”.

W tym kontekście trzeba przypomnieć, że zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 1 p.z.p. zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1–4 i 7–9 p.z.p. Brzmienie tych przepisów jest następujące:

„1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

1a) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;

1b) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;

2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;

3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

4) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

7) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;

8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 622, 685 i 771), w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego”.

Przywołany przepis jest przepisem szczególnym względem art. 67 ust. 1 pkt 12 i jako przepis szczególny winien być zastosowany w pierwszej kolejności.

Z art. 134 ust. 6 p.z.p. wynika, że przy udzielaniu zamówień sektorowych tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany tylko w sytuacjach wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 1–4 oraz pkt 7–9 p.z.p., czyli gdy art. 134 ust. 6 p.z.p. nie odsyła do art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Brak takiego odesłania oznacza, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym zamówienia sektorowego nie wolno udzielać z wolnej ręki podmiotowi wewnętrznemu.

Jeśli zaś chodzi o regulacje zawarte w nowym p.z.p., to (art. 338 pkt 1) zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1–6 i 9–14. Nie ma więc wątpliwości, że w stanie prawnym, jaki będzie obowiązywał od 1 stycznia 2021 r., udzielania zamówienia sektorowego z wolnej ręki podmiotowi wewnętrznemu będzie dozwolone. ©