

ISSN 1425-5708

kwartalnik

# Komunikacja

publiczna

WYDANIE SPECJALNE

nr 1/2014-2015



**Dwa wymiary  
seminarium  
– podwójne korzyści**

**Jak  
to robimy  
w Warszawie**

**Zagraniczne  
sposoby  
na komunikację**



„**B**ezpośrednie udzielenie zamówienia” oznacza udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych danemu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne z pominięciem procedury przetargowej<sup>1</sup>.



# Bezpośrednie udzielenie zamówienia w świetle przepisów



**JĘDRZEJ KLATKA**  
Radca prawny KZK GOP,  
Kancelaria Radców Prawnych  
Klatka i Partnerzy

## *Rozporządzenia 1370*

Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych udzielane bezpośrednio powinny podlegać wymogowi zwiększonej przejrzystości<sup>2</sup>.

Przetarg jest zasadą, zaś bezpośrednie udzielenie zamówienia jest wyjątkiem od zasady. Wynika to z art. 5 ust. 3 *Rozporządzenia 1370*: właściwe organy, które zlecają świadczenie usług osobie trzeciej niebędącej podmiotem wewnętrznym, **udzielają zamówień prowadzących do zawarcia umów**

*o świadczenie usług publicznych w drodze przetargu, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 4, 5 i 6<sup>3</sup>.*

### **Rodzaje bezpośredniego zawarcia umowy**

Rodzaje bezpośredniego zawarcia umowy są następujące:

- bezpośrednie zawarcie umowy z podmiotem wewnętrznym;



Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego może przyjąć dwie formy:  
 kontraktu brutto z płatnością za każdy wykonany wozokilometr, bez ryzyka po stronie operatora;  
 kontraktu netto w formie koncesji na usługi, z ryzykiem po stronie operatora

- bezpośrednie zawarcie umowy na małe przewozy;
- bezpośrednie zawarcie umowy z małym przewoźnikiem;
- bezpośrednie zawarcie umowy w razie zakłócenia w świadczeniu usług;
- bezpośrednie zawarcie umowy w zakresie transportu kolejowego.

Bezpośrednie zawarcie umowy z **podmiotem wewnętrznym** dopuszcza art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 1370. Zgodnie z tym przepisem: *o ile nie zabrania tego prawo krajowe, każdy właściwy organ lokalny – bez względu na to, czy jest to organ pojedynczy 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 będzie bezpośrednio udzielać zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z podmiotem wewnętrznym<sup>4</sup>.*

Bezpośrednie zawarcie umowy **na małe przewozy** dopuszcza art. 5 ust. 4 zd. 1 Rozporządzenia 1370. Zgodnie z tym przepisem: *o ile nie zabrania tego prawo krajowe, właściwe organy mogą podjąć decyzję o bezpośrednim udzieleniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, których średnia wartość roczna szacowana jest na mniej niż 1.000.000 EUR lub które dotyczą świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300.000 kilometrów rocznie.*

Bezpośrednie zawarcie umowy z **małym przewoźnikiem** dopuszcza art. 5 ust. 4 zd. 2 Rozporządzenia

1370. Zgodnie z tym przepisem: *jeżeli udzielone bezpośrednio zamówienie prowadzące do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych dotyczy małego lub średniego przedsiębiorstwa eksploatującego nie więcej niż 23 pojazdy, progi te mogą zostać podwyższone do średniej wartości rocznej szacowanej na nie więcej niż 2.000.000 EUR lub świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 600.000 kilometrów rocznie.*

