

Włodzimierz Dzierżanowski

Ubezpieczenia w Towarzystwie Ubezpieczeń Wzajemnych a przepisy o zamówieniach publicznych

Umowa ubezpieczenia to zgodnie z art. 805 § 1 k.c. umowa odpłatna. Umowa odpłatna według art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi zamówienie publiczne, gdy stroną jest podmiot zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Stosownie do art. 103 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej do umów ubezpieczenia, zawieranych z Towarzystwem Ubezpieczeń Wzajemnych przez podmioty będące członkami tego towarzystwa, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. Przepis ten wskazuje na nieograniczony i niezwiązany z wartością zamówienia zakres wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Autor rozważa, czy przepis ten jest zgodny z przepisami prawa unijnego i ustawy o zamówieniach publicznych.

Słowa kluczowe: umowa ubezpieczenia, Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych, zamówienie publiczne, *zamówienia in house*.

1. Wprowadzenie

Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych (TUW) są specyficznymi zakładami ubezpieczeń, które ubezpieczają swoich członków na zasadzie wzajemności, będąc odrębną od każdego ze swoich członków osobą prawną. Przesądza to art. 105 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹.

Organizacje tego typu mają średnio 15,8% udziału w rynku w Europie (12,8% ubezpieczeń na życie, 20,5% ubezpieczeń innych niż na życie)². „Wzajemność w przypadku TUW oznacza uzyskanie przez określoną grupę interesu korzystniejszych, niż typowe, warunków ochrony ubezpieczeniowej (...)zasada wzajemności implikuje odmiennie relacje między ubezpieczającym a ubezpieczycielem w umownym stosunku ubezpieczenia; członek TUW, przystępujący do ubezpieczenia wzajemnego, wstępuje w stosunek wynikający z umowy ubezpieczenia, jak również w stosunek członkowski w TUW, wraz z wynikającymi z tego stosunku prawami i obowiązkami³. Uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej w TUW składa się więc z dwóch powiązanych ze sobą stosunków prawnych: członkostwa w organizacji, które umożliwia zawarcie umowy ubezpieczenia.

¹ Dz. U. z 2015 r. poz. 1844; dalej: u.d.u.r.

² Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie statutu europejskiego towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych: punkt widzenia, rola i wkład społeczeństwa obywatelskiego (opinia z inicjatywy własnej), OJ C 226, 16.07.2014, p. 17–20.

³ M. Płonka. 2011. „Zasada wzajemności jako przesłanka konkurencyjności w sektorze ubezpieczeń”, Zeszyty Naukowe nr 11, Kraków: Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, s. 1.

Umowa ubezpieczenia to zgodnie z art. 805 § 1 k.c. umowa odpłatna. Do jej zawarcia, gdy stroną jest podmiot zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, przy przekroczeniu wartości wskazanych w dyrektywach UE winny więc znaleźć zastosowanie przepisy o zamówieniach publicznych. Umowa odpłatna zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁴ stanowi zamówienie publiczne. Podobną definicję zawierają dyrektywy UE⁵ (zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą i co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług⁶).

Umowa odpłatna zawierana przez podmioty zobowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych wymaga więc, by poprzedzało ją przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp i ww. dyrektyw, o ile nie istnieją szczególne przepisy wyłączające obowiązek ich stosowania.

Zgodnie z art. 103 u.d.u.r. do umów ubezpieczenia zawieranych z Towarzystwem Ubezpieczeń Wzajemnych przez podmioty będące członkami tego towarzystwa nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. *Ratio legis* tego przepisu było powiązanie umowy ubezpieczenia z członkostwem w TUV. Sens członkostwa w TUV w sytuacji, gdy nie można się w nim ubezpieczyć, jest bowiem wątpliwy, a ponadto w świetle art. 111 ust. 1 członkostwo to wymaga co do zasady zawarcia umowy ubezpieczenia z zakładem ubezpieczeń prowadzonym w formie towarzystwa.

Zasady uzyskiwania członkostwa w TUV nie są przedmiotem niniejszej analizy. Jej celem jest próba odpowiedzi na pytanie o zakres wyłączenia przewidzianego w art. 103 u.d.u.r. i jego zgodność z prawem UE. Przepis prawa krajowego wskazuje na nieograniczony i niezwiązany z wartością zamówienia zakres wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Przy zastosowaniu językowej wykładni prawa krajowego, brak obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do umów ubezpieczenia zawieranych z TUV, którego członkiem jest zamawiający, nie budzi więc wątpliwości.

Celem artykułu jest próba rozstrzygnięcia, czy stosowanie wyłączenia zawartego w prawie krajowym pozwala na zachowanie zgodności zasad wyłaniania ubezpieczyciela z prawem UE, a tym samym zyskanie pewności ochrony ubezpieczeniowej.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.; dalej: ustawa Pzp.

