

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH

Dariusz Piasta

Warszawa, 01.02. 2010 r.

UZP/DP/O-IRZI 44722/2491/10

Pan

Jan Rączka

Prezes Zarządu

Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska
i Gospodarki Wodnej

Stanowisko Paweł Pverenie,

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 grudnia 2009 r. (znak: NF/WKZ-ŁK/2091/2009) dotyczące obowiązku stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) przez przedsiębiorstwa energetyczne w kontekście zmiany dyrektywy sektorowej 2004/17/WE, uprzejmie wyjaśniam, iż stanowisko przedstawione w opinii Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 marca 2009 r. (UZP/DP/O-JDU/5985/5237/09) pozostaje w całości aktualne.

Stosownie do postanowień art. 2 ust. 2 lit b i ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, dotyczy ona podmiotów zamawiających które, w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują pośród prowadzonych przez siebie działalności jakąkolwiek z działalności wymienionych w art. 3 – 7 i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ Państwa Członkowskiego. Przez prawa „specjalne lub wyłączne” dyrektywa rozumie prawa przyznane przez właściwy organ Państwa Członkowskiego w drodze jakichkolwiek przepisów ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, których wynikiem jest zastrzeżenie wykonywania działalności określonej w art. 3 – 7 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które

2010 -02- 02

5601 Podpis ✓

wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania wspomnianej działalności przez inne podmioty. Powyższy przepis dyrektywy został implementowany do ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, podmioty nie będące jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3), oraz związki tych podmiotów zobowiązane są stosować ustawę – Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ustawy, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 – 3a ustawy, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) finansują je w ponad 50 % lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy, prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania. Wykładnia gramatyczna powyższego przepisu wskazuje, iż prawem szczególnym lub wyłącznym będzie każde prawo do wykonywania określonej działalności przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, którego przyznanie wiąże się z zakwalifikowaniem do kręgu podmiotów wyłącznie uprawnionych do prowadzenia określonej działalności. W ten sposób, poprzez reglamentację prawa, jedynie tym podmiotom, którym przyznano prawo szczególne lub wyłączne, służy „zastrzeżenie” na ich rzecz wykonywania określonej działalności.

Podkreślić należy, iż zgodnie z pkt 25 preambuły ww. dyrektywy wynika, iż : „Prawa przyznane przez Państwo Członkowskie w jakiegokolwiek formie, w tym udzielenie koncesji, ograniczonej liczbie podmiotów na podstawie obiektywnych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych kryteriów, które umożliwiają jakiegokolwiek zainteresowanej osobie spełnienie powyższych kryteriów korzystania z praw, nie mogą być uważane za specjalne

lub wyłączne prawa”¹. Powyższe znajduje również potwierdzenie w dokumencie Komisji Europejskiej zatytułowanym „Explanatory note – Utilities Directive. Definition of exclusive or special rights”, w którym Komisja Europejska wyjaśnia, iż na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy 2004/17/WE, która w art. 2 ust. 3 wprowadza nową definicję praw wyłącznych lub szczególnych, nie będzie dłużej możliwe wnioskowanie istnienia specjalnych lub wyłącznych praw jedynie na podstawie rodzaju wykonywanej działalności. Konieczne będzie przeprowadzenie w tym celu analizy czy w danym przypadku przedsiębiorstwo posiada prawa, „które w istotny sposób wpływają na zdolność innych przedsiębiorstw do prowadzenia takiej działalności na tym samym terytorium i zasadniczo na tych samych warunkach” oraz sprawdzenie w jaki sposób przedsiębiorstwo uzyskuje te prawa. Jeżeli okaże się, iż przedsiębiorstwo uzyskało prawa – nawet wyłączne – do prowadzenia jednej z działalności określonej w dyrektywie 2004/17/WE na podstawie „obiektywnych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych kryteriów”, to takie prawa nie stanowią praw wyłącznych lub specjalnych w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE.

W dniu 16 lipca 2007 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Urzędu Regulacji Energetyki z prośbą o opinię w przedmiocie interpretacji przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (Dz. U z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.), regulujących procedurę udzielania koncesji przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, wskazanie jej wpływu na rynek, oraz wyrażenie stanowiska w zakresie możliwości uznania ww. koncesji za prawa szczególne lub wyłączne w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE oraz art. 3 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Regulacji Energetyki jako podmiotu właściwego do dokonywania interpretacji przepisów ustawy - Prawo energetyczne, przedstawionym w piśmie z dnia 27 lipca 2007 r. (znak: BRP-0732-17(1)/2007/AT), stosownie do art. 32 ust. 1 tej ustawy, uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie:

- 1) wytwarzania paliw lub energii, z wyłączeniem: wytwarzania paliw stałych lub paliw gazowych, wytwarzania energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nieprzekraczającej 50 MW niezaliczanych do odnawialnych źródeł energii lub do źródeł wytwarzających energię elektryczną w kogeneracji, wytwarzania ciepła w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej cieplnej nieprzekraczającej 5 MW;
- 2) magazynowania paliw gazowych w instalacjach magazynowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego w instalacjach skroplonego gazu ziemnego, jak również magazynowania paliw ciekłych, z wyłączeniem: lokalnego

¹ Podobnie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc*. C-302/94

magazynowania gazu płynnego w instalacjach o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz magazynowania paliw ciekłych w obrocie detalicznym;

3) przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, z wyłączeniem: dystrybucji paliw gazowych w sieci o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz przesyłania lub dystrybucji ciepła, jeżeli łączna moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 5 MW;

4) obrotu paliwami lub energią, z wyłączeniem: obrotu paliwami stałymi, obrotu energią elektryczną za pomocą instalacji o napięciu poniżej 1 kV będącej własnością odbiorcy, obrotu paliwami gazowymi, jeżeli roczna wartość obrotu nie przekracza równowartości 100.000 euro, obrotu gazem płynnym, jeżeli roczna wartość obrotu nie przekracza 10.000 euro, oraz obrotu paliwami gazowymi lub energią elektryczną dokonywanego na giełdach towarowych przez towarowe domy maklerskie prowadzące działalność maklerską w zakresie obrotu towarami giełdowymi na podstawie ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych jak również obrotu ciepłem, jeżeli moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 5 MW.

Warunki, jakie musi spełniać wnioskodawca ubiegający się o udzielenie koncesji określone zostały w art. 33 ust. 1 ustawy - Prawo energetyczne. Zgodnie z jego treścią Prezes Urzędu Regulacji Energetyki udziela koncesji wnioskodawcy, który:

1) ma siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym;

2) dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania;

3) ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności;

4) zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, o których mowa w art. 54;

5) uzyskał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu.

Natomiast, zgodnie z art. 33 ust. 3 ww. ustawy koncesja nie może być wydana wnioskodawcy:

1) który znajduje się w postępowaniu upadłościowym lub likwidacji;

2) któremu w ciągu ostatnich 3 lat cofnięto koncesję na działalność określoną ustawą z przyczyn wymienionych w art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807, z późn. zm.), lub którego w ciągu

ostatnich 3 lat wykreślono z rejestru działalności regulowanej z przyczyn, o których mowa w art. 71 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej;

3) skazanemu prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo mające związek z przedmiotem działalności gospodarczej określonej ustawą.

Zacytowane powyżej przepisy ustawy - Prawo energetyczne nie ograniczają liczby podmiotów, którym koncesja może być udzielona. Tak więc o udzielenie poszczególnych koncesji może ubiegać się nieograniczona liczba przedsiębiorców. Warunkiem uzyskania koncesji jest spełnienie wymagań określonych w ww. przepisach ustawy. Natomiast, kryteria uzyskania koncesji określone w przepisach ustawy – Prawo energetyczne mają zdaniem Urzędu Regulacji Energetyki charakter obiektywny, proporcjonalny i niedyskryminacyjny.

W świetle powyższych wyjaśnień, należy stwierdzić, iż w przypadku udzielenia koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy – Prawo energetyczne, o którą ma prawo ubiegać się każdy podmiot, a organ ma obowiązek jej udzielenia po spełnieniu określonych przepisami ustawy obiektywnych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych warunków, oraz w przypadku przyznania uprawnień w drodze przeprowadzonej otwartej procedury nie stanowi udzielenia praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast wydaje się, iż z udzieleniem praw szczególnych lub wyłącznych będziemy mieli do czynienia w przypadku, o którym mowa w art. 9 i ust. 10 ustawy – Prawo energetyczne, tj. wyznaczenia z urzędu przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki tzw. sprzedawcy z urzędu w rozumieniu art. 3 pkt 29 ustawy, w drodze decyzji administracyjnej. W tym przypadku dochodzi bowiem do wydania opartego na przepisach prawa administracyjnego władczego rozstrzygnięcia organu administracji publicznej o charakterze uznaniowym. Nie mamy zatem do czynienia z procedurą obiektywną, gdyż wyłączona zostaje możliwość prowadzenia tej działalności przez inne podmioty, co przesądza o istnieniu praw szczególnych lub wyłącznych.

Wymienioną w piśmie Decyzją Komisji nr 2008/963/WE z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniony został min. załącznik I i II do dyrektywy 2004/17/WE w ten sposób, że podmioty zamawiające ujęte w dyrektywie 93/38/EWG zmienionej przez Traktat o przystąpieniu z 2003 r., zostały uwzględnione w załącznikach do dyrektywy 2004/17/WE. Zgodnie z treścią załącznika I i II podmiotami zamawiającymi w sektorach transportu lub dystrybucji gazu lub energii cieplnej oraz sektorach produkcji, transportu lub dystrybucji energii elektrycznej są przedsiębiorstwa energetyczne w rozumieniu ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne w tym m.in.: Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. we Wrocławiu, BOT Elektrownia „Opole” S.A., Brzezie itd. Wymienione załączniki mają jednak charakter pomocniczy i należy je interpretować łącznie z treścią art. 2 dyrektywy 2004/17/WE

określającego krąg podmiotów objętych tą dyrektywą. Zatem przedsiębiorstwa energetyczne w rozumieniu ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, wykonujące działalność określoną w art. 3 dyrektywy 2004/17/WE, które nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy, objęte będą jej przepisami jeśli korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa. Odpowiednio na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, przedsiębiorstwa energetyczne nie będące instytucjami prawa publicznego (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3) będą stosować ustawę Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych, jeżeli spełnione zostaną przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 4 tej ustawy.

Z poważaniem
P. O. R.