

Przegląd wybranych czasopism zagranicznych

Willem A. Janssen, *The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?* (Zinstytucjonalizowane i niezinstytucjonalizowane wyłączenia stosowania unijnego prawa zamówień publicznych: w kierunku uspoźnienia podejścia?), „Utrecht Law Review” 2014, vol. 10, iss. 5, s. 168–186, DOI: <https://doi.org/10.18352/ulr.307>.

Przedmiotem artykułu są granice stosowania unijnych regulacji zawartych w dyrektywach zamówieniowych, określone w sposób negatywny poprzez zinstytucjonalizowane oraz niezinstytucjonalizowane wyłączenia związane z podejmowaniem współpracy o charakterze publiczno-publicznym. Rozważania czynione przez autora wpisują się w ożywioną w ostatnich latach dyskusję dotyczącą zakresu swobody, jaką dysponują i jaką winny dysponować podmioty publiczne w podejmowaniu współpracy, która nie powinna wiązać się ze stosowaniem dyrektyw zamówieniowych (bodźcem do rozważań stała się m.in. kodyfikacja w ramach dyrektyw zamówieniowych instytucji zamówień *in-house*). Autor wskazuje, że asumpt do rozważań dała mu, tocząca się w Holandii m.in. na skutek wzrostu stopnia internalizacji realizacji zadań, dyskusja publiczna dotycząca zakresu władzy dyskrecjonalnej, w jaką wyposażone powinny być podmioty publiczne przy wybieraniu alternatywnych względem siebie sposobów zaspokojenia potrzeb (świadczenia usług publicznych). Wśród tychże konkurencyjnych wariantów mieszczą się: samodzielne realizowanie usług publicznych przez podmioty publiczne (w tym również wraz z innymi podmiotami publicznymi) albo powierzenie ich wykonania podmiotom prywatnym (wybór na zasadzie: zrób albo kup).

W formie rozważań wstępnych autor dokonuje analizy regulacji dyrektywy 2014/24/UE oraz dotychczasowego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), który został przez prawodawcę unijnego wykorzystany przy stanowieniu przepisów wskazanego aktu normatywnego. W.A. Janssen odnotowuje, że kodyfikacja dorobku orzeczniczego TSUE nie jest kompletna i pomija wiele cennych spostrzeżeń dokonanych przez TSUE (spłylenie dorobku tego organu). Z tego względu niezbędne jest wykorzystywanie przy interpretacji wskazanych regulacji dotychczasowego dorobku TSUE, którego przeglądu dokonano w ramach artykułu. Autor konkluduje, że istniejące odmienności pomiędzy ustanowionymi regulacjami a dorobkiem orzeczniczym nie zawsze będą umożliwiały proste odwołanie się do dotychczasowych ustaleń TSUE. Jednocześnie elastyczność ustanowionych regulacji może kolidować z przyświecającym prawodawcy unijnemu celem – usunięcia niepewności prawa w zakresie zamówień typu *in-house*. Przykładowo, autor stawia pytania: czym jest świadczenie wzajemne w interesie publicznym, czy w wystarczający sposób dookreślono kryterium kontroli analogicznej, czy forma zawiązania współpracy (umowa, inny akt) pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem kontrolowanym wpływa na postrzeganie kryterium sprawowanej kontroli. Autor uznaje, że przyjęte regulacje nie tylko

mogą nie przynieść oczekiwanego skutku, lecz wręcz pogłębić stopień niepewności. W artykule wskazano, że „wzgląd na interes publiczny”, stanowiący jeden z aspektów współpracy międzyinstytucjonalnej, o której mowa w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, będzie zapewne różnie interpretowany w poszczególnych krajach członkowskich UE. Powyższe może utrudniać nie tylko stworzenie jednolitego europejskiego rynku zamówień publicznych, ale również zwiększyć problematyczność udzielania zamówień transgranicznych (wskazując za autorem: niemiecki wykonawca może mieć trudności w poddaniu kontroli sądowej zamówienia udzielanego w Hiszpanii, gdyż pojęcie interesu publicznego może być różnie interpretowane w tych państwach).

Autor rozważa zalety (np. możliwość poddania decyzji kontroli sądowej przez podmioty rynkowe) oraz wady (np. gwarantowane prawnie swobody współpracy) poddania procesu wyboru sposobu realizacji usług publicznych ścisłej determinacji normatywnej, jednocześnie rozważając rozwiązania, jakie miałyby we wskazanym zakresie zostać wprowadzone. W.A. Janssen wskazuje, że wprowadzenie odpowiedniego algorytmu (testu) pozwoliłoby ustalić w sposób obiektywny i bezstronny, kto powinien świadczyć usługę: państwo czy rynek. Oprócz aspektów ściśle związanych z zasadnością poddania materii wyboru sposobu realizacji usług publicznych regulacji prawnej, w artykule rozważone zostały również inne, dodatkowe aspekty wiążące się z ewentualnym wprowadzeniem stosownych rozwiązań, np. kwestia sądu właściwego do kontroli prawidłowości dokonanych ustaleń (czy miałyby to być sąd posiadający legitymację do kontrolowania działalności administracji czy też organ właściwy w sprawie zamówień publicznych).

Autor rozważa również zakres, w jakim możliwa jest unifikacja narzędzi, które powinny być wykorzystywane we wszystkich państwach członkowskich (poprzez uregulowanie tej materii w drodze rozporządzenia), m.in. w świetle odmiennych krajowych rozwiązań w zakresie świadczenia usług publicznych (w szczególności co do stopnia ich prywatyzacji). Autor odnotowuje znaczną różnorodność rozwiązań funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich UE, determinowaną m.in. względami tradycji oraz kultury w zakresie stopnia, w jakim świadczenia publiczne są zapewniane obywatelom.

Przedmiotem analizy autora są również regulacje wprowadzone w 2012 r. w ramach holenderskiej ustawy o zamówieniach publicznych, dotyczące fazy poprzedzającej udzielenie zamówienia. Konkretyzując, rozważania skupiają się na przepisie zobowiązującym zamawiających do przeprowadzenia oceny „społecznej wartości” inwestycji w trakcie wyboru trybu udzielania zamówienia, czy też kryteriów kwalifikacji. Uzasadnienie dokonanych przez zamawiającego decyzji musi być udostępnione podmiotom rynkowym w sposób umożliwiający poddanie jej sądowej weryfikacji. Autor wskazuje także na wydane na kanwie regulacji holenderskiej ustawy o zamówieniach publicznych orzeczenia sądów, które m.in. uznają, że przepisy tego aktu nakazują podejmowanie wspomnianych decyzji w sposób gwarantujący najlepsze wydatkowanie środków pieniężnych. Poza regulacjami holenderskimi analiza regulacji normatywnych obejmuje również prawo ustanowione w Stanach Zjednoczonych, które w sposób szeroki reguluje prefazę udzielania zamówień na poziomie federalnym. Regulacje prawa USA nakazują m.in. na etapie planowania sposobów realizacji świadczeń, podział inwestycji na te,

które będą realizowane przez podmioty publiczne, i te, które zostaną powierzone podmiotom rynkowym. Przy dokonywaniu klasyfikacji stosowane są kryteria, które obiektywizują podjętą decyzję.

Konrad Różowicz

DOI: 10.14746/spp.2018.4.24.10