⁵ Dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65, z późn. zm.) oraz dyrektywa 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 243, z późn. zm.).

⁶ Art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 2 pkt 1 dyrektywy 2014/25/UE; dalej odpowiednio: dyrektywa klasyczna i dyrektywa sektorowa.

2. Aspekty istotne dla zbadania zgodności prawa krajowego z prawem UE

Zakres wyłączenia musi być skonfrontowany z przepisami prawa unijnego. Nie budzi wątpliwości możliwość zawierania umów ubezpieczenia z TUW przez jego członków – zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp, gdy wartość zamówienia ogranicza obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych wyłącznie do tych ustanowionych przez ustawodawcę krajowego, tj. gdy nie przekracza kwot, od których członek TUW, posiadający status zamawiającego, stosuje przepisy dyrektyw. Zgodnie z § 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej⁷, wdrażającym przepis art. 4 dyrektywy klasycznej oraz rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/2342 z dnia 15 grudnia 2015 r. zmieniającym dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień⁸ – dla uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – obowiązek ten powstaje w przypadku usług od równowartości 209 tys. euro, dla pozostałych jednostek sektora finansów publicznych od 135 tys. euro.

Wszystkie te podmioty, gdyby odrębne przepisy dopuszczały ich członkostwo w TUW, mogłyby więc korzystać z wyłączenia, o którym mowa w art. 103 u.d.u.r. przy zawieraniu umów ubezpieczeniowych o wartości zamówienia od 30 tys. euro (dolny próg stosowania ustawy Pzp – art. 4 pkt 8) aż do odpowiednio 135 tys. lub 209 tys. euro. W przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z wspomnianym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów oraz rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/2341 z dnia 15 grudnia 2015 r. zmieniającym dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień, obowiązek stosowania krajowej ustawy Prawo zamówień publicznych powstaje od tej samej wartości zamówienia, od której powstaje obowiązek respektowania przepisów dyrektywy sektorowej, tj. od 418 tys. euro.

Ustalania wartości zamówienia w ustawie Pzp dotyczą przepisy art. 32–35. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Szacunkowa wartość zamówienia jest związana z przewidywaniem oczekiwań wykonawców (rynku) co do wielkości wynagrodzenia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że *„wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim*

⁷ Dz. U. poz. 2263.

⁸ Dz. Urz. UE L 330 z 16.12.2015 r., s. 18.

znaczenie dla proceduralnych ustaleń zamawiającego co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia”⁹. Ustawodawca wskazał w art. 34 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, co stanowi podstawę ustalania wartości zamówienia na usługi ubezpieczeniowe stanowiąc, że jeżeli zamówienie obejmuje usługi ubezpieczeniowe, wartością zamówienia jest należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia. Wysokość składki i innych opłat, które ponosi ubezpieczający, według wycen rynkowych będzie więc przesądzać o przekroczeniu, lub nie, progów, od których ustawa Pzp uzależnia obowiązek lub sposób jej stosowania. W przypadku usług okresowych i ciągłych (a taki jest charakter usługi ubezpieczenia) do ustalania wartości zamówienia należy stosować art. 34 ustawy Pzp, zgodnie z którym wartość zamówienia określa się na podstawie zamówień zrealizowanych w ciągu 12 miesięcy poprzedzających udzielenie zamówienia (pierwsza metoda) albo na podstawie prognoz na okres 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze (druga metoda).

Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do umów zawieranych pomiędzy członkiem TUV a towarzystwem jest związane z szerszym poglądem o roli gospodarki społecznej, którego wyrazicielem jest m.in. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny (EKES), zajmujący stanowisko w sprawie statutu europejskiego towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych¹⁰. W ocenie EKES towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych są częścią europejskiego modelu społeczno-gospodarczego na równi ze spółdzielniami, fundacjami i stowarzyszeniami. Różnorodność form przedsiębiorstw, w tym w gospodarce społecznej, niezależnie od definicji prawnej przedsiębiorstwa w różnych prawodawstwach krajowych, jest istotnym elementem jednolitego rynku Unii Europejskiej także z punktu widzenia jego promowania oraz inwestycji i rozwoju europejskiego pluralizmu przedsiębiorczego. Jest to niewątpliwie nawiązanie do art. 152 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), zgodnie z którym Unia uznaje i wspiera rolę partnerów społecznych na swoim poziomie, uwzględniając różnorodność systemów krajowych. Dyrektywy UE w sprawie zamówień publicznych wskazują na istotne miejsce polityki UE dotyczącej udzielania zamówień w kształtowaniu polityk społecznych. Brak jednak wyraźnej podstawy prawnej, aby z zakresu dyrektyw o zamówieniach publicznych wyłączyć gospodarkę społeczną i udzielanie zamówień przedsiębiorcom, którzy oprócz celów gospodarczych realizują inne cele społecznie istotne. Pogląd EKES oraz art. 152 TFUE mogą być przyjmowane jako składnik procesu dochodzenia przez organy krajowe, jakie cele i wartości przyświecają prawu Unii Europejskiej¹¹, nie mogą jednak przesądzać o wyłączeniu określonego zakresu czynności spod rządów prawa UE. To wymagałoby wskazania konkretnej prze-

