

II

(Komunikaty)

KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH
UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA EUROPEJSKA

ZAWIADOMIENIE KOMISJI

Wytyczne dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty
finansowe

(2016/C 276/01)

SPIS TREŚCI

1.	Odniesienia do przepisów i tekst	2
2.	Podstawowe informacje	2
3.	Wybór podmiotów wdrażających instrumenty finansowe	4
3.1.	Wybór zgodny z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych	4
3.1.1.	Wybór zgodny z przepisami dyrektywy 2004/18/WE lub dyrektywy 2014/24/UE	4
3.1.2.	Poniżej progów określonych w dyrektywie: wybór zgodny z zasadami Traktatu	7
3.2.	Wyznaczenie EBI	7
3.3.	Wyznaczenie EFI	8
3.4.	Wyznaczenie międzynarodowej instytucji finansowej	8
3.5.	Udzielenie zamówienia w przypadku jednostek wewnętrznych	9
3.5.1.	Warunki dotyczące udzielania zamówień jednostkom wewnętrznym do czasu transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub do dnia 18 kwietnia 2016 r., w zależności od tego, która data będzie wcześniejsza	9
3.5.2.	Warunki udzielania zamówienia jednostkom wewnętrznym po transpozycji dyrektywy 2014/24/UE (art. 12 dyrektywy 2014/24/UE) lub po dniu 18 kwietnia 2016 r.	11
3.6.	Współpraca między jednostkami administracyjnymi	14
3.6.1.	Warunki dotyczące współpracy między jednostkami administracyjnymi do czasu transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub do dnia 18 kwietnia 2016 r., w zależności od tego, która data będzie wcześniejsza.	15
3.6.2.	Warunki współpracy między jednostkami administracyjnymi po transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub po dniu 18 kwietnia 2016 r.	16
3.7.	Wymogi art. 7 RDK	17
3.7.1.	Kryteria wyboru	17
3.7.2.	Kryteria udzielenia zamówienia	18
3.7.3.	Elementy dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia	19
4.	Odniesienia, linki	19

1. Odniesienia do przepisów i tekst

Odniesienia do przepisów	Artykuły
Rozporządzenie (UE) nr 1303/2013 ⁽¹⁾ Rozporządzenie w sprawie wspólnych przepisów (zwane dalej „RWP”)	Artykuł 37 ust. 1 – Instrumenty finansowe Artykuł 38 ust. 4 i 5 – Wdrażanie instrumentów finansowych
Rozporządzenie (UE) nr 480/2014 ⁽²⁾ Rozporządzenie delegowane Komisji (zwane dalej RDK)	Artykuł 7 – Kryteria wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe
Rozporządzenie (UE) nr 1305/2013	
Dyrektywa 2004/18/WE	
Dyrektywa 2014/24/UE	

⁽¹⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, Dz.U. L 347 z 20.12.2013, s. 320.

⁽²⁾ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 480/2014 z dnia 3 marca 2014 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, Dz.U. L 138 z 13.5.2014, s. 5.

2. Podstawowe informacje

Institucje zarządzające, które pragną stosować instrumenty finansowe jako narzędzie służące osiągnięciu celów programu, mogą bezpośrednio podjąć się zadań wdrożeniowych, inwestować w kapitał nowo utworzonego lub już istniejącego podmiotu prawnego albo powierzyć zadania wdrożeniowe innym organom ⁽¹⁾. W ostatnim przypadku w art. 38 ust. 4 lit. b) RWP przewidziano różne możliwości powierzenia zadań związanych z wdrażaniem instrumentów finansowych. Niniejsze wytyczne mają na celu przedstawienie wyjaśnień dotyczących możliwości takiego powierzenia ⁽²⁾.

Instrumenty finansowe można wdrażać za pośrednictwem struktury ze wsparciem funduszy lub bez takiego wsparcia. W przypadku, gdy instrumenty finansowe wdraża się za pośrednictwem struktury z funduszem funduszy, zazwyczaj dokonany zostanie wybór podmiotów na dwóch poziomach: podmiotu wdrażającego fundusz funduszy i podmiotów wdrażających specjalny produkt lub specjalne produkty instrumentów finansowych, tj. pośredników finansowych (oba zwane poniżej podmiotami wdrażającymi instrumenty finansowe). Instytucja zarządzająca podejmuje decyzję w sprawie najbardziej odpowiedniej struktury wdrażania, uwzględniając wyniki oceny *ex ante* wymaganej zgodnie z art. 37 ust. 2 RWP.

W RWP określono kilka rodzajów podmiotów, którym instytucje zarządzające mogą powierzyć zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych bez szczegółowego określania procedur, których należy przestrzegać w przypadku takiego powierzenia.

W art. 37 ust. 1 RWP przypomniano jednak ogólne zasady, których muszą przestrzegać instytucje zarządzające, w tym w odniesieniu do wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe: muszą zapewnić zgodność z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności w zakresie pomocy państwa i zamówień publicznych, są zatem odpowiedzialne za zapewnienie, w stosownych przypadkach po konsultacji z organami krajowymi odpowiedzialnymi za kontrolę w zakresie konkurencji, aby przestrzegano wszystkich zasad mających zastosowanie w związku z wyborem podmiotów wdrażających instrumenty finansowe. Zgodnie z art. 38 ust. 4 RWP podmioty wdrażające instrumenty

⁽¹⁾ Zob. art. 38 ust. 4 lit. a), b) i c) RWP.

⁽²⁾ Zgodnie z art. 38 ust. 4 lit. a) RWP wyjaśnione w niniejszej nocie zasady wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe mają zastosowanie w przypadku wymogu udzielenia zamówienia publicznego na usługi w związku z wyborem podmiotu wdrażającego instrumenty finansowe.

finansowe muszą zapewnić zgodność z obowiązującymi przepisami prawa (m.in. z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych). Artykuł 38 ust. 5 RWP odzwierciedlający postanowienia Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) stanowi również, że pośredników finansowych należy wybierać na podstawie otwartych, przejrzystych, proporcjonalnych i niedyskryminujących procedur, niedopuszczających do konfliktów interesów⁽³⁾.

Ponadto art. 7 ust. 1 i 2 RDK zawiera szczególne wymogi mające zastosowanie do wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe (z wyjątkiem EBI i EFI), a art. 7 ust. 3 zawiera wymogi mające zastosowanie do procedury wyboru pośredników finansowych przez podmioty wdrażające fundusze funduszy (w tym EBI i EFI).

Wybór podmiotów wdrażających instrumenty finansowe niekoniecznie pokrywa się z wyborem operacji związanej z instrumentem finansowym⁽⁴⁾.

Wyboru operacji dokonuje instytucja zarządzająca⁽⁵⁾. W odróżnieniu od wyboru podmiotu wdrażającego instrument finansowy, wybór operacji nie podlega przepisom i zasadom dotyczącym zamówień publicznych ani nie jest objęty obowiązkiem przestrzegania przepisów art. 7 RDK.

Z zastrzeżeniem szeregu sytuacji niepodlegających przepisom dotyczącym zamówień publicznych i wyjaśnionych poniżej, usługi świadczone przez podmioty wdrażające instrumenty finansowe ustanowione w ramach regulacyjnych EFSI wchodzą w zakres stosowania przepisów i zasad dotyczących zamówień publicznych. W związku z tym wybór takich podmiotów (zarówno podmiotów wdrażających fundusze funduszy, jak i pośredników finansowych) musi być zgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Określenie mającej zastosowanie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (dyrektywy 2004/18/WE lub dyrektywy 2014/24/UE) zależy od dnia rozpoczęcia procedury wyboru przez instytucję zamawiającą⁽⁶⁾ (tj. instytucję zarządzającą programem nabywającym usługi podmiotu w odniesieniu do wdrażania instrumentu finansowego) lub od dnia podjęcia decyzji o stosowaniu procedury negocjacyjnej bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, a także od dnia transpozycji dyrektywy 2014/24/UE. W przypadkach współpracy wewnętrznej lub współpracy między jednostkami administracyjnymi dzień, w którym instytucja zamawiająca podejmie ostateczną decyzję, że nie opublikuje wcześniej zaproszenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego⁽⁷⁾, jest istotny pod względem określenia, czy mają zastosowanie warunki ustanowione w orzecznictwie lub przepisy dyrektywy 2014/24/UE (zob. sekcje 3.5 i 3.6 poniżej)⁽⁸⁾.

Termin transpozycji dyrektywy 2014/24/UE do prawa krajowego upłynął 18 kwietnia 2016 r. Instytucje zamawiające muszą zastosować środki w zakresie transpozycji przyjęte przed tą datą. Po tym dniu, nawet jeżeli państwa członkowskie nie dokonały transpozycji, instytucje zamawiające muszą stosować przepisy dyrektywy 2014/24/UE. Począwszy od dnia 18 kwietnia 2016 r. należy w pełni przestrzegać wszystkich przepisów dyrektywy, w tym przepisów dotyczących współpracy wewnętrznej i współpracy między jednostkami administracyjnymi.

⁽³⁾ Wymóg otwartej, przejrzystej, proporcjonalnej i niedyskryminującej procedury wyboru niedopuszczającej do konfliktu interesów jest przestrzegany, jeżeli pośredników finansowych wybiera się zgodnie z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych. Jeżeli możliwe jest zawarcie umowy bezpośrednio z pośrednikiem finansowym, instytucje zamawiające powinny sprawdzić, czy większa liczba niż jeden podmiot, w przypadku którego możliwe jest bezpośrednie zamówienie, mogłaby świadczyć przedmiotową usługę finansową. W takim przypadku instytucje zamawiające muszą przeprowadzić otwarty, przejrzysty, proporcjonalny, niedyskryminujący proces wyboru niedopuszczający do konfliktu interesów między odnośnymi podmiotami zgodnie z art. 38 ust. 5 RWP. Jednym ze sposobów na zapewnienie przestrzegania tych wymogów jest, poza proceduralnymi wymogami dyrektywy, poinformowanie wszystkich zainteresowanych podmiotów o przewidywanym zamówieniu publicznym na usługi finansowe i zaproszenie ich do składania ofert, które instytucja zamawiająca mogłaby poddać ocenie.

⁽⁴⁾ Wybór operacji należy rozumieć jako decyzję o wnoszeniu wkładu finansowego z programu na rzecz instrumentu finansowego, nie zaś o następnych inwestycjach z instrumentów finansowych na rzecz ostatecznych odbiorców.

⁽⁵⁾ Zgodnie z art. 125 ust. 3 lit. a) RWP wyboru operacji w ramach instrumentu finansowego w odniesieniu do EFRROW/FS/EFS muszą dokonywać instytucje zarządzające. W odniesieniu do EFRROW wybór operacji w ramach instrumentu finansowego musi odbywać się zgodnie z art. 65 ust. 4, art. 66 i art. 49 rozporządzenia (UE) nr 1305/2013.

⁽⁶⁾ Instytucję zamawiającą zdefiniowano w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE („Instytucje zamawiające” oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego) i w art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE („instytucje zamawiające” oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego).

⁽⁷⁾ Odpowiednią datą dla ustalenia, która dyrektywa ma zastosowanie, jest dzień, w którym instytucja zamawiająca dokonuje wyboru rodzaju procedury i podejmuje ostateczną decyzję w sprawie konieczności wcześniejszej publikacji zaproszenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (por. sprawa C-576/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów, pkt 52).

