

*Spółka celowa
a wykazanie spełniania warunków*

dr Wojciech Hartung | Counsel

Warszawa, 26 września 2024 r.

SPV a warunki udziału w postępowaniu

Czym jest/może być SPV?

- spółka celowa (SPV) to przeważnie spółka z o.o. lub spółka komandytowa powołana w określonym, wąskim lub czasowo ograniczonym celu oraz aby wykluczyć ryzyko finansowe, szczególnie sposób opodatkowania lub ryzyko związane z nadzorem
- nie istnieje powszechna definicja spółek specjalnego przeznaczenia, ale charakterystyczne są dla nich określone cechy, w tym:
 - ✓ nie zatrudniają pracowników i nie posiadają aktywów niefinansowych; fizycznie ich obecność ogranicza się do tablicy z nazwą spółki lub znaku potwierdzającego miejsce rejestracji;
 - ✓ zawsze są powiązane z innym przedsiębiorstwem, często jako jednostka zależna;
 - ✓ są zarządzane przez pracowników innego przedsiębiorstwa, które może, ale nie musi być przedsiębiorstwem powiązanym

Rozporządzenie 549/2013/UE w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej

SPV a warunki udziału w postępowaniu

Czym jest/może być SPV?

- podmiot publiczny może wyrazić zgodę na zawarcie i wykonanie umowy PPP z zawiązaną po wyborze najkorzystniejszej oferty jednoosobową spółką partnera prywatnego albo spółką kapitałową, której jedynymi wspólnikami są partnerzy prywatni
- partner prywatny odpowiada solidarnie ze spółką, o której mowa w tym przepisie, za szkodę wyrządzoną podmiotowi publicznemu w skutek nieudostępnienia spółce zasobów, które wskazał w ofercie, chyba że za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy.
- jeżeli partner prywatny, w toku postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, podmioty te odpowiadają za szkodę wyrządzoną podmiotowi publicznemu przez nieudostępnienie tych zasobów spółce

Ustawa o PPP

SPV a warunki udziału w postępowaniu

Rola SPV

- SPV jako *wykonawca*
 - ✓ udziałowcy branżowi – wiedza, doświadczenie
 - ✓ udziałowcy kapitałowi – zasoby finansowe

- SPV jako *dawca/źródło zasobów*
 - ✓ udziałowcy branżowi – wiedza, doświadczenie
 - ✓ udziałowcy kapitałowi – zasoby finansowe

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci... SPV

Początki dyskusji

- Dyrektywa Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów
- Dyrektywa Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane
 - ✓ brak rozwiązań dotyczących sytuacji wykazania spełniania warunków z wykorzystaniem tzw. podmiotów trzecich

Na ich tle powstało pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów dotyczących spełniania warunków do wpisu na listę certyfikowanych wykonawców

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Początki dyskusji

- W trakcie oceny sytuacji zarejestrowanych wykonawców z tytułu dekretu królewskiego z 9 sierpnia 1982 r. ustalającego granice zastosowania **dekretu z mocą ustawy z 3 lutego 1947 r. organizującego rejestrację wykonawców**, Minister ds. Robót Publicznych podjął w 1987 r. decyzję, o nieprzedłużeniu rejestracji danego podmiotu
- Decyzja Ministra, poprzedzona niekorzystną opinią Komitetu ds. Rejestracji Wykonawców, była podyktowana tym, iż **przedsiębiorstwo to nie może uchodzić za wykonawcę robót, ponieważ będąc przedsiębiorstwem holdingowym nie wykonywało robót samo, lecz w celu potwierdzenia własnej reputacji i fachowości powoływało się na prace wykonane przez przedsiębiorstwa zależne, które były odrębnymi osobami prawnymi**

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Początki dyskusji

- Przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców, musi, niezależnie od tego w jakim stosunku prawnym pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych, udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót.

Trybunał z 14 kwietnia 1994 r., C-389/92 *Ballast I*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Początki dyskusji

- Dyrektywa Rady 71/304/EEC nakazuje uwzględnianie kwalifikacji nie tylko przedsiębiorstwa holdingowego, ale również innych podmiotów, gdy przedsiębiorstwo to jest w stanie wykazać, że dysponuje zasobami innych podmiotów w ramach grupy, a wymóg ten powinien być uważany za spełniony w szczególności, gdy przedsiębiorstwo holdingowe posiada całość (100%) kapitału tych innych podmiotów i może podejmować decyzje, które z całą pewnością potwierdzają, że zasoby tych innych podmiotów są dostępne na potrzeby realizacji danych robót.