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 238/13, 251/13, www.uzp.gov.pl

¹⁰ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie statutu europejskiego towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych: punkt widzenia, rola i wkład społeczeństwa obywatelskiego (opinia z inicjatywy własnej) OJ C 226, 16.07.2014, pkt 1.1.1.

¹¹ M. Koszowski.2012. „Dwa modele wykładni prounijnej”, *Studia Europejskie* 2012 (nr 3), s. 104.

słanki umożliwiającej odstępianie od stosowania dyrektyw do zawierania dowolnej umowy ubezpieczenia o wartości objętej prawem UE. W odniesieniu do ubezpieczeń wzajemnych przesłanką taką nie będzie związek umowy ubezpieczenia z członkostwem w TUW. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wskazuje bowiem (teza 58, sprawa C-271/08), że nie jest z natury nie do pogodzenia ze stosowaniem procedury udzielenia zamówienia „wspólnie” ryzyk, na którym opiera się wszelka działalność ubezpieczeniowa. Może bowiem być ono zagwarantowane przez instytucję lub przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe wybrane w ramach przetargu na poziomie Unii¹².

Niekwestionowana linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości UE przesądza, że zakres przedmiotowy i podmiotowy dyrektyw musi być odwzorowany w ustawodawstwach krajowych w sposób ścisły, a jakiegokolwiek rozszerzenie katalogu wyłączeń prowadzi do naruszenia dyrektywy¹³.

Analizując problem zbliżony, tj. prawo wyboru przez pracowników i reprezentujące ich związki zawodowe, w jakim zakładzie ubezpieczeń oczekiwaliby ubezpieczenia swoich ryzyk, TSUE w tezie 47 orzeczenia z dnia 15 lipca 2010 r. Komisji Europejskiej przeciw Niemcy – C-271/08, zaprzeczył, by taki postulat jak swoboda wyboru ubezpieczyciela przez członków organizacji (w takim przypadku status ten mieli partnerzy społeczni) musiał wiązać się z odstąpieniem od stosowania dyrektyw, które wdrażają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych¹⁴. W ocenie TSUE w ramach prawa UE i przy zastosowaniu jego instrumentów przewidzianych dla udzielania zamówień publicznych możliwe jest takie ukształtowanie wymagań ubezpieczanych, by uzyskać efekt zgodny z zasadami polityk społecznych UE.

Ani treść przepisów unijnych, ani ich wykładnia dokonana przez TSUE nie pozwalają więc przyjąć z całą pewnością, że wyłączenie zawarte w art. 103 krajowej ustawy pozostaje w zgodzie z prawem UE. Tym samym, respektując pogląd TSUE o zakazie rozszerzającej interpretacji w prawie krajowym wyłączeń stosowania, o ile istnieją wątpliwości co do zgodności normy krajowej z prawem UE, wówczas zgodnie z zasadą prowsólnotowej interpretacji prawa krajowego (pośredniego stosowania prawa wspólnotowego) przepisy prawa krajowego winny być interpretowane zgodnie z dyrektywą. Trybunał, odwołując się do art. 10 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) i wyrażonej tam zasady lojalności, a więc obowiązku podjęcia przez państwo wszelkich właściwych i koniecznych środków dla zapewnienia prawu wspólnotowe-

¹² Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 2010 r.: Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, sprawa C-271/08, European Court Reports 2010 I-07091.

¹³ Tak np. wyrok TSUE z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02: Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej; wyrok TSUE z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94: Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej; wyrok TSUE z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92: Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii; wyrok TSUE z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85: Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej.

¹⁴ Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08: Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, European Court Reports 2010 I-07091.

mu skuteczności wskazał, iż obowiązek ten ma zastosowanie do wszelkich władz, wliczając w to sądy, które powinny dokonywać interpretacji prawa krajowego w taki sposób, by zapewnić osiągnięcie celów dyrektywy. W sprawie C-334/92: Wagner Miret przeciw Fondo de Garantia Salarial Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS, obecnie: TSUE) stanął na stanowisku, że interpretując prawo krajowe organ krajowy powinien zakładać, iż państwo członkowskie miało zamiar zapewnienia zgodności z prawem wspólnotowym¹⁵. W doktrynie panuje zgodny pogląd, że wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej z zasady powinna się zaczynać i co do zasady kończyć na poziomie krajowym¹⁶. Sądy, organy administracji i osoby stosujące prawo winny, w świetle tej wykładni, interpretować prawo krajowe i podejmować decyzje o sposobie jego stosowania.