⁽⁸⁾ Należy udowodnić podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia, nie istnieje jednak żaden prawny wymóg dotyczący dokładnej formy, jaką decyzja taka powinna przyjąć. Ocena kryteriów określonych w art. 7 RDK nie stanowi sama w sobie decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz dzień podjęcia decyzji przez instytucję zamawiającą na podstawie oceny można uznać za dzień, w którym instytucja zamawiająca podjęła ostateczną decyzję, że nie opublikuje wcześniejszego zaproszenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Bazując na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, dyrektywa 2014/24/UE odnosi się w szczególności do powierzenia zadań podmiotom publicznym będącym własnością instytucji zamawiającej i przez nią kontrolowanym (współpracy pionowej lub wewnętrznej) a także współpracy między jednostkami administracyjnymi (współpracy poziomej). Do dnia transpozycji dyrektywy 2014/24/UE przy udzielaniu zamówień w przypadku obu rodzajów współpracy należy przestrzegać warunków ustanowionych w orzecznictwie (zob. sekcje 3.5.1 i 3.6.1 poniżej).

Należy zauważyć, że możliwość określenia podmiotów wdrażających instrumenty finansowe w programach EFSI nie zwalnia instytucji zamawiających ze stosowania przepisów i zasad dotyczących zamówień publicznych podczas dokonywania wyboru takich podmiotów.

3. Wybór podmiotów wdrażających instrumenty finansowe

3.1. Wybór zgodny z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych

Z wyjątkiem sytuacji określonych poniżej oraz przypadków, w których instytucje zarządzające decydują się na bezpośrednio wdrożenie instrumentu finansowego zgodnie z art. 38 ust. 4 lit. c) RWP, muszą one dokonywać wyboru podmiotu wdrażającego instrumenty finansowe zgodnie z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych. Przepisów tych muszą również przestrzegać instytucje pośredniczące⁽⁹⁾ i podmioty wdrażające fundusz funduszy, które są instytucjami zamawiającymi.

Udzielanie zamówień publicznych przez organy państw członkowskich lub w imieniu tych organów musi być zgodne z zasadami TFUE, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z innymi powiązаныmi podstawowymi zasadami, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty koordynuje się krajowe procedury udzielania zamówień publicznych w celu zagwarantowania, aby zasady te miały praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne były otwarte na konkurencję. W odniesieniu do tego rodzaju zamówień zastosowanie mają przepisy dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa 2004/18/WE lub 2014/24/UE).

3.1.1. Wybór zgodny z przepisami dyrektywy 2004/18/WE lub dyrektywy 2014/24/UE

3.1.1.1. Próg

W przypadku zamówień publicznych na usługi art. 7 dyrektywy 2004/18/WE i art. 4 dyrektywy 2014/24/UE odnoszą się do dwóch progów, powyżej których ma zastosowanie przedmiotowa dyrektywa⁽¹⁰⁾:

- 135 000 EUR w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające wymienione jako centralne organy rządowe w załączniku IV do dyrektywy 2004/18/WE i w załączniku I do dyrektywy 2014/24/UE,
- 209 000 EUR w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające innego rodzaju.

Zgodnie z art. 7 dyrektywy 2004/18/WE i art. 4 dyrektywy 2014/24/UE próg ten ma zastosowanie do szacunkowej wartości usług, które mają być świadczone przez podmiot wdrażający instrument finansowy, pomniejszonej o podatek od wartości dodanej (VAT).

W odniesieniu do usług bankowych i innych usług finansowych podstawą do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia są opłaty, należne prowizje, odsetki oraz inne rodzaje wynagrodzenia (art. 9 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE, art. 5 ust. 13 dyrektywy 2014/24/UE).

3.1.1.2. Wytyczne dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych

Instytucje zamawiające mogą w użyteczny sposób wykorzystać porady dla osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczące unikania najczęstszych błędów popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych⁽¹¹⁾, nawet jeżeli obejmują one zamówienia podlegające stosowaniu dyrektywy 2004/18/WE. W poradach przypomniano konkretne punkty wymagające szczególnej uwagi, takie jak ustalenie zakresu oferty, wybór odpowiedniej procedury wyboru, określenie stosownego wyłączenia, kryteria wyboru i udzielenia zamówienia (unikanie mylenia tych kryteriów), konieczność przestrzegania obowiązujących terminów, aby dać oferentom wystarczającą ilość czasu na przygotowanie i przedłożenie oferty oraz konieczność odpowiedniego udokumentowania oceny ofert na podstawie ogłoszonych kryteriów.

⁽⁹⁾ Instytucję pośredniczącą zdefiniowano w art. 2 pkt 18 RWP jako „każdy podmiot publiczny lub prywatny, za którego działalność odpowiedzialność ponosi instytucja zarządzająca lub instytucja certyfikująca, bądź podmiot wykonujący obowiązki w imieniu takiej instytucji, w odniesieniu do beneficjentów realizujących operacje”. Wyboru instytucji pośredniczących należy dokonywać zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami, w tym przepisami dotyczącymi zamówień publicznych i, w stosownych przypadkach, wyjątkami od tych przepisów. Artykuł 123 ust. 6 RWP stanowi, że państwa członkowskie mogą „wyznaczyć jedną lub więcej instytucji pośredniczących do pełnienia niektórych zadań instytucji zarządzającej lub certyfikującej na odpowiedzialność tej instytucji”. Przepis ten ma zastosowanie do EFRR, EFS, Funduszu Spójności i EFMR. W art. 66 ust. 2 rozporządzenia (UE) nr 1305/2013 przewidziano taką samą możliwość w odniesieniu do EFRROW, określając, że instytucja zarządzająca zachowuje pełną odpowiedzialność za skuteczność i prawidłowość zarządzania zadaniami powierzonymi innemu podmiotowi i ich wykonywania oraz zapewnia, aby instytucja pośrednicząca miała dostęp do wszystkich danych i informacji niezbędnych do wykonania tych zadań.

⁽¹⁰⁾ Zgodnie z art. 6 dyrektywy 2014/24/UE proggi te podlegają przeglądowi co dwa lata.

⁽¹¹⁾ Biuro Publikacji – ISBN 978-92-79-50323-8 – nieprzekazane jeszcze w wersji ostatecznej państwom członkowskim.

3.1.1.3. Wybór procedury

Instytucje zamawiające powinny podjąć decyzję dotyczącą najbardziej odpowiedniej procedury wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe.

W przypadku szczególnie złożonych zakupów dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przewidują specjalne procedury, takie jak procedura konkurencyjna z negocjacjami czy dialog konkurencyjny (por. Art. 28–31 dyrektywy 2004/18/WE i art. 26 dyrektywy 2014/24/UE), pozwalające, z zastrzeżeniem pewnych warunków, na uwzględnienie do szczególnych potrzeb instytucji zamawiającej.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE można zastosować jedną z tych procedur lub obie te procedury, m.in. w przypadku, gdy nie można zaspokoić potrzeb instytucji zamawiającej bez dostosowania wyraźnie dostępnych rozwiązań, i w przypadku, gdy zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące charakteru, stopnia złożoności lub struktury prawnej i finansowej albo z uwagi na ryzyko związane z tymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami. Ocena, czy takie szczególne okoliczności występują, należy do instytucji zamawiającej.

Dyrektywa przewiduje również możliwość zastosowania tych samych procedur w przypadku, gdy procedura zamówienia publicznego zakończy się niepowodzeniem. Zgodnie z art. 26 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE procedurę konkurencyjną z negocjacjami lub dialog konkurencyjny można również zastosować w przypadku, gdy w następstwie zastosowania procedury otwartej lub procedury ograniczonej złożono wyłączenie oferty nieprawidłowe lub niedopuszczalne. W takiej sytuacji, gdy procedurę stosuje się w stosunku do wszystkich oferentów, którzy spełniają kryteria określone w art. 57–64 dyrektywy 2014/24/UE i którzy w ramach wcześniejszej procedury otwartej lub ograniczonej złożyli oferty zgodnie z formalnymi wymogami postępowania o udzielenie zamówienia, nie wymaga się publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

3.1.1.4. Stosowanie umów ramowych

Aby uniknąć konieczności modyfikacji umowy i aby zarządzać zmianami w zakresie zadań, które mają zostać powierzone, instytucje zamawiające mogą w przyszłości rozważyć stosowanie umowy ramowej⁽¹²⁾.

Umowy ramowe zapewniają pewną elastyczność w zarządzaniu zamówieniami publicznymi na usługi finansowe, gdyż umożliwiają dostosowanie ilości usług do potrzeb instytucji zamawiających lub do beneficjentów. Ponieważ nie zawsze można łatwo przewidzieć wielkość zapotrzebowania beneficjentów na instrumenty finansowe, zastosowanie umowy ramowej może zapewnić elastyczność niezbędną w zależności od mniejszych lub większych ilości.

Należy przypomnieć, że instytucje zamawiające nie są zobowiązane do udzielania specjalnych zamówień w następstwie umowy ramowej na całą przewidywaną ilość. Jeżeli w związku z tym umowa ramowa obejmuje kilka rodzajów instrumentów finansowych, a konkretny instrument finansowy zostaje uznany za niewłaściwie opracowany lub dostosowany do potrzeb ostatecznych odbiorców, nie ma obowiązku podpisywania żadnej specjalnej umowy w sprawie zamówienia w celu wdrożenia instrumentu.

Stosowanie tych samych warunków w odniesieniu do różnych usług finansowych wiąże się z ryzykiem, że na warunki dotyczące ceny lub jakości odnoszące się do jednej konkretnej usługi finansowej (lub instrumentu finansowego) wpłyną warunki dotyczące innych usług finansowych, nawet jeżeli nie istnieje żadne istotne powiązanie między obiema usługami (lub oboma instrumentami finansowymi). Z tego powodu przy stosowaniu umów ramowych zaleca się, aby dzielić zamówienie na części. Pozwala to na osobną ocenę ceny i jakości każdej z części, w zależności od okoliczności. Oferenci mogą dostosować swoje oferty, kompensując warunki gospodarcze lub w zakresie jakości między poszczególnymi częściami, w celu przedstawienia najlepszego stosunku wartości do ceny kilku swoich ofert, lub aby dołożyć starań w przypadku jednej konkretnej części, która jest lepiej dostosowana do ich szczególnych możliwości.

Zaleca się instytucjom zamawiającym, aby przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia analizowały szczególne cele każdej usługi finansowej (lub każdego instrumentu finansowego) w związku z zakresem ostatecznego odbiorcy, którego dotyczy instrument, w celu określenia przedmiotu zamówienia. Elastyczność umów ramowych pozwala na udzielenie zamówienia w przypadku, gdy instrument finansowy okaże się skuteczny pod względem popytu oraz na sprawdzenie, czy konkretny rodzaj instrumentu finansowego odpowiada potrzebom ostatecznych odbiorców w konkretnym sektorze gospodarki.

Szacunkową wartość umowy ramowej (którą należy wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu) obliczoną jako maksymalna szacunkowa wartość netto podatku VAT od wszystkich zamówień przewidywanych na cały okres obowiązywania umowy ramowej, należy oceniać z uwzględnieniem możliwości pokrycia wzrostów kwoty przekazanej na zarządzanie podmiotowi wdrażającemu instrument finansowy.