Bezpośrednie zawarcie umowy w **razie zakłócenia w świadczeniu usług lub bezpośredniego ryzyka powstania takiej sytuacji** dopuszcza art. 5 ust. 5 Rozporządzenia 1370. Zgodnie z tym przepisem: *w przypadku zakłócenia w świadczeniu usług lub bezpośredniego ryzyka powstania takiej sytuacji właściwe organy mogą zastosować środki nadzwyczajne. Środki te obejmują bezpośrednie udzielanie zamówień lub wyrażenie formalnej zgody na przedłużenie umowy o świadczenie usług publicznych lub zobowiązania do świadczenia określonych usług publicznych. Podmiot świadczący usługi publiczne ma prawo odwołania się od decyzji nakładającej zobowiązanie do świadczenia określonych usług publicznych.*

Bezpośrednie zawarcie umowy w **zakresie transportu kolejowego** dopuszcza art. 5 ust. 6 Rozporządzenia 1370. Zgodnie z tym przepisem, *o ile nie zakazuje tego prawo krajowe, właściwe organy mogą podjąć decyzję o bezpośrednim udzielaniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego z wyjątkiem innych rodzajów transportu szynowego, takich jak metro lub tramwaje.*



Istnienie ryzyka związanego z zyskiem przesądza o rodzaju umowy: czy mamy do czynienia z zamówieniem na usługi, czy z koncesją na usługi

### Formy umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego

Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego<sup>5</sup> może przyjąć dwie formy:

- kontraktu brutto, z płatnością za każdy wykonany wozokilometr, bez ryzyka po stronie operatora;
- kontraktu netto w formie koncesji na usługi, z ryzykiem po stronie operatora.

Należy zbadać, czy obydwie formy umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego mogą być zastosowane w przypadku bezpośredniego zawarcia umowy.

W art. 5 ust. 1 *Rozporządzenia 1370* w ostatnim zdaniu czytamy: *w przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE lub 2004/18/WE, przepisy ust. 2-6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania.*

Dyrektywy 2004/17/WE lub 2004/18/WE to dyrektywy o zamówieniach publicznych. Przepis art. 5 ust. 1 *Rozporządzenia 1370* należy więc rozumieć w ten sposób, że **przepisy art. 5 ust. 2-6 *Rozporządzenia 1370* nie mają zastosowania, gdy zamówienia mają zostać udzielone w drodze przetargu.** Przetarg powinien być zasadą, zgodnie z art. 5 ust. 3 *Rozporządzenia 1370*.

Oznacza to, że **zamówienie udzielone bezpośrednio w sytuacjach wymienionych w art. 5 ust. 2, 4, 5 i 6 *Rozporządzenia 1370*** (podmiot wewnętrzny, małe przewozy, mały przewoźnik, zakłócenie w świadczeniu usług i transport kolejowy) **musi przyjąć formę tak zwanego kontraktu netto w formie koncesji na usługi**, z ryzykiem po stronie operatora<sup>6</sup>. Forma kontraktu brutto z płatnością za każdy

wykonany wozokilometr, bez ryzyka po stronie operatora, nie jest dozwolona w tych sytuacjach.

Trzeba więc wskazać, jak odróżnić umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego **w formie koncesji na usługi** (kontrakt netto) od umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w formie zamówienia na usługi z płatnością za każdy wykonany wozokilometr (kontrakt brutto).

W art. 2 pkt 1, 2 i 5 nowej dyrektywy 2014/25/UE w sprawie zamówień publicznych<sup>7</sup> „**zamówienia na usługi**” zdefiniowano jako *umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym podmiotem zamawiającym a co najmniej jednym wykonawcą, których przedmiotem jest świadczenie usług.*

Z kolei w art. 5 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji „**koncesję na usługi**” zdefiniowano jako *umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do korzystania z usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością.* W art. 5 ust. 1 tej dyrektywy określono ponadto, że *udzielenie koncesji na usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie*



ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne.