Definiując rozumienie pojęcia prowspólnotowej wykładni prawa, Trybunał w kolejnej ze spraw podniósł, że każdy organ państwowy stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed, czy po wejściu w życie dyrektywy, zobowiązany jest interpretować własne prawo w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 249 akapit trzeci TWE¹⁷ (obecnie art. 288 TFUE). Trybunał uznał, że jeśli zastosowanie prawa krajowego w zgodzie ze wskazanymi zasadami nie jest możliwe, organy władzy państwa członkowskiego są zobowiązane do stosowania wprost prawa wspólnotowego i ochrony praw, które przyznaje ono jednostce. W sytuacji, gdy zastosowanie prawa krajowego w danej sytuacji byłoby sprzeczne z prawem wspólnotowym nie należy stosować przepisów prawa krajowego¹⁸. W orzeczeniu z dnia 11 października 2007 r. ETS potwierdził tę linię orzeczniczą, odnosząc się bezpośrednio do przepisów dotyczących zamówień publicznych. ETS wskazał, że rolą sądu krajowego jest nadanie prawu wewnętrznemu, które ma on stosować, o ile to tylko możliwe, wykładni zgodnej z celem dyrektywy. Przepis dyrektywy, jeśli jest sformułowany w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, daje podstawę, by można było powołać się na niego przeciwko danej instytucji zamawiającej¹⁹. Jeszcze dalej idący pogląd wyraził Trybunał w orzeczeniu C-314/08²⁰, wskazując, że zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego zobowiązuje sąd krajowy do stosowania prawa wspólnotowego i do odstąpienia od stosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych, niezależnie nawet od wyroku krajowego sądu konstytu-

¹⁵ Wyrok ETS z 16 grudnia 1993 r. w sprawie C-334/92: Wagner Miret przeciwko Fondo de Garantia Salarial, Zbiory orzecznictwa ETS 1993, s. I-06.

¹⁶ Z. Radwański, M. Zieliński. 2007. „System prawa prywatnego”, t. 1, Warszawa: C.H. Beck, s. 479–480.

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83: Von Colon i Kamann, ETS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing.

¹⁸ Wyrok TSUE z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-262/97: Engelbrecht; ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie Santex.

¹⁹ Wyrok TSUE z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 Lämmerzahl.

²⁰ Wyrok TSUE z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08: Krzysztof Filipiak przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu.

tucyjnego, który odracza utratę mocy obowiązującej tych przepisów, uznanych za niekonstytucyjne.

3. Zakres wyłączeń stosowania przepisów nowych dyrektyw UE

Wymaga ustalenia, czy w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE, mimo braku wyłączeń, które wprost wskazują na odstąpienie od stosowania dyrektywy przy zawieraniu umów ubezpieczenia z organizacją, w której zamawiający jest członkiem, istnieją przepisy umożliwiające pominięcie przepisów dyrektyw przy zawieraniu umów ubezpieczenia i przyjęcie reguł przewidujących krajowe przepisy o TUW.

W dyrektywie 2014/24/UE wyłączenia jej stosowania zawarto w art. 7–12, zaś w dyrektywie 2014/25/UE w art. 18–33. Wspólne dla obu dyrektyw w całości wdrożono w art. 4 ustawy Pzp pomijając jedynie zawieranie umów koncesji na usługi, co jednak w niniejszej sprawie pozostaje bez znaczenia. Żaden z wdrożonych przepisów nie zawiera wprost wyłączenia przewidzianego w art. 103 u.d.u.r. W szczególności należy wyjaśnić, że nie zawiera go przepis dotyczący nabywania usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, nabyciem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, a w szczególności transakcji dokonywanych przez podmioty zamawiające w celu uzyskania środków pieniężnych lub kapitału (art. 10 lit. e dyrektywy 2014/24/UE, art. 21 lit. d dyrektywy 2014/25/UE, a w konsekwencji art. 4 pkt 3 lit. j ustawy Pzp).

Ubezpieczenie może być w pewnych okolicznościach uznane za usługę finansową, nie jest ona jednak w żaden sposób związana z emisją, sprzedażą, nabyciem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, a to wymóg *sine qua non* do zastosowania wyłączenia. Jedynie zawarcie umowy pożyczki (tak wyraźnie art. 10 lit. f dyrektywy 2014/24/UE i art. 21 lit. e dyrektywy 2014/25/UE) nie wymaga wykazania związku z emisją instrumentów finansowych, by było przedmiotem wyłączenia.