⁽¹²⁾ Por. art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE i art. 33 dyrektywy 2014/24/UE.

W odniesieniu do czasu trwania umowy ramowej zgodnie z art. 33 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE okres obowiązywania umowy ramowej nie może przekraczać czterech lat, poza wyjątkowymi przypadkami, które są należycie uzasadnione, w szczególności przez przedmiot umowy ramowej. Jak sprecyzowano jednak w motywie 62 dyrektywy, „choćby zamówienia oparte na umowie ramowej mają być udzielone przed zakończeniem okresu obowiązywania samej umowy ramowej, to okres obowiązywania poszczególnych umów opartych na umowie ramowej nie musi odpowiadać okresowi obowiązywania tej umowy ramowej, lecz może być – stosownie do przypadku – krótszy lub dłuższy”.

3.1.1.5. Modyfikacje umowy

Modyfikacje umowy na mocy dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z przyjętym orzecznictwem, są możliwe wyłącznie wówczas, gdy informacje te zostały udostępnione w ogłoszeniu o zamówieniu dla wszystkich potencjalnych oferentów oraz gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych. W takim przypadku instytucja zamawiająca będzie miała możliwość skorzystania z usług tego samego podmiotu wdrażającego instrument finansowy w odniesieniu do następnych zmian dotyczących początkowego wkładu do wysokości orientacyjnej kwoty będącej przedmiotem zamówienia. Jeżeli takie warunki nie są spełnione, a instytucja zamawiająca wprowadza istotne zmiany do umowy bez ponownego udzielenia zamówienia, zmiana taka wiązałaby się ze zmianą w pierwotnych warunkach przetargu, co jest sprzeczne z zasadą przejrzystości i równego traktowania, a zatem stanowiłaby nieprawidłowość.

Zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE zmiany w umowach mogą być wprowadzane bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia w szczególności w następujących sytuacjach, pod warunkiem przestrzegania szczególnych warunków przewidzianych w art. 72 dyrektywy:

- gdy modyfikacje zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Klauzule nie mogą przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Aby uwzględnić możliwość wzrostu wkładu z programu w instrument finansowy w późniejszym czasie, instytucja zamawiająca powinna, udzielając zamówienie na stosowne usługi finansowe, oszacować *ex ante* ewentualne dodatkowe wkłady w realizację programu i ich wpływ na szacunkową wartość zamówienia,
- w przypadku dodatkowych usług wykonywanych przez pierwotnego wykonawcę, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych i spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej. Zgodnie z art. 72 ewentualny wzrost ceny nie może przekraczać 50 % wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów dyrektywy,
- gdy konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć, modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia oraz wzrost ceny nie jest wyższy niż 50 % wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej (w przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji mają zastosowanie warunki wskazane powyżej),
- gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku: (i) jednoznacznej klauzuli przeglądowej lub opcji zgodnie z pierwszym punktem; (ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania dyrektywy; lub (iii) sytuacji, gdy instytucja zamawiająca sama przyjmuje zobowiązania głównego wykonawcy względem jego podwykonawców, gdy możliwość taką przewidują przepisy krajowe na mocy art. 71 dyrektywy,
- gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne ⁽¹³⁾,

⁽¹³⁾ Na mocy art. 72 ust. 4 „Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną [...], jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;
- c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;
- d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d)”.

— gdy wartość modyfikacji jest niższa niż progi stosowania dyrektywy 2014/24/UE i 10 % pierwotnej wartości umowy na usługi. Ponadto modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji (różniących się od powyższych wartości).

Wniosek:

Instytucje zamawiające, które chcą zwiększyć kwotę wkładów z programu w instrumenty finansowe wdrożone przez już wybrane podmioty (np. w ramach okresu programowania 2007–2013) muszą uważnie sprawdzić, czy spełnione są warunki dotyczące takiej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia.

Ponadto, aby przewidzieć możliwe przyszłe wzrosty wkładu z programu, zaleca się, aby instytucje zamawiające zaplanowały raczej zawarcie umów ramowych, niż wprowadzanie modyfikacji do umowy w sprawie zamówienia.

3.1.2. Poniżej progów określonych w dyrektywie: wybór zgodny z zasadami Traktatu

Poniżej progów określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych wybór podmiotów wdrażających instrumenty finansowe musi być zgodny z zasadami Traktatu, jeżeli umowa ma zasięg transgraniczny.

Zasady Traktatu, których należy przestrzegać, to zasada swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada przejrzystości oraz zasada proporcjonalności.

Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Komisja wydała komunikat wyjaśniający zatytułowany „Prawo wspólnotowe obowiązujące w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych” z dnia 23 czerwca 2006 r.⁽¹⁴⁾, w którym rozwinięto wymogi wynikające z tych zasad.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości zasady równego traktowania i niedyskryminacji oznaczają istnienie wymogu przejrzystości, który polega na zapewnianiu, z korzyścią dla wszelkich potencjalnych oferentów, pewnej reklamy, która będzie wystarczająca, aby otworzyć rynek na konkurencję. Zgodnie z wymogiem przejrzystości wykonawcy znajdujący się w innych państwach członkowskich mają dostęp do odpowiednich informacji dotyczących zamówienia przed jego przyznaniem, tak, aby mogli, jeżeli chcą, wyrazić swoje zainteresowanie uzyskaniem tego zamówienia.

Wymaga to, aby przed udzieleniem zamówienia opublikowano reklamę, która będzie w wystarczającym stopniu dostępna. Reklamę taką powinien opublikować podmiot zamawiający, aby otworzyć dostęp do zamówienia dla konkurencji. Podmioty zamawiające są odpowiedzialne za decyzję dotyczącą najodpowiedniejszego medium, za pośrednictwem którego będą reklamowały swoje zamówienia.

Wymogi wynikające z zasad Traktatu mają zastosowanie do zamówień poniżej progów określonych w dyrektywach, które to zamówienia mają zasięg transgraniczny. Poszczególne podmioty zamawiające muszą ustalić istnienie zasięgu transgranicznego w oparciu o ocenę poszczególnych okoliczności zamówienia, takich jak przedmiot zamówienia, wysokość szacunkowej wartości, łącznie z miejscem, w którym mają być prowadzone prace lub z techniczną charakterystyką zamówienia⁽¹⁵⁾, specyfiką danego sektora (wielkością i strukturą rynku, praktykami handlowymi itp.).

3.2. Wyznaczenie EBI

EBI jest jednym z podmiotów określonych w RWP, którym instytucje zarządzające mogą powierzyć zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych (art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (i) RWP).

Ponieważ relacje między państwami członkowskimi a EBI podlegają prawu pierwotnemu⁽¹⁶⁾, dostęp do działań statutowych EBI nie może być przedmiotem zasad i warunków proceduralnych niebędących częścią przepisów regulujących działania EBI na mocy prawa pierwotnego UE. Oznacza to, że przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (które są prawem wtórnym) nie mają zastosowania w przypadku uprawnień w odniesieniu do zarządzania instrumentami finansowymi zawartymi między instytucjami zarządzającymi a EBI. W związku z tym takie umowy w sprawie zamówień można zawierać bezpośrednio z EBI.

W przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia EBI przez instytucję zarządzającą w odniesieniu do wdrażania funduszu funduszy EBI wybierze pośredników finansowych do wdrożenia instrumentów finansowych na podstawie swoich wewnętrznych przepisów i procedur, które, w związku z tym, że EBI podlega postanowieniom Traktatu, muszą być zgodne z zasadami określonymi w Traktacie.

⁽¹⁴⁾ Wyjaśnienie Komisji potwierdził Sąd w swoim wyroku z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*.

⁽¹⁵⁾ Sprawa C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL przeciwko Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, pkt 20. Bliskość granicy może nadal prowadzić do uznawania zamówień o niskiej wartości za mające zasięg transgraniczny (sprawy połączone C-147/06 i C-148/06, *SECAP SpA (C-147/06) i Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)*, przeciwko *Comune di Torino*, pkt 31).

⁽¹⁶⁾ Por. art. 175 TFUE.

Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 3 RDK, jeżeli EBI powierzy dalej zadania wdrożeniowe pośrednikom finansowym, wybór musi być również zgodny ze szczególnymi wymogami określonymi w tym przepisie (zob. sekcja 3.7 poniżej).

Wniosek:

Institucje zarządzające, instytucje pośredniczące i podmioty wdrażające fundusz funduszy, które są instytucjami zamawiającymi, mogą zawrzeć umowę bezpośrednio z EBI, tj. bez stosowania procedury przetargowej⁽¹⁷⁾, w sprawie upoważnień do wdrażania instrumentów finansowych.

3.3. Wyznaczenie EFI

EFI został ustanowiony w 1994 r. przez Radę Gubernatorów EBI (reprezentującą państwa członkowskie) w oparciu o akt prawa pierwotnego UE⁽¹⁸⁾. Za sprawą aktu dodano art. 30 do Statutu EBI, załączonego do Traktatu, dającego Radzie uprawnienia do ustanawiania EFI i ich statusów. Zgodnie z tym artykułem (zastąpionym już od tamtej pory ogólnym artykułem dotyczącym ustanawiania jednostek zależnych EBI, obecnie art. 28 Protokołu (nr 5) w Statucie EBI) EFI posiada osobowość prawną i niezależność finansową, podobnie jak EBI.

Zgodnie z art. 2 Statutu zadaniem EFI jest przyczynianie się do wypełniania celów Unii Europejskiej poprzez udzielanie gwarancji i udziały w przedsiębiorstwach. Ponadto EFI może angażować się w inne działania związane z tymi zadaniami lub z nich wynikające.

Jeżeli chodzi o EBI, pozycja EFI charakteryzuje się bliską relacją z Unią Europejską pod względem celów. EFI zamierza przyczynić się do realizacji celów i zadań Unii, realizując działania zmierzające do wypełniania unijnych celów.

W art. 2 pkt 23 RWP zdefiniowano „EBI” do celów RWP jako podmiot obejmujący EBI, EFI i dowolną (inną) jednostkę zależną EBI. EFI jest zatem również wskazany w RWP wśród podmiotów, którym instytucje zarządzające mogą powierzyć zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych (art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (i) RWP).

W związku ze szczególnym statusem EFI możliwe jest bezpośrednie przyznawanie uprawnień w zakresie zarządzania instrumentami finansowymi między instytucjami zarządzającymi a EFI.

W przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia EFI przez instytucję zarządzającą w odniesieniu do wdrażania funduszu funduszy EFI wybierze pośredników finansowych do wdrożenia instrumentów finansowych na podstawie swoich wewnętrznych przepisów i procedur, które, w związku z tym, że EFI podlega postanowieniom Traktatu, muszą być zgodne z zasadami określonymi w Traktacie.

Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 3 RDK jeżeli EFI powierzy dalej zadania wdrożeniowe pośrednikom finansowym, wybór musi być zgodny ze szczególnymi wymogami określonymi w tym przepisie (zob. sekcja 3.7 poniżej).