**Istnienie ryzyka związanego z zyskiem przesądza więc o rodzaju umowy: czy mamy do czynienia z zamówieniem na usługi, czy z koncesją na usługi.** W tym miejscu trzeba wskazać na wniosek płynący ze skargi czeskiej spółki Dopravní Podnik Ústeckego Kraje a.s. na rekompensatę w regionie Ústi nad Labem<sup>8</sup>, gdzie stwierdzono, że operator nie ponosi ryzyka ekonomicznego, gdy większość jego przychodów pochodzi z dotacji władzy publicznej, a mniejsza część z biletów. Oczywiście powyższa interpretacja nie jest wiążąca, ale jeżeliby ją przyjąć, oznaczałoby to, że **modelu koncesji na usługi nie mogą stosować organizatorzy, u których wpływ ze sprzedaży biletów są mniejsze niż 50 procent.** Sprawa ta zakończyła się decyzją Komisji Europejskiej z 25 czerwca 2014 roku (Dz. Urz. UE serii L nr 329/35 z 14 listopada 2014 roku).

## Wnioski

Przepisy Rozporządzenia 1370 zezwalają na bezpośrednie udzielenie zamówienia w pięciu przypadkach: bezpośrednie zawarcie umowy z podmiotem wewnętrznym, na małe przewozy, z małym przewoźnikiem, w razie zakłócenia w świadczeniu usług oraz w zakresie transportu kolejowego. We wszystkich

pięciu wymienionych wyżej sytuacjach należy stosować wyłącznie formę koncesji na usługi, w którym to modelu operator ponosi ryzyko.

Stosowanie modelu zamówienia publicznego z gwarantowanym wynagrodzeniem za wykonane wozokilometry (a więc bez ryzyka operatora) nie jest dozwolone.

Rozwiązania zawarte w art. 22 ust. 4 i ust. 5 polskiej Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (umowa powinna przyjąć formę koncesji na usługi) są więc niezgodne z Rozporządzeniem 1370, z którego wynika, że w tych przypadkach umowa musi przyjąć formę koncesji na usługi. Trzeba zatem dokonać wykładni, że słowo „powinna” występujące w art. 22 ust. 4 i ust. 5 polskiej Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, oznacza obowiązek. Nie wiadomo jedynie, dlaczego polski ustawodawca, zamiast posłużyć się zwrotem *umowa przyjmuje formę koncesji na usługi*, wprowadził zamęt, używając dwuznacznego *powinna*. □

<sup>1</sup> Art. 2h Rozporządzenia 1370.

<sup>2</sup> Punkt 30 Preambuli Rozporządzenia 1370.

<sup>3</sup> Art. 5 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia 1370.

<sup>4</sup> Przesłanki, które muszą być spełnione, aby spółka komunalna mogła być uznana za podmiot wewnętrzny, omówiłem w artykule *Podmiot wewnętrzny – nowe pojęcie w polskim systemie prawnym*, opublikowanym w „Biuletynie Komunikacji Miejskiej” nr 6/2010: <http://www.prawotransportowe.pl/uploads/Podmiot.pdf>.

<sup>5</sup> Art. 4 ust. 2 pkt. 4 Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

<sup>6</sup> Zob. na przykład uchwała Rady Miejskiej w Łazach nr XXXIX/318/10 z 11 czerwca 2010 roku w sprawie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej w zakresie transportu zbiorowego [http://bip.lazy.pl/userfiles/file/Aktualnosci/2013/Przewozy\\_gminne/Uchwa%C5%82a%20XXXI-318-2010.pdf](http://bip.lazy.pl/userfiles/file/Aktualnosci/2013/Przewozy_gminne/Uchwa%C5%82a%20XXXI-318-2010.pdf).

<sup>7</sup> Dz.U. L 94 z 28 marca 2014, str. 65.

<sup>8</sup> Dz.U. Unii Europejskiej serii C z 2008 roku nr 187 poz. 14.

Przepisy Rozporządzenia 1370 zezwalają na bezpośrednie udzielenie zamówienia w pięciu przypadkach: bezpośrednie zawarcie umowy z podmiotem wewnętrznym, na małe przewozy, z małym przewoźnikiem, w razie zakłócenia w świadczeniu usług oraz w zakresie transportu kolejowego.