Szczegółowa definicja papierów wartościowych znajduje się w art. 3 pkt 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Zgodnie z tą definicją, ubezpieczenie nie jest usługą związaną w jakikolwiek sposób z ich nabyciem, emisją, sprzedażą lub transferem.

Ubezpieczenie nie jest też instrumentem finansowym. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi²¹, takimi instrumentami są jednak także:

- a) tytuły uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania (wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego papiery wartościowe lub niebędące papierami wartościowymi instrumenty finansowe reprezentujące prawa majątkowe przysługujące uczestnikom instytucji zbiorowego inwestowania, w tym w szczególności jednostki uczestnictwa funduszy inwestycyjnych);

²¹ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 94, z późn. zm.).

- b) instrumenty rynku pieniężnego (papiery wartościowe lub niebędące papierami wartościowymi instrumenty finansowe, wyemitowane lub wystawione na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego, które mogą być przedmiotem obrotu na rynku pieniężnym). Rynek pieniężny to system obrotu instrumentami finansowymi opiewającymi wyłącznie na wierzytelności pieniężne, o terminie realizacji praw, liczonym od dnia ich wystawienia albo nabycia w obrocie pierwotnym, nie dłuższym niż rok);
- c) finansowe kontrakty terminowe oraz inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie, umowy forward dotyczące stóp procentowych, swapy akcyjne, swapy na stopy procentowe, swapy walutowe;
- d) opcje kupna lub sprzedaży instrumentów finansowych, opcje na stopy procentowe, opcje walutowe, opcje na takie opcje oraz inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie;
- e) prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od wartości oznaczonych co do gatunku rzeczy, określonych rodzajów energii, mierników i limitów wielkości produkcji lub emisji zanieczyszczeń (pochodne instrumenty towarowe);
- f) inne instrumenty, jeżeli zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym na terytorium państwa członkowskiego lub są przedmiotem ubiegania się o takie dopuszczenie.

Usługa ubezpieczenia nie jest wymieniona jako „instrument finansowy” w znaczeniu nadanym temu pojęciu ustawą. Nie może być też zakwalifikowana do żadnej ww. grup. W szczególności:

- w przypadku lit. a) – nie wiąże się w żaden sposób z uczestnictwem w instytucjach zbiorowego inwestowania;
- w przypadku lit. b) – nie jest instrumentem rynku pieniężnego rozumianego jako system obrotu instrumentami finansowymi opiewającymi na wierzytelności pieniężne, o terminie realizacji praw nie dłuższym niż rok;
- w przypadku lit. c) – nie jest kontraktem terminowym (umową między dwiema stronami – kupującym i sprzedającym, dotyczącą kupna lub sprzedaży aktywów w określonym czasie w przyszłości po określonej cenie) ani swapem (definiowanym w encyklopedii prawa jako rodzaj umowy zawieranej pomiędzy dwiema lub więcej stronami, które zobowiązują się, że w określonym punkcie w przyszłości wymienią się pewnymi płatnościami wedle reguł zdefiniowanych w kontrakcie), gdyż nie dochodzi do wymiany płatności;
- w przypadku lit. d) – nie jest opcją (prawem do nabycia określonego świadczenia);
- w przypadku lit. e) – nie jest prawem (wówczas zresztą nie podlegałoby wyłączeniu, gdyż wyłącznie instrumenty będące usługą, a nie dostawą (m.in. prawem) podlegają wyłączeniu);
- w przypadku lit. f) – nie wymaga dopuszczenia do obrotu na rynku regulowanym.

Usługa ubezpieczeniowa nie jest instrumentem finansowym także w rozumieniu dyrektywy 2004/39/WE. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a tej dyrektywy nie ma ona zastosowania do zakładów ubezpieczeń w rozumieniu art. 1 dyrektywy

73/239/EWG lub przedsiębiorstw prowadzących działalność reasekuracyjną i retrocesyjną, określonych w dyrektywie 64/225/EWG. Jest jedynie wymieniona w części B załącznika nr 1 do tej dyrektywy, gdzie usługa ubezpieczenia jest usługą dodatkową umożliwiającą zawieranie transakcji obejmujących instrumenty finansowe, a nie instrumentem jako takim, które dyrektywa wymienia wprost w załączniku nr 1 w części C. Brak wśród wymienionych tam instrumentów usługi ubezpieczenia. Umowa ubezpieczenia majątkowego niezwiązana z transakcją nabycia innego instrumentu finansowego (a taka sytuacja ma miejsce przy nabywaniu ubezpieczenia w TUW) nie podlega wyłączeniu z zakresu dyrektyw o zamówieniach publicznych.