Wniosek:

Institucje zarządzające, instytucje pośredniczące i podmioty wdrażające fundusz funduszy, które są instytucjami zamawiającymi, mogą zawrzeć umowę w sprawie upoważnień do wdrażania instrumentów finansowych bezpośrednio z EFI, tj. bez stosowania procedury przetargowej⁽¹⁹⁾.

3.4. Wyznaczenie międzynarodowej instytucji finansowej

Institucje zarządzające mogą rozważyć powierzenie wdrażania instrumentu finansowego międzynarodowej instytucji finansowej, jak przewidziano w art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (ii) RWP.

W RWP nie zawarto definicji międzynarodowej instytucji finansowej. Międzynarodowe instytucje finansowe można zdefiniować jako instytucje finansowe ustanowione przez co najmniej dwa państwa w drodze umowy międzyrządowej w celu zapewnienia wsparcia finansowego dla działań w zakresie rozwoju gospodarczego i społecznego. Ich właścicielami lub udziałowcami są zazwyczaj rządy krajowe, lecz mogą to być również inne międzynarodowe instytucje lub inne organizacje.

Zadania związane z wdrażaniem instrumentu finansowego międzynarodowej instytucji finansowej może powierzać bezpośrednio instytucja zarządzająca, pod warunkiem że państwo członkowskie, które wyznaczyło tę instytucję zarządzającą⁽²⁰⁾ jest członkiem międzynarodowej instytucji finansowej, a powierzane zadania wchodzą w zakres statutowej misji instytucji. Taka sama możliwość otwarta jest również na tych samych warunkach dla instytucji pośredniczących i podmiotów wdrażających fundusze funduszy, które są instytucjami zamawiającymi.

⁽¹⁷⁾ Jak przewidziano w art. 13 ust. 6 RDK, w przypadku braku procedury przetargowej zastosowanie mają progi dotyczące kosztów zarządzania i opłat określone w art. 13.

⁽¹⁸⁾ Akt zmieniający Protokół w sprawie Statutu Europejskiego Banku Inwestycyjnego upoważniający Radę Gubernatorów do utworzenia Europejskiego Funduszu Inwestycyjnego, Dz.U. L 173 z 7.7.1994, s. 14.

⁽¹⁹⁾ Jak przewidziano w art. 13 ust. 6 RDK, w przypadku braku procedury przetargowej zastosowanie mają progi dotyczące kosztów zarządzania i opłat określone w art. 13.

⁽²⁰⁾ W odniesieniu do programów EWT dotyczy to państwa członkowskiego, w którym zlokalizowana jest instytucja zarządzająca.

Wyznaczając międzynarodową instytucję finansową (z wyjątkiem EBI i EFI), instytucje zarządzające muszą sprawdzić, czy instytucja taka spełnia kryteria wyboru określone w art. 7 ust. 1 i 2 RDK.

W następstwie powierzenia międzynarodowe instytucji finansowej zadań związanych z wdrażaniem funduszy przez instytucję zarządzającą, międzynarodowa instytucja finansowa może wybrać pośredników finansowych do wdrożenia instrumentów finansowych. Międzynarodowa instytucja finansowa będzie dokonywała wyboru pośredników finansowych zgodnie z zasadami międzynarodowej instytucji finansowej.

Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 3 RDK, jeżeli międzynarodowa instytucja finansowa powierzy dalej zadania wdrożeniowe pośrednikom finansowym, wybór musi być zgodny ze szczególnymi wymogami określonymi w tym przepisie (zob. sekcja 3.7 poniżej).

Wniosek:

Instytucje zarządzające mogą zawrzeć umowę w sprawie upoważnień do wdrażania instrumentów finansowych bezpośrednio z międzynarodową instytucją finansową, której członkiem jest państwo członkowskie, tj. bez stosowania procedury przetargowej⁽²¹⁾, pod warunkiem że powierzane zadania wchodzą w zakres statutowej misji instytucji.

3.5. Udzielenie zamówienia w przypadku jednostek wewnętrznych

Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie może jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych z wykorzystaniem ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość świadczenia usług wewnętrznych.

W tym kontekście instytucja zarządzająca może rozważyć powierzenie wdrażania instrumentu finansowego jednostce wewnętrznej⁽²²⁾. Taka sama możliwość dotyczy również instytucji pośredniczących i podmiotów wdrażających fundusze funduszy, które są instytucjami zamawiającymi, pod warunkiem że przestrzegane są warunki określone poniżej.

Przed przyjęciem dyrektywy 2014/24/UE warunki zawierania umów bezpośrednio z podmiotami będącymi własnością instytucji zamawiającej i przez nią kontrolowanymi (jednostkami wewnętrznymi) zdefiniowane zostały w orzecznictwie.

Warunki, na których możliwe jest takie bezpośrednie udzielenie zamówienia, określono następnie i rozszerzono w dyrektywie 2014/24/UE. Należy uważnie oceniać wypełnianie tych warunków w poszczególnych przypadkach.

Wyznaczając jednostkę wewnętrzną należy również zapewnić zgodność z warunkami określonymi w art. 7 RDK.

3.5.1. Warunki dotyczące udzielania zamówień jednostkom wewnętrznym do czasu transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub do dnia 18 kwietnia 2016 r., w zależności od tego, która data będzie wcześniejsza

Zgodnie z orzecznictwem, jeżeli organ publiczny będący instytucją zamawiającą zdecyduje się nie wykonywać powierzonych mu zadań leżących w interesie publicznym przy użyciu własnych zasobów administracyjnych, technicznych i innych, może bezpośrednio powierzyć realizację takich zadań innym jednostkom, gdy: (i) są one w 100 % podmiotami publicznymi; (ii) sprawuje nad przedmiotowymi jednostkami kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami; oraz (iii) jednostki te prowadzą znaczną część swojej działalności na rzecz kontrolującej instytucji zamawiającej lub kontrolujących instytucji zamawiających.

3.5.1.1. Warunek całkowitej własności publicznej

W odniesieniu do pierwszego kryterium, jednostka musi stanowić w 100 % własność publiczną.

3.5.1.2. Warunek dotyczący podobnej kontroli

Instytucja zamawiająca musi sprawować nad daną jednostką kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami. Kontrolę taką może sprawować samodzielnie lub wspólnie⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Jak przewidziano w art. 13 ust. 6 RDK, w przypadku braku procedury przetargowej zastosowanie mają progi dotyczące kosztów zarządzania i opłat określone w art. 13.

⁽²²⁾ O ile spełniono warunki dotyczące współpracy wewnętrznej, możliwe jest bezpośrednie udzielenie zamówienia instytucjom finansowym mającym siedzibę w państwie członkowskim dążącym do osiągnięcia celów interesu publicznego i pozostającym pod nadzorem instytucji publicznych, o których mowa w art. 38 ust. 4 lit b) ppkt (ii) RWP, oraz podmiotom prawa publicznego lub prywatnego, o których mowa w art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (iii) RWP.

⁽²³⁾ Trudno jest przewidzieć sytuację, w której instytucja zamawiająca skutecznie kontrolowałaby jednostkę wewnętrzną, nie mając jej na własność chociaż częściowo.

Pojęcie instytucji zamawiającej

Kontrolę muszą sprawować instytucje zamawiające w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, jak określono w załączniku I do dyrektywy. Warunek skutecznej kontroli jest zatem spełniony w przypadku gdy np. jednostka ministerstwa chce zawrzeć umowę z jednostką wewnętrzną państwa, a inna jednostka tego samego ministerstwa prowadzi skuteczną kontrolę dzięki uczestnictwu w strukturach zarządzania jednostki wewnętrznej. Nie jest on jednak spełniony na przykład w następujących sytuacjach:

- gdy centralne ministerstwo chce zawrzeć umowę z jednostką wewnętrzną państwa, a inne centralne ministerstwo prowadzi skuteczną kontrolę dzięki uczestnictwu w strukturach zarządzania jednostki wewnętrznej,
- gdy regionalne ministerstwo chce zawrzeć umowę z jednostką wewnętrzną państwa, a centralne ministerstwo prowadzi skuteczną kontrolę dzięki uczestnictwu w strukturach zarządzania jednostki wewnętrznej.

Podobna kontrola:

Zgodnie z przyjętym orzecznictwem ⁽²⁴⁾ „podobna kontrola” istnieje wtedy, gdy jednostka, o której mowa, podlega kontroli umożliwiającej instytucji zamawiającej wpływ na decyzje podejmowane przez tę jednostkę. Instytucja zamawiająca nie musi mieć w praktyce wpływu na decyzje, wystarczy, że ma możliwość skorzystania z takiej ewentualności.

Sprawowana władza musi mieć decydujący wpływ na oba strategiczne cele i na istotne decyzje tej jednostki ⁽²⁵⁾. Innymi słowy instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką. Niekoniecznie wymaga to codziennej kontroli operacyjnej ⁽²⁶⁾.

Warunek podobnej kontroli jest spełniony, gdy instytucja zamawiająca jest reprezentowana w radzie nadzorczej lub zarządczej jednostki (np. banku rozwoju) i ma możliwość wywierania decydującego wpływu na oba strategiczne cele i znaczące decyzje tej jednostki.

Aby ocenić, czy instytucja zamawiająca może wywierać decydujący wpływ na oba strategiczne cele i znaczące decyzje jednostki, Trybunał Sprawiedliwości bada: (i) czy w kapitale jednostki istnieje udział prywatny; (ii) skład organów decyzyjnych; oraz (iii) zakres uprawnień przyznanych radzie prezesów ⁽²⁷⁾.

Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości udział prywatnego przedsiębiorstwa, nawet mniejszościowy, w kapitale spółki, w której instytucja zamawiająca jest również uczestnikiem, wyklucza możliwość, aby ta instytucja zamawiająca sprawowała nad tą spółką kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami ⁽²⁸⁾.

Jednak fakt, że przyznająca instytucja zamawiająca posiada sama lub wspólnie z inną instytucją zamawiającą cały kapitał podstawowy tej jednostki zwykle wskazuje na to – zazwyczaj, lecz nie definitywnie – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą jednostką kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad swoimi jednostkami ⁽²⁹⁾.

Fakt, że organy decyzyjne jednostki składają się z przedstawicieli instytucji zamawiających, będących właścicielami tej jednostki, wskazuje na to, że jednostka pozostaje pod kontrolą instytucji zamawiających, które mogą zatem wywierać decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne jednostki, jak i jej istotne decyzje.

Konieczne jest sprawdzenie zakresu uprawnień powierzonych radzie prezesów, aby ocenić, czy jednostka jest ukierunkowana na rynek i czy posiada taki stopień niezależności, że kontrola sprawowana przez powiązaną z nią instytucję zamawiającą będzie słaba.

Należy uwzględnić prawną formę przedsiębiorstwa, gdyż niektóre formy przedsiębiorstw mogą realizować swoje cele niezależnie od swoich udziałowców.

Jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie niż powiązane instytucje zamawiające, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej.

Kontrola nad decyzjami jednostki sprawowana przez instytucje zamawiające za pośrednictwem organów nadzoru może być postrzegana jako umożliwiająca tym instytucjom sprawowanie nad tą jednostką kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

⁽²⁴⁾ Sprawa C-107/98 *Teckal*.