Opinia rzecznika generalnego Christian Gulmann z 24 lutego 1994 r., C-389/92 *Ballast I*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Początki dyskusji

- Podmiot odpowiedzialny za wpis do rejestru złożony przez **przedsiębiorstwo holdingowe** ma obowiązek, o ile przedsiębiorstwo to wykaże, że rzeczywiście dysponuje zasobami **swoich jednostek zależnych** niezbędnymi do realizacji zamówienia, uwzględnienia ich przy ocenie spełniania warunków wpisu.

Trybunał z 18 grudnia 1997 r., C- 5/97 *Ballast II*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Ciąg dalszy dyskusji

- Ruhrwasser – nowopowstała SPV bez doświadczenia
- Ruhrwasser przedstawiła dokumentację zasobów finansowych innego podmiotu Ruhrverband
- Ruhrverband jest jedynym akcjonariuszem RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft, która wraz z pięcioma innymi spółkami utworzyła Ruhrwasser.

Zdaniem sądu krajowego, choć Trybunał zgodził się, w swych orzeczeniach wydanych w sprawie Ballast I i Ballast II, że dany wykonawca może wykazać spełnienie warunków wykorzystując spółki z grupy, to spółka występująca w sprawach Ballast I i Ballast II, inaczej niż Ruhrwasser, miała dominującą pozycję w swej grupie spółek (spółka matka).

Trybunał z 2 grudnia 1999 r., C-176/98 *Holst Italia*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Ciąg dalszy dyskusji

- jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia
- przepisy dyrektywy 92/50 nie zezwalają ani na odrzucenie bez należytej analizy określonych rodzajów dowodów, ani na przyjęcie założenia, że usługodawca może wykorzystywać zasoby podmiotów trzecich, tylko dlatego że wchodzi w skład tej samej grupy podmiotów

Trybunał z 2 grudnia 1999 r., C-176/98 *Holst Italia*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Ciąg dalszy dyskusji

- *wykonawca musi posiadać doświadczenie w projektowaniu i zarządzaniu realizacją projektów (zarządzanie projektami) w systemie „pod klucz” elektrowni ciepłych do produkcji energii elektrycznej*
- lider konsorcjum, odpowiadał w szczególności za koordynację realizacji kontraktu, co nie wyłączało jednak przedstawicieli innego podmiotu z udziału w spotkaniach koordynacyjnych projektu
- przedstawiciele tego podmiotu należeli, na równych prawach, do zespołu zarządzającego projektem, który koordynował zadania techniczne konsorcjum; poszczególni członkowie konsorcjum przygotowali harmonogram wdrożenia, monitorowali go i decydowali o niezbędnych poprawkach, które należało wprowadzić.
- taki aktywny udział w projektowaniu i zarządzaniu realizacją tego projektu może zostać uznany przez instytucję zamawiającą za odpowiednie doświadczenie w rozumieniu zaproszenia do składania ofert

Trybunał z 18 lipca 2007 r., C-399/05 KE przeciwko Grecji

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Dalsze losy

- dyrektywa 2004/18 przyznaje każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia

Trybunał z 7 kwietnia 2016 r., C-324/14 *Partner*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Dalsze losy

- nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia (www.curia.europa.eu)
- **nie można wykluczyć, że w konkretnych sytuacjach – ze względu na naturę lub charakter danego zamówienia – zdolności, którymi dysponuje podmiot trzeci i które są konieczne do realizacji zamówienia, *nie są przenaszalne* (cannot be transferred; ne soient pas susceptibles d’être transmises).** W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia

Trybunał z 7 kwietnia 2016 r., C-324/14 *Partner*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Obecnie

- art. 63 ust. 1 w zw. z art. 59 Dyrektyw 2014/24/UE powinien być interpretowany w taki sposób, że w przypadku udzielenia zamówienia grupie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zamówienie w zakresie, dla którego badano określone doświadczenie, będzie wykonywał jeden z wykonawców, mogą oni wykazać posiadanie tego doświadczenia wyłącznie poprzez doświadczenie tego wykonawcy, i to nawet wówczas, gdy z dokumentów zamówienia nie wynika, aby zamawiający zastrzegł taki wymóg.