Kwalifikacja umów ubezpieczenia w świetle przepisów o zamówieniach publicznych jest dokonywana zgodnie z rozporządzeniem Komisji WE 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającym rozporządzenie 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych²² (rozporządzenie CPV). Usługa ubezpieczenia jest objęta kodami CPV od nr 66500000 do nr 66720000-3 i obejmuje m.in. ubezpieczenia majątkowe. Jak słusznie zauważa M. Gnela, za usługę ubezpieczenia uznaje się także umowę reasekuracji ubezpieczeniowej²³.

Kolejne wyłączenie z zakresu dyrektyw, które wymaga analizy pod kątem jego stosowania do umów ubezpieczenia między TUW a jego członkiem, zawiera art. 12 dyrektywy klasycznej oraz art. 28 dyrektywy sektorowej. Instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia osobie prawnej działającej na podstawie przepisów prawa prywatnego bez zastosowania przepisów dyrektywy, jeśli sama lub z innymi zamawiającymi:

- a) sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80% działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucje zamawiające sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez te same instytucje zamawiające;
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy przepisów prawa krajowego, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Jest to tzw. pojęcie *zamówień in house sensu largo* przypisywane sytuacjom, w których podmiot publiczny (posiadający status zamawiającego) zawiera umowę z odrębnym podmio-

²² Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. Urz. UE L 74 z 15.03.2008 r., s. 1).

²³ M. Gnela. 2011. „Umowa Ubezpieczenia jako przedmiot zamówienia publicznego”, w: „Ubezpieczenia gospodarcze – wybrane zagadnienia prawne”, B. Gnela (red.), Warszawa: Wolters Kluwer, s. 284.

tem trzecim, który wprawdzie obdarzony jest osobowością prawną, ale równocześnie jest kontrolowany przez podmiot publiczny²⁴. Przepisy te do prawa krajowego zostały wdrożone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw²⁵ z tą różnicą, że dopuszczono zastosowanie niekonkurencyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki w miejsce całkowitego wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach. Różnica ta nie wpłynęła jednak na zgodność z prawem UE wyłączenia szczególnego, dotyczącego jedynie umów ubezpieczenia z TUV, o ile okoliczności utworzenia TUV będą w pełni zgodne z przesłanką art. 12 dyrektywy. Nie ulega wątpliwości, że za prawidłowo utworzony i działający w zgodzie z prawem UE należałoby uznać TUV, którego członkami są wyłącznie zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp. Dopuszcza to wprost art. 12 ust. 3 lit. a dyrektywy klasycznej. Nie powoduje także zniweczenia przesłanki brak historii działalności TUV (w przypadku TUV nowo tworzonych). W takiej sytuacji poziom 80% ustala się na podstawie prognoz na lata przyszłe (bez wskazania o jak długi okres przyszły chodzi).

Ostatnim z niezbędnych warunków udzielania *zamówień in house* na podstawie omawianej przesłanki jest brak bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to udział wymagany na mocy krajowych przepisów ustawowych. Przepis prawa krajowego doprecyzowuje, o jakie „wymagane przepisy” chodzi²⁶. W prawie polskim brak jest natomiast jakichkolwiek innych podstaw prawnych, by twierdzić, że w TUV wymagany jest udział kapitału prywatnego.

Tym samym nawet minimalny, trwały udział członkowski w TUV jakiegokolwiek podmiotu prywatnego powoduje niezgodność wyłączenia z prawem UE. Jak stwierdził Trybunał w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03: „*udziały, nawet mniejszościowe, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udziały należą również do danej instytucji zamawiającej wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami*”²⁷. W przepisie tym w sposób jednoznaczny wskazano, że sytuacja bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej wyklucza możliwość skorzystania z odejścia od stosowania przepisów

²⁴ D. Piasta, M. Lemke. 2006. „Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006.

²⁵ Dz. U. poz. 1020.

²⁶ Zgodnie jednak z przepisem art. 67 ust. 10 ustawy Pzp zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. c, pkt 13 i pkt 14 lit. c, nie stosuje się do:

1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 696 i 1777) lub 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

²⁷ Wyrok ETS z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03: Stadt Halle I RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Dz. U. C 057, 05/03/2005, s. 0006.

o zamówieniach publicznych do umów zawieranych z taką osobą prawną. Trybunał w wyroku z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07²⁸ stwierdził, że wyłącznie wówczas dopuszczalny jest udział podmiotu prywatnego, gdy w chwili powierzania czynności (zawierania umowy) przez zamawiającego z zależną od niego osobą prawną udziału takiego nie było i nie istniał zamiar otwarcia tej osoby prawnej na kapitał prywatny.