⁽²⁵⁾ Sprawa C-458/03 *Parking Brixen*, pkt 63–70, sprawa C-340/04 *Carbotermo*, pkt 38, sprawa C-324/07 *Coditel Brabant*, pkt 28; oraz sprawa C-573/07 *Sea*, pkt 65.

⁽²⁶⁾ Sprawa C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate Comune di Varese*, pkt 27.

⁽²⁷⁾ Sprawa C-324/07, *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, pkt 29.

⁽²⁸⁾ Sprawa C-26/03 *Stadt Halle i RPL Lochau*, pkt 49.

⁽²⁹⁾ Sprawa C-340/04 *Carbotermo i Consorzio Alisei*, pkt 37, oraz sprawa C-295/05 *Asemfo*, Zb.Orz. 2007, s. I-2999, pkt 57.

Kontrola ta musi być skuteczna⁽³⁰⁾. Nie wystarczy, że sprawowana kontrola polega głównie na swobodzie powierzonej prawem spółek większości udziałowców, która to swoboda skutkuje ograniczeniem uprawnień instytucji zamawiającej do wpływania na decyzje tych przedsiębiorstw⁽³¹⁾.

Podobną kontrolę można sprawować samodzielnie lub wspólnie:

Nie jest konieczne samodzielne sprawowanie kontroli: dopuszcza się analogiczną wspólną kontrolę. Zgodnie z orzecznictwem w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających, „podobną kontrolę” mogą sprawować wspólnie te instytucje, w przypadku których samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. W zależności od okoliczności decyzje może podejmować większość⁽³²⁾.

Trybunał uznał, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą może być spełniony, jeżeli instytucja taka posiada tylko 0,25 % kapitału przedsiębiorstwa publicznego⁽³³⁾. Wspólna analogiczna kontrola możliwa jest nawet w przypadku, jeżeli odsetek posiadanych udziałów w spółce jest bardzo niski, pod warunkiem że prawa wynikające z tych udziałów są wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę⁽³⁴⁾.

Jeżeli instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą jest uczestnikiem organu decyzyjnego jednostki, która jest wspólną własnością kilku publicznych właścicieli i która podlega ich wspólnej kontroli, konieczna jest ocena, czy istnieje wspólna analogiczna kontrola nad jednostką.

3.5.1.3. Warunek dotyczący znacznej części działalności jednostki prowadzonej na rzecz kontrolującego organu publicznego lub kontrolujących organów publicznych

Jednostka musi prowadzić znaczną część działalności na rzecz kontrolującej instytucji zamawiającej lub kontrolujących instytucji zamawiających, tj. w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, niezależnie od beneficjenta realizacji zamówienia. Trybunał Sprawiedliwości nie ustalił jak dotychczas odsetka mogącego stanowić znaczną część działalności jednostki⁽³⁵⁾.

W przypadku, gdy instytucja zarządzająca nie jest jedynym właścicielem jednostki i nie kontroluje jej samodzielnie, warunek dotyczący prowadzenia przez jednostkę znacznej części działalności na rzecz kontrolującej instytucji zamawiającej lub kontrolujących instytucji zamawiających jest spełniony nawet jeżeli w momencie udzielenia zamówienia jednostka wewnętrzna nie realizuje żadnych zadań powierzonych przez instytucję zarządzającą, lecz jeżeli znaczna część działalności tej jednostki polega na realizacji zadań powierzonych przez inne kontrolujące ją instytucje.

Wniosek:

Instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy, będące instytucją zamawiającą, mogą zatem, jeżeli spełniają wymienione powyżej warunki, powierzać zadania wdrażania instrumentów finansowych jednostkom będącym w 100 % własnością publiczną (na przykład bankowi rozwoju), nad którymi sprawuje kontrolę podobną do kontroli sprawowanej przez nie nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że jednostka ta prowadzi znaczną część działalności na rzecz kontrolującej instytucji zamawiającej lub kontrolujących instytucji zamawiających. Wybór pośredników finansowych przez podmiot wewnętrzny musi być zgodny z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych, pod warunkiem że podmioty wewnętrzne są instytucjami zamawiającymi.

3.5.2. Warunki udzielania zamówienia jednostkom wewnętrznym po transpozycji dyrektywy 2014/24/UE (art. 12 dyrektywy 2014/24/UE) lub po dniu 18 kwietnia 2016 r.

Zgodnie z art. 12 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego z kontrolowaną osobą prawną jeżeli spełnione są wszystkie trzy następujące warunki.

⁽³⁰⁾ Sprawa C-324/07 Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, pkt 54.

⁽³¹⁾ Sprawa C-458/03 Parking Brixen, pkt 69 oraz sprawa C-340/04 Carbotermo, pkt 39. W kontekście rozważanej sprawy Trybunał Sprawiedliwości uznał, że kontrola nie jest podobna do kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad jej własnymi jednostkami, jeżeli w statucie przedsiębiorstwa nie zastrzeżono dla instytucji zamawiającej żadnej kontroli lub szczególnych uprawnień w zakresie głosowania ograniczających wolność działania powierzoną zarządowi, który posiada najszerze upoważnienia do zwyczajnego i nadzwyczajnego zarządzania przedsiębiorstwem, oraz jeżeli instytucja zamawiająca wpływa na jednostkę wewnętrzną za pośrednictwem spółki dominującej, gdyż interwencja takiego pośrednika może, w zależności od okoliczności sprawy, osłabić kontrolę, którą może sprawować instytucja zamawiająca nad spółką akcyjną wyłącznie dlatego, że posiada ona udziały tej spółki.

⁽³²⁾ Zob. przypis 30.

⁽³³⁾ Sprawa C-295/05 Asemfo, pkt 56–61.

⁽³⁴⁾ Sprawa C-182/11 Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, pkt 33.

⁽³⁵⁾ Można jednak zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości zaakceptował odsetek wynoszący 90 % (zob. sprawa C-295/05 Asemfo, pkt 63).

3.5.2.1. Warunek dotyczący własności jednostki wewnętrznej

W kontrolowanej osobie prawnej nie może być bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Udział kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym zgodny z Traktatami odnosi się do prywatnego udziału będącego skutkiem prowadzenia przejrzystej i niedyskryminującej procedury⁽³⁶⁾ zgodnej z zasadami Traktatu.

Nie jest wymagane, aby instytucja zamawiająca korzystająca z usług jednostki wewnętrznej posiadała udziały tej jednostki, pod warunkiem że jednostka jest w 100 % własnością publiczną, sprawuje kontrolę nad jednostką wewnętrzną (sekcja 3.5.2.2 poniżej) i spełnione są kryteria dotyczące działalności (sekcja 3.5.2.3 poniżej)⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Warunek kontroli instytucji zamawiającej nad jednostką wewnętrzną

Instytucja zamawiająca musi sprawować nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami. Kodyfikując kryteria określone w orzecznictwie, art. 12 ust. 1 dyrektywy przewiduje, że instytucja zamawiająca sprawuje taką kontrolę jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Wskaźniki decydującego wpływu wywieranego przez instytucję zamawiającą zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje jednostki, o której mowa powyżej w sekcji 3.5.1.2 są zatem istotne.

Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą (art. 12 ust. 1) lub może być ona sprawowana wspólnie, o ile spełnione są warunki określone w art. 12 ust. 3 dyrektywy⁽³⁸⁾.

Z wyjątkiem przypadków wspólnej kontroli, możliwe jest również bezpośrednie udzielenie zamówienia wówczas, gdy kontrolowana osoba prawna będąca instytucją zamawiającą udziela zamówienia instytucji zamawiającej sprawującej nad nią kontrolę lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę samą instytucję zamawiającą, pod warunkiem że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia publicznego, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną (zob. art. 12 ust. 2 dyrektywy).

3.5.2.3. Warunek działalności prowadzonej na potrzeby kontrolującej instytucji zamawiającej

Kontrolowana osoba prawna musi prowadzić ponad 80 % działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, niezależnie od beneficjenta realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE do celów ustalenia odsetka działalności należy uwzględnić średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Jeżeli ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty za poprzednie trzy lata, są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych.

⁽³⁶⁾ Por. Sprawa C-64/08, Engelmänn, pkt 50 i sprawa C-25/14, UNIS, pkt 39 przypominające, że chociaż z wymogu przejrzystości nie wynika konieczność publikowania zaproszenia do składania ofert, konieczna jest pewna reklama, która będzie wystarczająca, aby stworzyć z jednej strony możliwość konkurencji, z drugiej zaś bezstronność w przeglądzie postępowania o udzielenie zamówienia.

⁽³⁷⁾ Trudno jest przewidzieć sytuację, w której instytucja zamawiająca skutecznie kontrolowałaby jednostkę wewnętrzną, nie mając jej na własność chociaż częściowo.

⁽³⁸⁾ Na mocy art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE do sprawowania wspólnej kontroli muszą być spełnione następujące warunki:

- (i) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególne przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;
- (ii) wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz
- (iii) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Państwa członkowskie mogą stosować jedną z metod. W przypadku gdy stosuje się metodę całkowitego obrotu, obrót powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot (np. bank rozwoju), z czego ponad 80 % musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą.

Każdorazowo gdy instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca wyznaczy jednostkę wewnętrzną jako organ wdrażający fundusz funduszy i jednostka ta jest instytucją zamawiającą na podstawie obowiązującej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, ma ona obowiązek przestrzegać przepisów i zasad dotyczących zamówień publicznych przy wyborze pośredników finansowych. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 3 RDK wybór musi być zgodny ze szczególnymi wymogami określonymi w tym przepisie (zob. sekcja 3.7 poniżej).

Instytucjom finansowym w państwie członkowskim dążącym do osiągnięcia celów interesu publicznego pod nadzorem instytucji publicznej, o których mowa w art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (ii) RWP, można powierzyć zadania dotyczące wdrożenia instrumentów finansowych, o ile spełniono powyższe warunki.

Wniosek:

Instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy, będący instytucją zamawiającą, może zawrzeć umowę na wdrożenie instrumentu finansowego bezpośrednio z podmiotami wewnętrznymi, pod warunkiem że spełniono wymogi określone w art. 12 dyrektywy 2014/24/UE. Wybór pośredników finansowych przez podmiot wewnętrzny musi być zgodny z przepisami i zasadami dotyczącymi zamówień publicznych, jeżeli podmioty wewnętrzne są instytucjami zamawiającymi.

Przykład 1:

Region X posiada 100 % udziałów w regionalnym banku rozwoju, którego zadaniem określonym w statucie jest wspieranie rozwoju gospodarczego w tym regionie.

Region X przewodniczy radzie nadzorczej banku, której zadaniem jest nadawanie kierunków strategicznych działaniom banku oraz prowadzenie głosowania nad budżetem, personelem i nominacjami dotyczącymi kadry kierowniczej banku.

Bank może swobodnie podejmować codzienne decyzje o finansowaniu, tj. o uruchomieniu kredytu i gwarancji na rzecz przedsiębiorstw w regionie, które nie wchodzą w zakres tego, co uważa się za „istotne”. Istotne decyzje (takie jak decyzje dotyczące strategii pożyczkowych, personelu, budżetu) podlegają decydującemu wpływowi kontrolującej instytucji zamawiającej.

Wynika to z ustaleń, zgodnie z którymi region X sprawuje nad bankiem kontrolę podobną do tej sprawowanej nad jego własnymi departamentami.