Trybunał z 30 września 2022 r., C- 592/21 *ĒDIENS & KM.LV* » PS

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Obecnie

- art. 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 10 i art. 63 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że wspólne przedsiębiorstwo, które nie będąc osobą prawną, ma formę spółki podlegającej prawu krajowemu państwa członkowskiego, która jest wpisana do rejestru handlowego tego państwa członkowskiego, która mogła zostać utworzona zarówno tymczasowo, jak i na stałe, i której wspólnicy działają na tym samym rynku co ta spółka oraz są solidarnie odpowiedzialni za właściwe wykonanie zobowiązań przez nią zaciągniętych, powinno przedstawić instytucji zamawiającej jedynie swój własny JEDZ, gdy zamierza indywidualnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pod warunkiem że wykaże, iż może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobowych i materialnych.

Trybunał z 10 listopada 2022 r., C- 631/21 *Taxi Horn Tours BV*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Obecnie

- jeśli natomiast tego rodzaju wspólne przedsiębiorstwo uważa, że w celu wykonania zamówienia publicznego musi korzystać z zasobów danych wspólników, należy uznać, że polega ono na zdolności innych podmiotów w rozumieniu art. 63 dyrektywy 2014/24 i powinno zatem przedstawić nie tylko własny JEDZ, ale również JEDZ każdego ze wspólników, na którego zdolnościach zamierza polegać.

Trybunał z 10 listopada 2022 r., C- 631/21 *Taxi Horn Tours BV*

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

Obecnie, ale w prawie konkurencji

- z utrwalonego orzecznictwa (dot. prawa konkurencji) wynika, że zachowanie spółki zależnej można przypisać spółce dominującej między innymi w przypadku, jeżeli mimo posiadania odrębnej podmiotowości prawnej spółka zależna nie określa w sposób autonomiczny swojego zachowania rynkowego, lecz stosuje zasadniczo instrukcje dawane jej przez spółkę dominującą
- jest tak bowiem dlatego, że w tego rodzaju sytuacji spółka dominująca i jej spółka zależna są częścią tej samej jednostki gospodarczej, a tym samym tworzą jedno przedsiębiorstwo
- w szczególnym przypadku, gdy spółka dominująca posiada 100% kapitału swej spółki zależnej, po pierwsze, ta spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na zachowanie swej spółki zależnej a po drugie, istnieje wruszalne domniemanie, że spółka dominująca rzeczywiście wywiera taki decydujący wpływ na swą spółkę zależną

Trybunał z 10 września 2009 r., C-91/08 AKZO Nobel

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

W przyszłości...?

Teoria jednolitej jednostki gospodarczej (ang. SEU)

- jednolitość ekonomiczna, nawet jeśli odrębność prawna
- jednolite zachowanie na rynku (uzgodnione/narzucone)
- 100% udziałów/akcji – domniemanie jednolitości
- odpowiedzialność jednostki za naruszenie prawa konkurencji jej członka

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

W przyszłości...?

Rozporządzenie 2022/2560/UE w sprawie subsydiów zagranicznych

- do celów niniejszego rozporządzenia uznaje się, że w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia zagraniczny wkład finansowy podlegający zgłoszeniu występuje w przypadku gdy:

wykonawca, w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowe, oraz, w stosownych przypadkach, jego główni podwykonawcy i dostawcy uczestniczący w tej samej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia otrzymali w ciągu trzech lat poprzedzających zgłoszenie lub, w stosownych przypadkach, zaktualizowane zgłoszenie łączne wkłady finansowe równe 4 mln EUR lub wyższe na każde państwo trzecie

wykonawca, przedsiębiorca, jednostka gospodarcza, podmiot trzeci...

W przyszłości...?

- wykonawca/przedsiębiorca/jednostka gospodarcza

SPV

- podmiot trzeci

Dziękuję za uwagę



dr Wojciech Hartung
Counsel

T: +48 22 557 94 70

M: +48 660 440 316

E: Wojciech.Hartung@dzp.pl



więcej niż prawo

Biuro w Warszawie

Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa
T + 48 22 557 76 00
F + 48 22 557 76 01

Biuro w Poznaniu

ul. Paderewskiego 8
61-770 Poznań
T + 48 61 642 49 00
F + 48 61 642 49 50

Biuro we Wrocławiu

ul. Św. Mikołaja 7
50-125 Wrocław
T + 48 71 712 47 00
F + 48 71 712 47 50