Przepisy dyrektyw mówią o „bezpośrednim udziale kapitału prywatnego”. Wnioskowanie *a contrario* skutkuje uznaniem, że udzieleniu zamówienia kontrolowanej osobie prawnej bez stosowania przepisów dyrektyw nie stoi na przeszkodzie sytuacja pośredniego (czyli za pośrednictwem innego podmiotu) udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej.

Znaczenie pojęcia „kapitał prywatny” w prawie UE jest kluczowe dla oceny, kto może być podmiotem posiadającym udziały w TUV, w którym bez stosowania ustawy Pzp i postanowień dyrektyw ubezpieczają się zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp z wykorzystaniem wyłączenia z art.103 u.d.u.r.

Należy założyć, że pojęcie „udział kapitału prywatnego” powinno być wyłożone z uwzględnieniem celu przepisu wzmiankowanego w motywie 31 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Oznacza to, że celem wyłączenia jest jedynie ułatwienie wykonywania usług publicznych, będących zadaniem organów państwa. Umowy ubezpieczeń majątkowych nie stanowią usługi publicznej. Tym samym *ratio legis* przepisu nie pozwalałoby na przyjęcie, iż udział jakiegokolwiek podmiotu innego niż zamawiający w rozumieniu Pzp w TUV może mieć miejsce i nie niweczy celu przepisu.

Dalsza treść przywołanego motywu preambuły wskazuje dodatkowo, że należy zagwarantować, iż żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu (stosowania dyrektyw – przyp. aut.) nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami. „*Bezpośredni udział kapitału prywatnego*”, o którym mowa w art. 12 dyrektywy, powinien być więc rozumiany przede wszystkim jako bezpośredni udział prywatnego wykonawcy, tj. wykonawcy niekontrolowanego przez Państwo i nie tworzy mu pozycji uprzywilejowanej. Za naruszający zarysowany w sposób wyraźny cel dyrektywy należałoby uznać udział w TUV, który podlega kontroli zamawiających, korzystających z wyłączenia art. 12 dyrektywy klasycznej (i art. 28 dyrektywy sektorowej), podmiotu będącego usługodawcą ubezpieczeniowym. Rozumienie pojęcia „*bezpośredni udział kapitału prywatnego*” winno być w świetle motywu 32 akapit ostatni preambuły rozumiane jako

²⁸ Wyrok TSUE z dnia 10 września 2009 r w sprawie C-573/07: Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Włochy) Sea s.r.l. przeciwko Comune di Ponte Nossa , Dz. Urz. UE C 267 z 7.11.2009, s. 14–15.

sytuacja przeciwna do udziału pośredniego. Udział pośredni został zaś wyłożony jako udział kapitałowy podmiotów prywatnych w kapitale instytucji zamawiającej – członka porozumienia (Towarzystwa), nie zaś w samym Towarzystwie. Taki udział (pośredni) nie jest zakazany. W przypadku TUV nie będzie miał więc miejsca zakazany udział bezpośredni kapitału prywatnego, gdy członkiem TUV będzie zamawiający – spółka kapitałowa, w której udziały posiada zarówno sektor publiczny, jak i prywatny, lecz ten ostatni posiada udziały mniejszościowe (nieblokujące). Zawsze jednak za udział bezpośredni kapitału prywatnego będzie uznawana sytuacja, gdy kapitał ten jest reprezentowany bezpośrednio w strukturze wykonawcy poprzez udział podmiotu niebędącego zamawiającym. Taki udział, prowadząc do ograniczenia konkurencji, wyklucza korzystanie z dyspozycji art. 12 dyrektywy klasycznej i art. 28 dyrektywy sektorowej.

Sytuacji nie zmienia fakt powołania w ramach TUV związku wzajemności członkowskiej, w skład którego wejdą wyłącznie podmioty o statusie zamawiającego, a w którym nie będzie reprezentowany kapitał prywatny. Związki takie mogą być tworzone na podstawie art. 108 u.d.u.r. Ich utworzenie nie sprawia jednak, że stroną umowy ubezpieczenia przestaje być TUV jako osoba prawna. Do zawarcia takiej umowy zastosowanie znajdują więc wszystkie przepisy dotyczące zawierania umów odpłatnych przez zamawiających w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych, omówione powyżej.