Region X chce powierzyć regionalnemu bankowi rozwoju zadania związane z wdrażaniem instrumentu finansowego.

Ponieważ region skutecznie kontroluje bank, którego jest właścicielem, i ponieważ bank nie prowadzi żadnej działalności handlowej z wyjątkiem zadań wykonywanych na rzecz regionu X, istnieje wewnętrzna relacja między regionem X a bankiem umożliwiająca regionowi X powierzenie zadań związanych z wdrażaniem instrumentu finansowego bankowi, pod warunkiem że bank spełnia wymogi określone w art. 7 RDK.

Przykład 2:

Region X posiada 1 % udziałów w krajowym banku rozwoju, którego zadaniem określonym przepisami prawa jest wspieranie rozwoju gospodarczego w danym państwie członkowskim.

Region X jest członkiem rady nadzorczej banku. Bank może swobodnie podejmować codzienne decyzje o finansowaniu, tj. o uruchomieniu kredytu i gwarancji na rzecz przedsiębiorstw w regionie, które nie wchodzą w zakres tego, co uważa się za „istotne”. Na istotne decyzje (takie jak decyzje dotyczące strategii pożyczkowych, personelu, budżetu) decydujący wpływ ma jednak kontrolująca instytucja zamawiająca. Na podstawie praw związanych z członkostwem region X sprawuje nad bankiem kontrolę podobną do sprawowanej nad jego własnymi departamentami.

Oprócz zadań prowadzonych w odniesieniu do regionu X bank prowadzi również działalność gospodarczą stanowiącą 15 % jego średniego całkowitego obrotu.

W czerwcu 2016 r. (zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE) region X chce powierzyć bankowi zadania związane z wdrożeniem instrumentu finansowego. Ponieważ region skutecznie kontroluje bank (nawet jeżeli jego udziały wynoszą jedynie 1 %) i ponieważ bank prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych mu przez właścicieli⁽³⁹⁾ (jak obliczono na podstawie średniego całkowitego obrotu banku za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia), istnieje wewnętrzna relacja między regionem X a bankiem umożliwiająca regionowi X powierzenie zadań związanych z wdrażaniem instrumentu finansowego bankowi, pod warunkiem że bank spełnia wymogi określone w art. 7 RDK.

⁽³⁹⁾ Na potrzeby przykładu zakłada się, że warunki dotyczące własności podmiotów wewnętrznych określone w dyrektywie 2014/24/UE i wspomniane powyżej zostały spełnione.

Przykład 3:

Państwo posiada 100 % udziałów w banku rozwoju, którego zadaniem jest wspieranie rozwoju gospodarczego w danym państwie członkowskim.

Ministerstwo X jest członkiem rady nadzorczej banku. Bank może swobodnie podejmować codzienne decyzje o finansowaniu, tj. o uruchomieniu kredytu i gwarancji na rzecz przedsiębiorstw w regionie, które nie wchodzą w zakres tego, co uważa się za „istotne”. Na istotne decyzje (takie jak decyzje dotyczące strategii pożyczkowych, personelu, budżetu) ma jednak decydujący wpływ kontrolująca instytucja zamawiająca i w konsekwencji ministerstwo X sprawuje nad bankiem kontrolę podobną do tej sprawowanej nad jego własnymi departamentami.

Oprócz zadań prowadzonych w odniesieniu do ministerstwa X, bank prowadzi również działalność gospodarczą stanowiącą 15 % jego średniego całkowitego obrotu.

W czerwcu 2016 r. (zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE) ministerstwo X chce powierzyć bankowi zadania związane z wdrożeniem instrumentu finansowego. Ponieważ ministerstwo skutecznie kontroluje bank oraz z uwagi na fakt, że bank prowadzi ponad 80 % jego działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych mu przez właścicieli⁽⁴⁰⁾ (jak obliczono na podstawie średniego całkowitego obrotu banku za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia), między ministerstwem X a bankiem istnieje wewnętrzna relacja umożliwiająca ministerstwu X powierzenie zadań związanych z wdrażaniem instrumentu finansowego bankowi, pod warunkiem że bank spełnia wymogi określone w art. 7 RDK.

3.6. **Współpraca między jednostkami administracyjnymi** ⁽⁴¹⁾

Również w tym przypadku sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza zastosowania przepisów dotyczących zamówień.

Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie może jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych z wykorzystaniem ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Mając na uwadze potrzebę uniknięcia zakłóceń konkurencji w odniesieniu do prywatnych podmiotów gospodarczych, dalsze uściślenia dotyczące współpracy między jednostkami administracyjnymi zostały wprowadzone dyrektywą 2014/24/UE.

W tym kontekście instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy, będący instytucją zamawiającą, może rozważyć wykorzystanie współpracy między jednostkami administracyjnymi do celów powierzenia zadań związanych z wdrażaniem instrumentu finansowego, o ile spełniono warunki dotyczące takiej współpracy⁽⁴²⁾.

Współpraca między jednostkami administracyjnymi na rzecz wdrażania instrumentów finansowych może być realizowana za pośrednictwem umowy zawartej między instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub podmiotem wdrażającym fundusz funduszy będącym instytucją zamawiającą a inną instytucją zamawiającą sprawującą kontrolę nad podmiotem będącym w 100 % podmiotem publicznym i zdolnym do wdrażania instrumentów finansowych (tj. podmiotem wewnętrznym). Ewentualnie umowa o finansowaniu może zostać zawarta bezpośrednio między instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub podmiotem wdrażającym fundusz funduszy będącym instytucją zamawiającą a instytucją zamawiającą wdrażającą instrument finansowy. Umowa/umowa o finansowaniu powinny obejmować warunki wynagrodzenia podmiotu wdrażającego instrument finansowy⁽⁴³⁾.

Wykorzystując współpracę między jednostkami administracyjnymi, instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą ma obowiązek zapewnić zgodność z przepisami art. 7 ust. 1 i 2 RDK.

⁽⁴⁰⁾ Na potrzeby przykładu zakłada się, że warunki dotyczące własności podmiotów wewnętrznych określone w dyrektywie 2014/24/UE i wspomniane powyżej zostały spełnione.

⁽⁴¹⁾ O ile spełniono warunki dotyczące współpracy między jednostkami administracyjnymi, możliwe jest bezpośrednie udzielenie zamówienia instytucjom finansowym mającym siedzibę w państwie członkowskim dążącym do osiągnięcia celów interesu publicznego i pozostającym pod nadzorem instytucji publicznych, o których mowa w art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (iii) RWP, oraz podmiotom prawa publicznego, o których mowa w art. 38 ust. 4 lit. b) ppkt (iii) RWP.

⁽⁴²⁾ Państwo członkowskie może również wyznaczyć instytucję pośredniczącą w ramach współpracy między administracjami. Przedmiotowa instytucja pośrednicząca mogłaby wówczas powierzyć zadania związane z wdrażaniem instrumentu finansowego w drodze współpracy między jednostkami administracyjnymi lub mogłaby je powierzyć podmiotowi wewnętrznemu instytucji pośredniczącej.

⁽⁴³⁾ W przypadku gdy umowa zawierana jest z podmiotem wewnętrznym cena należna podmiotowi wdrażającemu instrument finansowy jest bezpośrednio płacona przez instytucję zarządzającą lub pośrednio przez instytucję publiczną współpracującą z instytucją zarządzającą. W sprawie C-480/06 (*Komisja przeciwko Niemcom*) Stadtreinigung Hamburg zarezerwował zdolność przerobową wynoszącą 120 000 ton rocznie dla czterech *Landkreise* za cenę obliczoną z wykorzystaniem tego samego wzoru dla każdej z zainteresowanych stron. Cena ta została zapłacona operatorowi obiektu, tj. drugiej stronie umowy zawartej z Stadtreinigung Hamburg przez pośrednika tej instytucji (zob. pkt 5).

3.6.1. *Warunki dotyczące współpracy między jednostkami administracyjnymi do czasu transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub do dnia 18 kwietnia 2016 r., w zależności od tego, która data będzie wcześniejsza.*

Przed przyjęciem dyrektywy 2014/24/UE warunki, na jakich możliwe było zawarcie umów⁽⁴⁴⁾ między instytucjami publicznymi (współpraca między jednostkami administracyjnymi), nie były objęte przepisami dotyczącymi zamówień publicznych tylko określone w orzecznictwie.

Współpraca między jednostkami administracyjnymi instytucji publicznych mająca na celu zapewnienie wykonania zadania publicznego będącego ich obowiązkiem jest możliwa poza zakresem stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych⁽⁴⁵⁾. Przepisy dotyczące zamówień publicznych nie mają zastosowania, jeżeli:

- współpraca między jednostkami administracyjnymi dotyczy wyłącznie instytucji publicznych, bez udziału strony prywatnej,
- przestrzega się zasady równego traktowania, aby żaden prywatny usługodawca nie miał przewagi nad konkurentami⁽⁴⁶⁾, oraz
- wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy i wymogi związane z osiągnięciem celów interesu publicznego, które władze muszą spełnić⁽⁴⁷⁾.

Nie istnieje orzecznictwo dotyczące współpracy między jednostkami administracyjnymi w odniesieniu do instrumentów finansowych. Jednak stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu do kwestii, czy współpracą kierują jedynie względy i wymogi związane z osiągnięciem celów interesu publicznego, mogą odzwierciedlać przykłady z innych dziedzin.

Trybunał Sprawiedliwości przyznał, że lokalne władze realizują cel, jakim jest zapewnienie wykonania zadania publicznego, jeżeli ma miejsce współpraca w zakresie unieszkodliwiania odpadów w celu wypełnienia zobowiązań określonych w obowiązujących przepisach UE⁽⁴⁸⁾.

Trybunał Sprawiedliwości przeanalizował również współpracę między uczelnią a spółką publiczną podlegającą prawu prywatnemu w zakresie zakupu systemu informatycznego służącego zarządzaniu w szkolnictwie wyższym. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że taka współpraca nie jest ukierunkowana na wykonanie działania publicznego, które zarówno uczelnia, jak i przedmiotowa spółka są zobowiązane wykonać, ponieważ spółce nie powierzono bezpośrednio wykonania zadania dotyczącego usług publicznych⁽⁴⁹⁾.

W ramach współpracy między jednostkami administracyjnymi w zakresie wdrażania instrumentów finansowych wymaga się, aby współpracujące organy wykonywały swoje zadania w interesie publicznym. Ma to miejsce gdy cała działalność instytucji zamawiającej/podmiotu, któremu powierzono zadanie, jest prowadzona w ramach mandatu publicznego powierzonego na mocy prawa w taki sposób, aby wdrożenie instrumentu finansowego umożliwiało władzom wykonywanie funkcji przydzielonych im na mocy prawa UE lub prawa krajowego, obejmujących finansowanie działań społecznych lub zapewnienie finansowania konkretnym rodzajom MŚP lub promowanie rozwoju gospodarczego lub badań. Realizację przez instytucję zarządzającą (instytucję pośredniczącą lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą) celów operacyjnych i działań operacyjnych określonych w programie (zamiast działań wspierających, takich jak opracowywanie narzędzi informatycznych lub wynajem powierzchni biurowej niezbędnej do przyjęcia pracowników pracujących nad wdrożeniem EFSI) można uznać za zadania realizowane w interesie publicznym. Jeżeli te same cele i działania są realizowane przez inne instytucje publiczne, w wyniku ich działalności może powstać możliwość współpracy między jednostkami administracyjnymi.

