

Zamówienia in-house – ustalanie progu działalności podmiotu kontrolowanego w świetle wyroku TSUE w sprawie C-692/23 AVR-Afvalverwerking

Przedmiotem sprawy, której dotyczyło odesłanie prejudycjalne, było dokonanie przez Trybunał wykładni art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) w związku z art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE¹ w kontekście przesłanek dopuszczalności bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez instytucje zamawiające (tzw. zamówienie in-house). Wątpliwości sądu odsyłającego powstały w związku z udzieleniem – bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej – zamówienia na zbiórkę i przetwarzanie odpadów podmiotowi będącemu spółką dominującą grupy kapitałowej prowadzącej działalność również na rynku konkurencyjnym. Spór dotyczył w istocie ustalenia, czy przy badaniu spełnienia warunku, zgodnie z którym ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej musi być prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolujące ją instytucje zamawiające, a który zgodnie z art. 12 ust. 5 tej dyrektywy może być określany na podstawie średniego całkowitego obrotu, należy uwzględnić wyłącznie obrót tej osoby prawnej, czy także obrót innych podmiotów należących do tej grupy, w szczególności w oparciu o skonsolidowane sprawozdania finansowe sporządzane zgodnie z art. 22 i 24 dyrektywy 2013/34/UE².

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, ocena spełnienia przesłanki wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz podmiotu kontrolującego powinna uwzględniać wszystkie istotne okoliczności danego przypadku, zarówno o charakterze ilościowym, jak i jakościowym³. W tym zakresie Trybunał podkreślił, że art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2014/24/UE odnosi się do „działalności” kontrolowanej osoby prawnej, a nie wyłącznie do jej formalnej struktury prawnej czy autonomicznego obrotu księgowego. Również art. 12 ust. 5 tej dyrektywy, wskazując jako miernik „średni całkowity obrót”, nie zawęża tej kategorii do obrotu osiąganego przez pojedynczy podmiot w oderwaniu od jego

¹ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65).

² dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy 78/660/EWG i 83/349/EWG (Dz.U. UE L 182 z 29.06.2013, s. 19).

³ por. wyrok z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi*, ECLI:EU:C:2016:935, pkt 31–33

powiązań gospodarczych. Zatem pojęcie działalności powinno być rozumiane w sposób funkcjonalny, z uwzględnieniem rzeczywistego kontekstu gospodarczego, w jakim działa kontrolowana osoba prawna.

Jednocześnie Trybunał odwołał się do motywów 31 i 32 dyrektywy 2014/24/UE, podkreślających konieczność zapobiegania zakłóceniom konkurencji oraz niedopuszczenia do sytuacji, w której możliwość bezpośredniego udzielenia zamówienia prowadziłaby do przyznania nienależnej przewagi podmiotowi funkcjonującemu na rynku. Celem regulacji zawartej w art. 12 ust. 3 tej dyrektywy jest bowiem zapewnienie, aby podmiot korzystający z wyłączenia nie prowadził istotnej działalności na rynku otwartym przy jednoczesnym korzystaniu z uprzywilejowanego dostępu do zamówień publicznych bez zastosowania procedur konkurencyjnych.

Tym samym Trybunał podkreślił, że nieuwzględnianie obrotu spółek zależnych w sytuacji, gdy kontrolowana osoba prawna jest spółką dominującą grupy, umożliwiłoby łatwe obejście warunku 80% poprzez sztuczne wydzielanie działalności rynkowej do podmiotów zależnych, przy jednoczesnym utrzymaniu formalnego spełnienia przesłanki przez spółkę dominującą. Taka wykładnia byłaby sprzeczna zarówno z celem dyrektywy, jak i z zasadą skuteczności prawa Unii, pozwalając na uzależnienie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych od przyjętej struktury organizacyjnej grupy kapitałowej.

Odnosząc się do dyrektywy 2013/34/UE, Trybunał wskazał, że skonsolidowane sprawozdania finansowe mają na celu prezentowanie działalności jednostki dominującej i jej jednostek zależnych jako jednego podmiotu gospodarczego. W konsekwencji, jeżeli kontrolowana osoba prawna sporządza skonsolidowane sprawozdania finansowe na podstawie art. 22 i 24 tej dyrektywy, skonsolidowany obrót może stanowić adekwatną miarę działalności grupy dla celów oceny spełnienia warunku z art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2014/24.

W świetle powyższego Trybunał orzekł, że art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) w związku z art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, iż w sytuacji gdy kontrolowana osoba prawna jest spółką dominującą grupy, przy ustalaniu progu 80% działalności określanego na podstawie kryterium obrotu należy uwzględnić również obrót innych podmiotów należących do tej grupy, w stosownych przypadkach

w oparciu o skonsolidowany obrót sporządzany zgodnie z art. 22 i 24 dyrektywy 2013/34/UE.

