

Przegląd wybranych czasopism zagranicznych

Charles M. Clarke, *The CJEU's Evolving Interpretation of 'In-house' Arrangements under the EU Public Procurement Rules: A Functional or Formal Approach?* (Ewolucja interpretacji TSUE w obszarze porozumień typu in-house w ramach unijnego prawa zamówień publicznych: podejście funkcjonalne czy formalne?), „European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, iss. 2, s. 111–125.

Zgodnie z motywem 31 dyrektywy 2014/24/UE asumpt do ustanowienia w ramach tego aktu normatywnego regulacji dotyczących materii zamówień typu in-house dał stan niepewności prawnej dotyczącej tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Pomimo uregulowania materii zamówień typu in-house w ramach dyrektyw zamówieniowych, na podstawie dotychczasowego dorobku orzeczniczego TSUE, wciąż pozostaje ona źródłem licznych wątpliwości. Można wręcz uznać, że samo wprowadzenie do dyrektyw zamówieniowych reguł, które dotychczas funkcjonowały w przestrzeni prawnej w rezultacie ich inkorporowania przez TSUE wydanymi przez ten organ orzeczeniami, stanowi podłoże dodatkowych problemów. Charles M. Clarke, zauważając powyższe, konstatuje, że pomimo iż celem uregulowania materii zamówień typu in-house w ramach dyrektyw zamówieniowych było zapewnienie pewności prawnej, to jednak dalece prawdopodobne jest, że już w nieodległej przyszłości powstanie konieczność dookreślenia przez TSUE normatywnie wskazanych ram udzielania zamówień bez zastosowania regulacji zawartych we wskazanych aktach normatywnych.

Jedną z płaszczyzn, na których pojawiają się niejasności, jest, analizowane przez autora artykułu, zagadnienie stopnia skodyfikowania materii zamówień in-house w ramach dyrektyw zamówieniowych. Konkretyzując, rozważania autora należy uznać za próbę ustalenia stopnia, w jakim formalnoprawne podejście do materii porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami publicznymi umożliwia ocenę podlegania przez nie wyłączeniu spod stosowania reżimu zamówień publicznych, a w konsekwencji ustalenia, czy po wejściu w życie dyrektyw zamówieniowych nadal niezbędne będzie posługiwanie się kryteriami funkcjonalnymi. Autor, zestawiając ze sobą ustanowione przez prawodawcę unijnego regulacje normatywne oraz reguły wynikające z dotychczas wydanych przez TSUE orzeczeń, zmierza do

ustalenia, czy wskazany organ orzeczniczy po wejściu w życie nowych regulacji prawnych będzie interpretował je formalnie czy też funkcjonalnie.

Trzon artykułu stanowi analiza dotychczasowego dorobku orzeczniczego TSUE. Autor, z uwzględnieniem celu czynionych badań, poddaje analizie selektywnie wybrane orzeczenia, stanowiące kamienie milowe w zakresie zamówień in-house. Poczynione przez autora analizy skłaniają go do uznania, że TSUE rozwijał swoje orzecznictwo z uwzględnieniem zmieniających się warunków rynkowych, przyjmując jako zasadniczy cel swojej działalności uniemożliwienie zamawiającym obchodzenia prawa zamówień publicznych przy jednoczesnym uwzględnieniu i poszanowaniu autonomii poszczególnych państw członkowskich w kreowaniu wewnętrznej struktury organizacyjnej. Dotychczas w sposób jednolity dominowało w orzecznictwie TSUE podejście funkcjonalne, pozwalające temu organowi na pewien stopień elastyczności w ustaleniu, czy niezastosowanie regulacji przewidzianych w dyrektywach zamówieniowych nie wpływa negatywnie na konkurencję na rynku, a także czy zastosowany przez zamawiającego, w konkretnej sytuacji faktycznej, mechanizm nie służy obejściu prawa.

Poprzez ustanowienie w ramach dyrektyw zamówieniowych regulacji normatywnych podjęta została próba skodyfikowania (sformalizowania) reguł wypracowanych przez TSUE. Nie nastąpiło to jednak w sposób całościowy. Autor poprzez porównanie reguł wyrażonych przez TSUE z regułami zawartymi w dyrektywach zamówieniowych wykazuje istnienie pomiędzy nimi odmienności (m.in. dotyczących udziału podmiotów prywatnych). Powyższe skłania autora do sformułowania wątpliwości, czy przyjęty sposób kodyfikacji reguł ustanowionych przez TSUE nie wpływa negatywnie na efekty osiągnięte przez TSUE poprzez podejmowaną przez niego działalność orzeczniczą w zakresie zwiększania konkurencyjności rynków zamówień publicznych.

Niezależnie od treści reguł wypracowanych przez TSUE mają one zawsze charakter funkcjonalny. Ustanowione są z uwzględnieniem konkretnych stanów faktycznych, w których orzekał ten organ, przy jednoczesnej próbie nadania im w możliwie największym stopniu walorów uniwersalności. Ustanowione lub doprecyzowane przez TSUE reguły rozdzielające zamówienia typu in-house oraz pozostałe rodzaje zamówień charakteryzują się wystarczającym stopniem uniwersalności, by wykorzystywać je na potrzeby innych, zbliżonych spraw. Podjęte w ten sposób działania nie skutkowały likwidacją wszelkich wątpliwości, czego rezultatem były m.in. kolejne orzeczenia wydane przez TSUE, a dotyczące wskazanej materii. W konsekwencji powstaje wątpliwość, czy sformalizowanie dotychczas wypracowanych przez TSUE reguł pozwoli temu organowi na wyłącznie formalne posługiwanie się zawartymi w dyrektywach zamówieniowych regułami, bez konieczności posługiwania się instrumentami wykładni funkcjonalnej. Autor uważa, że również po sformułowaniu w dyrektywach zamówieniowych regulacji dotyczących zamówień in-house dotychczas prezentowany przez TSUE sposób interpretacji istniejących reguł będzie dominujący i organ ten nie będzie koncentrował się wyłącznie na elementach formalnych, lecz także w sposób szeroki uwzględni aspekty funkcjonalne.

Konrad Różowicz

DOI: 10.14746/spp.2018.3.23.11