Współpracą między instytucjami publicznymi muszą kierować jedynie względy i wymogi związane z osiągnięciem celów interesu publicznego, co wymaga indywidualnej analizy poszczególnych przypadków.

Wynagrodzenie na rzecz podmiotu wdrażającego instrument finansowy płacone przez instytucję zarządzającą, instytucję pośredniczącą lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą z tytułu wdrożenia instrumentu finansowego musi być równoważne wynagrodzeniu płaconemu przez inne instytucje publiczne korzystające z usług świadczonych przez podmiot wdrażający instrument finansowy za ten sam rodzaj produktów finansowych dostarczanych odbiorcom tego samego rodzaju, z zastrzeżeniem zgodności z obowiązującymi przepisami wykonawczymi dotyczącymi kosztów zarządzania i opłat za zarządzanie (zob. w szczególności art. 12 i 13 RDK).

⁽⁴⁴⁾ Nie istnieje żaden formalny wymóg w prawie UE mającym zastosowanie do umowy.

⁽⁴⁵⁾ Sprawa C-480/06, Komisja przeciwko Niemcom, pkt 37 i 44–47 oraz sprawa C-159/11 ASL Lecce, pkt 35–37.

⁽⁴⁶⁾ W przypadku gdy instytucje publiczne nie mogą świadczyć usług w 100 % w ramach współpracy między jednostkami administracyjnymi i muszą udzielić zamówienia stronie prywatnej na pozostałą ich część, należy to zrobić, w stosownych przypadkach, w drodze postępowania o udzielenie zamówienia, aby zapewnić równe traktowanie.

⁽⁴⁷⁾ Sprawa C-480/06, Komisja przeciwko Niemcom, pkt 44–47.

⁽⁴⁸⁾ Sprawa C-480/06, Komisja przeciwko Niemcom, pkt 37.

⁽⁴⁹⁾ Sprawa C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH, pkt 16 i 35.

Wniosek:

Do czasu transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub do dnia 18 kwietnia 2016 r., w zależności od tego, która data będzie wcześniejsza, instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą może, z zastrzeżeniem zachowania zgodności z warunkami określonymi w orzecznictwie, zawierać umowy o współpracy między jednostkami administracyjnymi z instytucjami publicznymi, którym można powierzyć zadanie wdrożenia instrumentów finansowych.

3.6.2. *Warunki współpracy między jednostkami administracyjnymi po transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub po dniu 18 kwietnia 2016 r.*

Zgodnie z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są trzy warunki:

- (i) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Jak wskazano w sekcji 3.6.1, osiągnięcie przez instytucję zarządzającą, instytucję pośredniczącą lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą celów operacyjnych i wykonanie działań operacyjnych określonych w programie (zamiast działań wspierających, takich jak opracowywanie narzędzi informatycznych, wynajem powierzchni biurowej niezbędnej do przyjęcia pracowników pracujących nad wdrożeniem EFSI) można uznać za zadania realizowane w interesie publicznym;
- (ii) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym (zob. konsekwencje wyjaśnione powyżej w sekcji 3.6.1 w zakresie wynagrodzenia);
- (iii) uczestniczące instytucje zamawiające prowadzą na otwartym rynku mniej niż 20 % działalności będącej przedmiotem współpracy. W rezultacie ograniczenie nie ma zastosowania do działalności na rynku nieobjętej współpracą.

Zgodnie z ostatnim warunkiem, w ramach którego przewidziano ściśle ograniczenie działalności na rynku niepodlegającej współpracy, uczestniczące instytucje zamawiające mają obowiązek prowadzić na otwartym rynku mniej niż 20 % działalności będącej przedmiotem współpracy.

Jeżeli strony współpracy między jednostkami administracyjnymi nie angażują się w działalność gospodarczą, ani nie konkurują z innymi uczestnikami rynku, warunek określony w art. 12 ust. 4 lit. c) jest spełniony, ponieważ na otwartym rynku nie jest prowadzona żadna działalność.

Zgodnie z art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE do celów ustalenia odsetka działalności należy wziąć pod uwagę średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Z definicji obliczenia nie obejmują nowo podjętej działalności prowadzonej w ramach współpracy, tj. nieprowadzonej przez żadną uczestniczącą instytucję zamawiającą przed rozpoczęciem współpracy.

Jeżeli ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych.

Dostępny jest również szereg ustaleń umownych określonych powyżej w sekcji 3.6.1 ⁽⁵⁰⁾.

Wniosek:

Po transpozycji dyrektywy 2014/24/UE lub po dniu 18 kwietnia 2016 r. instytucja zarządzająca, instytucja pośrednicząca lub podmiot wdrażający fundusz funduszy będący instytucją zamawiającą mogą zawierać umowy o współpracy między jednostkami administracyjnymi zgodnie z warunkami określonymi w dyrektywie z innymi instytucjami zamawiającymi, którym można powierzyć zadanie wdrożenia instrumentów finansowych. Dostępny jest również szereg ustaleń umownych określonych powyżej w sekcji 3.6.1.

⁽⁵⁰⁾ tj. bezpośrednia umowa zawarta między instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub podmiotem wdrażającym fundusz funduszy będącym instytucją zamawiającą a inną instytucją zamawiającą sprawującą kontrolę nad jednostką stanowiącą w 100 % własność publiczną zdolną do wdrażania instrumentów finansowych (tj. podmiotem wewnętrznym) oraz bezpośrednia umowa między instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub podmiotem wdrażającym fundusz funduszy będącym instytucją zamawiającą a instytucją zamawiającą wdrażającą instrument finansowy.

Przykład:

Ministerstwo Gospodarki sprawuje kontrolę nad bankami rozwoju będącymi w 100 % własnością publiczną, których zadaniem określonym na mocy prawa jest udzielanie kredytów i gwarancji na rzecz MŚP w celu wspierania innowacji na całym terytorium państwa.

Region Y realizuje program ukierunkowany na wspieranie innowacji w regionie. Nie sprawuje kontroli ani indywidualnie ani wspólnie nad krajowym bankiem rozwoju. W związku z tym nie zachodzi między nimi żadna relacja wewnętrzna.

Współpraca między jednostkami administracyjnymi jest możliwa, jeżeli spełnione są warunki takiej współpracy:

1. Celem umowy ustanawiającej współpracę zawartej między Ministerstwem Gospodarki i regionem Y lub między bankiem rozwoju i regionem Y musi być zapewnienie usług publicznych, które ministerstwo i region są zobowiązane świadczyć z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Jeżeli chodzi o region Y, wystarczy, że wsparcie na rzecz innowacji w regionie stanowi cel programu.
2. Wdrożeniem tej współpracy muszą kierować jedynie względy związane z interesem publicznym. W szczególności wynagrodzenie za usługę musi być zapewnione regionowi na takich samych warunkach jak ministerstwu. Jeżeli produkty finansowe, o których wdrożenie region zwraca się do banku, zostały już dostarczone przez bank ministerstwu, bank obciąża region tymi samymi kosztami i opłatami za wdrożenie instrumentu finansowego, dostarczając ten produkt. Jeżeli produkty finansowe, o których wdrożenie region zwraca się do banku, nie zostały dostarczone przez bank, krajowy bank rozwoju zgadza się obciążyć region tymi samymi kosztami i opłatami, jakimi obciążyłby ministerstwo.
3. Uczestniczące instytucje zamawiające mają obowiązek prowadzić na otwartym rynku mniej niż 20 % działalności będącej przedmiotem współpracy. Krajowy bank rozwoju nie może zapewnić rodzaju finansowania, którego dotyczy współpraca (tj. rodzaju produktu finansowego dostarczanego do określonego typu odbiorców w określonym sektorze, np. kapitał własny na innowacje ukierunkowane na przedsiębiorstwa typu start-up) na otwartym rynku na kwotę większą niż 20 % swojego średniego całkowitego obrotu za trzy lata poprzedzające zawarcie umowy.

Jeżeli krajowy bank rozwoju spełnia wymogi art. 7 RDK, region Y może udzielić zamówienia temu bankowi oraz może podpisać umowę bezpośrednio z bankiem.

3.7. Wymogi art. 7 RDK

W art. 7 RDK określono kryteria stosowane przez instytucję zarządzającą przy dokonywaniu wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe. Przepisy art. 7 ust. 1 i 2 mają zastosowanie do wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe (z wyjątkiem wyboru EBI i EFI), niezależnie od kwoty zamówienia i niezależnie od procedury wyboru zainteresowanych podmiotów (otwarte zaproszenie do składania wniosków, procedura negocjacyjna, procedura konkurencyjna, udzielenie zamówienia z wolnej ręki). Przepisy art. 7 ust. 3 RDK mają zastosowanie do wyboru pośredników finansowych przez podmioty wdrażające fundusz funduszy.

Przypominając zasady przejrzystości i niedyskryminacji określone w Traktacie, art. 7 ust. 2 RDK stanowi, że proces wyboru musi być przejrzysty i obiektywnie uzasadniony i nie może prowadzić do powstania konfliktu interesów.

W przypadku gdy zadania związane z wdrożeniem instrumentów finansowych powierzono osobie trzeciej, zgodnie z jedną z procedur udzielania zamówień publicznych określoną w dyrektywie dotyczącej zamówień publicznych, z uwagi na art. 7 RDK jest ona zobowiązana do wprowadzenia co najmniej kryteriów wyboru, kryteriów udzielenia zamówienia i elementów odnoszących się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienionych poniżej w pkt 3.7.1–3.7.3. Poza tą sytuacją, tj. w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia, należy stosować kryteria wyboru, o których mowa w art. 7 RDK, ale nie w charakterze kryteriów wyboru, kryteriów udzielenia zamówienia ani elementów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3.7.1. Kryteria wyboru

Kryteria określone w art. 7 ust. 1 lit. a)–f) i w art. 7 ust. 2 akapicie pierwszym RDK są powiązane ze zdolnością prawną, finansową, ekonomiczną i organizacyjną podmiotu, któremu powierza się zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych. W związku z tym konieczne jest zastosowanie następującego podstawowego zbioru kryteriów wyboru.

3.7.1.1. Zdolność prawna

Konieczne jest zweryfikowanie zdolności prawnej podmiotu, któremu powierzono zadanie, w celu upewnienia się, czy wybrany podmiot może wykonać zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych zgodnie z przepisami unijnymi i krajowymi. W związku z tym w ramach procedury wyboru należy zweryfikować uprawnienia podmiotu, któremu powierzono zadanie, do wykonywania odpowiednich zadań wdrożeniowych zgodnie z przepisami unijnymi i krajowymi (art. 7 ust. 1 lit. a) RDK).

3.7.1.2. Zdolność ekonomiczna i finansowa

Podmiot, któremu powierzono zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych, musi mieć zdolność ekonomiczną i finansową do prowadzenia prac. W związku z tym procedura wyboru musi zapewniać odpowiednią efektywność ekonomiczną i finansową podmiotu, któremu powierzono zadania (art. 7 ust. 1 lit. b) RDK). Adekwatność należy zweryfikować przez odniesienie do rodzaju zadań, które zostaną powierzone podmiotowi, oraz do warunków ich wdrażania, w tym czasu ich trwania.