Na gruncie prawa krajowego transpozycję art. 12 dyrektywy 2014/24/UE stanowi regulacja zawarta w art. 214 ust. 1 pkt 11–13 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320, z 2025 r. poz. 620, 769, 794, 1165, 1173, 1235), która określa przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia wewnętrznego (in-house) w trybie zamówienia z wolnej ręki. Omawiany wyrok Trybunału ma kluczowe znaczenie w kontekście przesłanki dotyczącej zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej, przewidzianej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp, jak również art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b i pkt 12 lit. b Pzp, zgodnie z którą ponad 90% działalności podmiotu kontrolowanego musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego lub zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Polski ustawodawca, korzystając ze swobody implementacyjnej przewidzianej w dyrektywie, podwyższył próg działalności z 80% do 90%, celem zagwarantowania, że podmiot, któremu udziela się zamówienia bez procedury konkurencyjnej, jest w istocie narzędziem realizacji zadań publicznych, a nie podmiotem, którego działalność wykracza w znaczącym stopniu poza wykonywanie zadań powierzonych przez instytucje zamawiające sprawujące nad nim kontrolę.

Jednocześnie zgodnie z art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp ustalenie procentu działalności następuje co do zasady w oparciu o średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a w razie reorganizacji na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych. Dotychczas w praktyce krajowej analiza ta koncentrowała się zasadniczo na danych finansowych samej kontrolowanej osoby prawnej, traktowanej jako odrębny podmiot prawa handlowego. Wyrok Trybunału doprecyzowuje jednak, że w sytuacji gdy kontrolowana osoba prawna jest spółką dominującą grupy kapitałowej, ustalenie progu działalności nie powinno ograniczać się wyłącznie do jej obrotu jednostkowego, lecz powinno uwzględniać – w stosownych przypadkach – również obrót podmiotów należących do tej grupy, w szczególności w oparciu o skonsolidowane sprawozdania finansowe sporządzane zgodnie z dyrektywą 2013/34/UE. W konsekwencji art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, posługujący się pojęciem średniego przychodu kontrolowanej osoby prawnej, musi być interpretowany zgodnie

z wykładnią przyjętą przez Trybunał, a więc w sposób funkcjonalny, uwzględniający rzeczywisty kontekst gospodarczy, w jakim działa ten podmiot.

Zatem jeżeli kontrolowana osoba prawna sporządza skonsolidowane sprawozdania finansowe jako jednostka dominująca, a działalność rynkowa prowadzona jest przez jej spółki zależne, to przy ocenie spełnienia progu 90% działalności wykonywanej na rzecz zamawiającego należy uwzględnić również działalność tych podmiotów zależnych. Przyjęcie odmiennej interpretacji umożliwiłoby bowiem obejście przepisów art. 214 ustawy Pzp poprzez formalne wydzielenie działalności komercyjnej do spółek zależnych przy zachowaniu pozornie „czystego” profilu działalności po stronie spółki dominującej. Taki mechanizm byłby sprzeczny zarówno z ratio legis wyłączenia in-house przewidzianego w art. 214 ust. 1 pkt 11–13 ustawy Pzp, jak i z zasadą skuteczności prawa Unii oraz zakazem zakłócania konkurencji.

Należy również wskazać, że krajowy ustawodawca przewidział w art. 214 ust. 7 ustawy Pzp szczególny mechanizm przeciwdziałający pozornemu wykazaniu przesłanek zastosowania wyłączenia in-house. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli reorganizacja podmiotu kontrolowanego została przeprowadzona dla pozoru, uznaje się, że podmiot ten nie spełnił wymagania dotyczącego 90% działalności wykonywanej na rzecz zamawiającego. Regulacja ta ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których strony zainteresowane udzieleniem zamówienia w trybie niekonkurencyjnym wykorzystują dopuszczalną swobodę kształtowania struktury organizacyjnej lub zakresu działalności podmiotu kontrolowanego wyłącznie w celu formalnego wykazania spełnienia ustawowych przesłanek. Sama reorganizacja, obejmująca zmianę formy prawnej, struktury grupy czy zakresu działalności, nie jest co do zasady sprzeczna z prawem. Niedopuszczalne jest jednak instrumentalne wykorzystanie reorganizacji w celu pozornego wykazania spełnienia ustawowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki⁴.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że wyrok Trybunału w tej sprawie nie powoduje konieczności zmiany obowiązujących przepisów krajowych w dziedzinie

⁴ Nowak H., Winiarz M. (red.), Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie II., Warszawa 2023, <https://ekomentarzppz.uzp.gov.pl/>, s. 638.

zamówień publicznych. Orzeczenie to ma jednak istotne znaczenie dla wykładni tych przepisów, w szczególności w zakresie sposobu ustalania progu działalności podmiotu kontrolowanego. Ocena ta powinna mieć bowiem charakter funkcjonalny i uwzględniać rzeczywisty kontekst gospodarczy, w jakim działa dany podmiot, co wzmacnia wymóg materialnego, a nie wyłącznie formalnego, spełnienia przesłanek wyłączenia in-house.