4. Skutki naruszenia prawa UE dla ważności umów

Zawarcie umowy ubezpieczenia z naruszeniem prawa wspólnotowego, polegającym na niezastosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku, gdy dyrektywa wymaga ich stosowania, wywołuje co najmniej skutek unieważnienia umowy przewidziany w art. 146 ust. 1 pkt 2 dla sytuacji, w której nie przekazano do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Unieważnienie jako sankcja nieważności względnej oznacza, że wystąpić o jej stwierdzenie mogą wyłącznie podmioty, którym przepis przyznaje to prawo. Zniweczenie skutku czynności prawnej następuje *ex tunc*, jednakże dopiero orzeczenie sądowe stwierdzające wadliwość czynności prawnej ma charakter konstytutywny. Do czasu wydania orzeczenia sądowego czynność ta jest ważna i wywołuje wszystkie zamierzone przez strony skutki prawne. Jednakże unieważnienie, np. w czasie po zdarzeniu objętym ochroną ubezpieczeniową a wypłatą odszkodowania spowodować może niemożność jego uzyskania, gdyż podstawa prawna dokonania wypłaty odpadnie.

Można mieć jednak obawy, czy unieważnienie, o którym mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2, jest najdalej idącą sankcją przy zawarciu umowy o zamówienie publiczne bez zastosowania przepisów ustawy bądź dyrektyw. Przepis ten dotyczy bowiem nie tyle sytuacji, w której całkowicie nie zastosowano ustawy Pzp, lecz zaniechano zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu. Co prawda, w przypadku niestosowania ustawy w ogóle, taki fakt również ma miejsce, ale nie jest to jedyna wada. Przy zawieraniu umowy pomija się bowiem wszystkie inne przepisy o zamówieniach publicznych o obowiązkowym charakterze. Można

więc wyrazić pogląd, że całkowite zaniechanie zastosowania ustawy Pzp powoduje zagrożenie wystąpienia sankcji nieważności bezwzględnej wynikającej z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. Nieważność bezwzględna oznacza, że czynność prawna nią dotknięta nie wywołuje zamierzonych przez strony skutków prawnych od samego początku. Nieważność ta powstaje z mocy prawa bez konieczności orzeczenia sądowego. Powyższe, w przypadku zawarcia umowy ubezpieczeniowej bez stosowania ustawy Pzp, gdy było to obligatoryjne, oznaczałoby więc brak ubezpieczenia.

5. Wnioski

Przystępowanie do Towarzystw Ubezpieczeń Wzajemnych przez podmioty posiadające status zamawiającego w rozumieniu dyrektyw UE i ustawy Pzp jest możliwe. Jednakże wartość umów ubezpieczenia, tj. wysokość składki ubezpieczeniowej, nie może być wyższa od kwot zobowiązujących określony podmiot do respektowania unijnych przepisów o zamówieniach publicznych, tj. 135 lub 209 tys. euro dla podmiotów objętych reżimem dyrektywy klasycznej i 418 tys. euro dla podmiotów objętych reżimem dyrektywy sektorowej.

Wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przewidziane w art. 103 ustawy u.d.u.r. w zakresie przekraczającym ww. kwoty winno być ocenione jako nie znajdujące oparcia w prawie UE i tym samym budzi istotną wątpliwość co do jego stosowania.

dr Włodzimierz Dzierżanowski

*Katedra Prawa Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji
Uczelnia Łazarzkiego*

Bibliografia

- Gneta M. 2011. „Umowa ubezpieczenia jako przedmiot zamówienia publicznego”, w: „Ubezpieczenia gospodarcze – wybrane zagadnienia prawne, B. Gneta (red.), Warszawa: Wolters Kluwer.
- Koszowski M. 2012. „Dwa modele wykładni prounijnej”, *Studia Europejskie* 2012 (nr 3) Dąbrowa Górnicza.
- Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie statutu europejskiego towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych: punkt widzenia, rola i wkład społeczeństwa obywatelskiego (opinia z inicjatywy własnej), *Dz. Urz. UE C 226 z 16.7.2014 r.*
- Piasta D., M. Lemke. 2006. „Analiza Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.”, Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Płonka M. 2011. „Zasada wzajemności jako przesłanka konkurencyjności w sektorze ubezpieczeń”, *Zeszyty Naukowe* (nr 11), Kraków: Polskie Towarzystwo Ekonomiczne.
- Radwański Z., M. Zieliński. 2007. „System prawa prywatnego”, t. 1, Warszawa: C.H. Beck.

Insurance in a Mutual Insurance Company and the Public Procurement Regulations

The insurance contract is a paid contract in accordance with Art. 805 § 1 of the Civil Code. Under Article 2 section 13 of the Public Procurement Act the contract for pecuniary interest is a public contract, when a party is obliged to apply the public procurement regulations. According to Article 103 of the Insurance and Reinsurance Activity Act the provisions on public procurement do not apply to insurance contracts concluded with a mutual insurance society by entities being members of this company.

This regulation indicates that the scope of the exclusion of the application of the public procurement rules is unlimited and unbound to the value of the contract. The author considers whether this provision is compatible with the EU legal regulations and the Public Procurement Act.

Keywords: insurance contract, mutual insurance company, public procurement, „in-house procurement”.