3.7.1.3. Zdolności organizacyjne:

Podmiot, któremu powierzono zadania związane z wdrażaniem instrumentów finansowych, musi posiadać zdolność organizacyjną do wdrażania instrumentu finansowego w kontekście realizacji programu, tj.:

- odpowiednią zdolność do wdrażania instrumentu finansowego, w tym strukturę organizacyjną i ramy zarządzania zapewniające niezbędną wiarygodność dla instytucji zarządzającej (art. 7 ust. 1 lit. c) RDK). Instytucja zarządzająca ma obowiązek ocenić sposób kierowania i kontrolowania systemu wprowadzonego w podmiocie, któremu powierzono zadania wdrożeniowe. Wprowadzony system powinien obejmować następujące aspekty: planowanie, tworzenie, komunikację, monitorowanie postępów poczynionych w odniesieniu do celów, zarządzanie ryzykiem i kontrole biznesowe,
- sprawny i skuteczny system wewnętrznej kontroli (art. 7 ust. 1 lit. d) RDK). Dzięki sprawnemu i skutecznemu systemowi wewnętrznej kontroli podmiot, któremu powierzono wdrożenie instrumentu(-ów) finansowego(-ych), powinien dysponować odpowiednim środowiskiem kontroli i przestrzegać obowiązujących procedur dotyczących realizacji, pomiaru, działań następczych i ograniczenia ryzyka,
- użytkowanie systemu księgowego zapewniającego rzetelne, kompletne i wiarygodne informacje w odpowiednim czasie (art. 7 ust. 1 lit. e) RDK).

3.7.1.4. Doświadczenie

Aby zapewnić wybór najodpowiedniejszych podmiotów do celów skutecznego wdrażania instrumentów finansowych, instytucja zarządzająca musi należycie uwzględnić doświadczenie podmiotu, któremu powierzono wdrażanie instrumentu finansowego, ogólnie w zakresie wdrażania podobnych instrumentów finansowych (niekoniecznie w ramach funduszy UE), a także w szczególności wiedzę fachową i doświadczenie proponowanych członków zespołu (art. 7 ust. 2 RDK). Wymóg ten nie powinien stanowić przeszkody dla wyznaczenia nowo powstałego podmiotu, po uprzednim dokonaniu oceny doświadczenia członków zespołu. Ocena doświadczenia członków zespołu będzie na ogół stanowiła kryteria udzielenia zamówienia, ponieważ ma to znaczenie w odniesieniu do oferty (aby ocenić, kto będzie świadczył usługi będące przedmiotem zamówienia), a nie w odniesieniu do oferenta.

3.7.2. Kryteria udzielenia zamówienia

Drugi zbiór kryteriów określonych w art. 7 ust. 2 lit. a)–f) RDK jest związany z przedmiotem zamówienia dotyczącego wdrażania instrumentu finansowego. W związku z tym konieczne jest zastosowanie podstawowego zbioru wymienionych poniżej kryteriów udzielenia zamówienia. Stosowanie wyłącznie najniższej ceny lub najniższego kosztu (tj. w kontekście opłat za zarządzanie instrumentami finansowymi lub wyłącznych kosztów zarządzania) w celu oceny ofert złożonych przez podmioty wdrażające instrumenty finansowe uniemożliwiłoby instytucjom zarządzającym stosowanie całego podstawowego zbioru kryteriów oceny. W rezultacie instytucje zarządzające wybierające podmioty wdrażające instrumenty finansowe mają obowiązek stosować najkorzystniejszą ekonomicznie metodę, aby dokonać oceny ofert.

3.7.2.1. Metodyka inwestycyjna

Instytucja zarządzająca ma obowiązek, w stosownych przypadkach, dokonać oceny ofert na podstawie metodyki inwestycyjnej zaproponowanej w ofertach złożonych przez oferentów w odniesieniu do wyboru pośredników finansowych lub ostatecznych odbiorców, zasad i warunków stosowanych odnośnie do wsparcia na rzecz ostatecznych odbiorców, w tym na podstawie polityki cenowej, a w przypadkach gdy podmiot wdrażający instrument finansowy przeznacza swoje własne środki finansowe na instrument finansowy lub dzieli się ryzykiem, na podstawie proponowanych środków służących zapewnieniu zgodności interesów oraz zmniejszeniu możliwego konfliktu interesu.

- solidność i wiarygodność metodyki w odniesieniu do identyfikacji i oceny pośredników finansowych lub odbiorców ostatecznych, o ile ma to zastosowanie (art. 7 ust. 2 lit. a) RDK),
- zasady i warunki stosowane w odniesieniu do wsparcia na rzecz ostatecznych odbiorców, w tym polityka cenowa (art. 7 ust. 2 lit. c) RDK). Polityka cenowa powinna obejmować zakres cen odnoszących się do różnych rodzajów oferowanych usług i dodatkowych korzyści w stosunku do standardowej transakcji handlowej (np. ograniczenie zabezpieczeń, ułatwienie zwrotów w przypadku trudności ze spłatą, możliwość lub brak możliwości w zakresie udzielania porad technicznych lub finansowych w konkretnych dziedzinach w odniesieniu do złożonych projektów itp.). Jeżeli cena nie została wcześniej ustalona przez dostawcę dla danego rodzaju usługi, należy przewidzieć metodę obliczania ceny lub odpowiednio szczegółowe oszacowania i poinformować o niej.

Warunki mogą przyjąć formę zwykłych instrukcji, które krok po kroku pomogą ostatecznym odbiorcom zrozumieć sposób, w jaki powinni przedstawiać swoje wnioski o inwestycje, jakie usługi będą świadczone i jakie wynagrodzenie będzie objęte zamówieniem,

- w przypadkach gdy podmiot wdrażający instrument finansowy przeznacza swoje własne środki finansowe na instrument finansowy lub dzieli się ryzykiem, proponowane środki w celu zapewnienia zgodności interesów oraz zmniejszenia możliwego konfliktu interesu (art. 7 ust. 2 lit. f) RDK). Działanie służące skutecznemu dostosowaniu interesów między inwestorami będzie obejmowało ustanowienie odpowiedniej struktury podziału zysków i ryzyka w odniesieniu do środków finansowych zainwestowanych przez podmiot ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Zdolność pozyskiwania dodatkowych środków ⁽⁵²⁾

Aby zapewnić możliwie największy efekt dźwigni w odniesieniu do danego instrumentu finansowego, jedno z kryteriów stosowanych w przypadku wyboru podmiotu, któremu zostanie powierzone wdrażanie instrumentu finansowego, obejmuje jego zdolność do pozyskania środków na inwestycje na rzecz ostatecznych odbiorców, obok wkładów z programu (art. 7 ust. 2 lit. d) RDK). W związku z tym oferty należy ocenić na podstawie zdolności podmiotu do przeprowadzania dodatkowych inwestycji.

3.7.2.3. Dodatkowość działalności inwestycyjnej ⁽⁵³⁾

Aby zapewnić wartość dodaną interwencji europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, jedno z kryteriów stosowanych w przypadku wyboru podmiotu, któremu zostanie powierzone wdrażanie instrumentu finansowego, obejmuje jego zdolność wykazania, że wdrożenie instrumentu finansowego będzie dodatkiem do obecnej działalności podmiotu (art. 7 ust. 2 lit. e) RDK).

3.7.2.4. Poziom kosztów zarządzania i opłat za zarządzanie

Jednym z kryteriów stosowanych przy wyborze oferty podmiotu wdrażającego instrument finansowy jest poziom kosztów zarządzania i opłat za zarządzanie stanowiący „cenę” usług świadczonych na rzecz instytucji zarządzającej. Należy uwzględnić metodę proponowaną w odniesieniu do ich obliczenia.

3.7.3. Elementy dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zaleca się, aby do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodać warunki, jakie oferenci muszą przyjąć. Dodanie ich do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest jedynym sposobem na zagwarantowanie ich poszanowania, ale zapewnia odgórnie, że potencjalni oferenci będą świadomi tych warunków.

Aby zapewnić możliwość weryfikacji zgodności procedur określonych i wdrożonych przez podmiot, któremu zostanie powierzone wdrażanie instrumentów finansowych, z obowiązującymi przepisami, podmiot powinien zgodzić się na poddanie się audytowi przeprowadzonemu przez instytucje audytowe państwa członkowskiego, Komisji i Trybunału Obrachunkowego (art. 7 ust. 1 lit. f) RDK). Aby zapewnić zgodę podmiotu na poddanie się audytowi, zaleca się, aby warunek ten został zawarty w zakresie zadań określonym w zaproszeniu do składania wniosków oraz w odpowiedniej umowie o finansowaniu ⁽⁵⁴⁾. Aby zapewnić przestrzeganie przepisów art. 38 ust. 4 RWP, zaleca się również, aby w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że podmiot wdrażający instrument finansowy nie może prowadzić działalności na terytoriach, których jurysdykcja nie współpracuje z Unią w zakresie stosowania norm podatkowych ustalonych na szczeblu międzynarodowym, ani nie może utrzymywać relacji biznesowych z podmiotami zarejestrowanymi na takich terytoriach, a także musi transponować te wymogi do umów z wybranymi pośrednikami finansowymi.

4. Odniesienia, linki

SEC(2011) 1169 final, dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”)

⁽⁵¹⁾ Por. wytyczne dotyczące preferencyjnego wynagrodzenia EGESIF_15-0030-00.

⁽⁵²⁾ Wymóg, aby oferenci wykazali swoją zdolność do pozyskiwania dodatkowych środków może ewentualnie zostać zaliczony do kryteriów wyboru, gdyby instytucja zamawiająca chciała ocenić, czy wykonawca w przeszłości pozyskał dodatkowe środki niezwiązane z instrumentem finansowym, którego zarządzanie jest przedmiotem przetargu.

⁽⁵³⁾ Wymóg, aby oferenci wykazywali dodatkowość działalności inwestycyjnej może ewentualnie zostać zaliczony do kryteriów wyboru, gdyby instytucja zamawiająca chciała ocenić, czy wykonawca jest w stanie zapewnić dodatkową działalność inwestycyjną.

⁽⁵⁴⁾ Należy zauważyć, że jeżeli chodzi o EBI (tj. EBI i EFI, zgodnie z art. 2 ust. 23 RWP) zgodnie z art. 9 ust. 3 RDK, instytucja zarządzająca musi udzielić pełnomocnictwa firmie, która ma obowiązek prowadzić działalność zgodnie ze wspólnymi ramami ustanowionymi przez Komisję w celu przeprowadzania audytów. W odniesieniu do podmiotów wdrażających instrumenty finansowe innych niż EBI, instytucje audytowe mogą bezpośrednio przeprowadzać audyty lub mogą zlecać je firmom zewnętrznym. W tym drugim przypadku będą musiały wybrać przedmiotowe firmy w następstwie zastosowania przepisów i zasad dotyczących zamówień publicznych.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_pl.pdf

Dyrektywa 2004/18/WE

Dyrektywa 2014/24/UE

Wytyczne dotyczące preferencyjnego wynagrodzenia EGESIF_15-0030-00
