

Warszawa, dnia 22. 01. 2010r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Dariusz Piasta

UZP/DPIO-BTA/47109/1155/2010

Pan
Jarosław Pawłowski
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Rozwoju Regionalnego

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo Pana Ministra z dnia 31 grudnia 2009r. (znak: DWI-IV-92117-51-ŻB/09) w sprawie interpretacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

I. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”), podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, zobowiązane są do stosowania ustawy, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:

- a) ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmiot o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp;
- b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795),

SEKRETARIAT
PODSEKRETARZA STANU
Jarosława Pawłowskiego
L. dz. 10309/102

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Obowiązek stosowania ustawy do udzielania zamówień publicznych przez podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej uzależniony został od łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odnosząc się do pierwszej z ww. wymienionych przesłanek, tj. finansowania ze środków publicznych lub przez ustawowo wskazanych zamawiających, należy zauważyć, że pojęcie „finansowania zamówienia” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oznacza wsparcie finansowe przy realizacji konkretnego przedsięwzięcia (a więc co do zasady - subwencję, dotację, darowiznę). Z kolei pojęcie „finansowania ze środków publicznych” wymaga odwołania się do definicji środków publicznych. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 9 ustawy Pzp przez środki publiczne należy rozumieć wyłącznie środki publiczne w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240) do środków publicznych zalicza m. in. środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej.

Oprócz finansowania zamówienia w ponad 50% ze środków publicznych lub przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień, ustawodawca dla objęcia obowiązkiem stosowania przepisów ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 wymaga ponadto, aby wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Stosując odpowiednio przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie ww. delegacji (tzn. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – należy stwierdzić, iż obowiązek stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5, odnośnie zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż jednostki sektora finansów publicznych oraz innych niż zamawiający sektorowi zachodzi w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 193.000 euro – dla usług oraz 4.845.000 euro – dla robót budowlanych. Jeżeli zatem wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza od ww. kwot określony podmiot nie

będzie zobowiązany do stosowania procedur ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ostatnia przesłanka odnosi się do przedmiotu udzielanego zamówienia, którym muszą być roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Przepis ten nie obejmuje zatem wszystkich robót budowlanych, o których mowa w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp. Określony podmiot będzie stosował procedury ustawy - Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane wymienione w tym przepisie lub usługi związane z tymi robotami budowlanymi.

Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w dwojaki sposób określił zakres robót budowlanych: poprzez określenie konkretnych robót budowlanych (np. budowa szpitali, szkół wyższych) oraz poprzez wskazanie rodzaju robót, których udzielanie będzie powodowało obowiązek stosowania procedur ustawy (roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej). Przy czym, zakres robót budowlanych z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej odpowiadać powinien robotom wymienionym w załączniku nr 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Budowa obiektów z zakresu inżynierii lądowej i wodnej oznaczona została w nim klasą 45.21 i obejmuje: budowę mostów, w tym podwyższonych autostrad, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej, budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, budowę rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, budowę pomocniczych obiektów miejskich oraz montaż i wznoszenie na terenie budowy konstrukcji prefabrykowanych. Podana w ww. załączniku do dyrektywy klasa 45.21 znajduje swoje uszczegółowienie w rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z załącznikiem nr 1 do dyrektywy 2004/18/WE, w przypadku różnic interpretacyjnych pomiędzy CPV i NACE (statystyczną klasyfikacją działalności gospodarczej), zastosowanie ma nomenklatura NACE. Jest ona zawarta w rozporządzeniu (WE) Nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie

statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej NACE Rev.2 zmieniającym rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych, które stosuje się od dnia 1 stycznia 2008 r. (por. art. 21 ww. rozporządzenia). W załączniku nr II do tego rozporządzenia w sekcji F – budownictwo, w dziale 42 wyszczególnione zostały roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej. Należą do nich, sklasyfikowane w następujących grupach i klasach:

42.1 Roboty związane z budową dróg kołowych i szynowych

42.11 Roboty związane z budową dróg i autostrad 4210*

42.12 Roboty związane z budową dróg szynowych i kolei podziemnej 4210*

42.13 Roboty związane z budową mostów i tuneli

42.2 Roboty związane z budową rurociągów, linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych

42.21 Roboty związane z budową rurociągów i sieci rozdzielczych 4220*

42.22 Roboty związane z budową linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych 4220*

42.9 Roboty związane z budową pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej

42.91 Roboty związane z budową obiektów inżynierii wodnej 4290*

42.99 Roboty związane z budową pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane 4290*.

Wskazana wyżej klasyfikacja znajduje swój odpowiednik w klasyfikacji wprowadzonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dn. 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112 poz. 1316 ze zm.). Za obiekt inżynierii lądowej i wodnej uważa się, zgodnie z tym rozporządzeniem, wszystkie obiekty budowlane nie sklasyfikowane jako budynki. Do kategorii tej należeć więc będzie: 1) infrastruktura transportu (autostrady, drogi ekspresowe, ulice i drogi pozostałe, drogi szynowe, drogi kolei napowietrznych lub podwieszanych, drogi lotniskowe, mosty, wiadukty i estakady, tunele i przejścia nadziemne i podziemne, budowle wodne; 2) rurociągi, linie telekomunikacyjne i elektroenergetyczne (rurociągi i linie telekomunikacyjne oraz linie elektroenergetyczne przesyłowe, rurociągi sieci rozdzielczej i linie kablowe rozdzielcze; 3) kompleksowe budowle na terenach przemysłowych 4) obiekty inżynierii lądowej i wodnej pozostałe (budowle sportowe

i rekreacyjne, obiekty inżynierii lądowej i wodnej pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane). Należy przy tym zaznaczyć, że w grupie „kompleksowe budowle na terenach przemysłowych” rozporządzenie wymienia klasę „elektrownie”, która obejmuje m. in. elektrownie napędzane wiatrem.

Przytoczona powyżej klasyfikacja robót budowlanych pozwala na stwierdzenie, że roboty budowlane obejmujące elektrownie wiatrowe mieszczą się w zakresie pojęcia „roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej”, stanowiącym jedną z przesłanek stosowania ustawy Pzp, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy.

II. Stosownie do treści art. 132 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i ich związki, oraz zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, udzielając zamówienia w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności wyszczególnionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. zamówienia sektorowe), stosują przepisy szczególne zawarte w rozdziale ustawy poświęconym zamówieniom sektorowym, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt. 5 i ~~6~~ ustawy. Katalog działalności w sektorach użyteczności publicznej określony w art. 132 ust. 1 ustawy ma charakter zamknięty. Obejmuje on m.in. działalność polegającą na tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usługi związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczaniu energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowaniu takimi sieciami (por. art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, podmioty określone w tym przepisie stosują przepisy rozdziału 5 działu III pn. „Zamówienia sektorowe” – regulującego udzielanie zamówień sektorowych nie do wszystkich zamówień, lecz jedynie do tych, które udzielane są w celu wykonywania jednego z określonych w tym przepisie rodzajów działalności.

Ustalenie, czy podmioty realizujące inwestycje dotyczące budowy elektrowni wiatrowej mogą być kwalifikowane jako zamawiający sektorowi wymaga odniesienia się do przedmiotu ich działalności.

W myśl art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jednym z rodzajów działalności rodzającym obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach sektorowych jest tworzenie stałych sieci związanych z produkcją energii elektrycznej lub dostarczanie energii elektrycznej do takich sieci.

Termin „produkcja” nie został zdefiniowany w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (Dz. U z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.). Należy przyjąć, iż jest on tożsamy z używanym w ustawie terminem „wytwarzanie”. To z kolei łączy się z definicją procesu energetycznego – technicznym procesem w zakresie wytwarzania, przetwarzania, przesyłania, magazynowania, dystrybucji oraz użytkowania paliw lub energii – art. 3 pkt 7 ustawy Prawo energetyczne.

Wyodrębnienie przez ustawodawcę terminu „produkcja” w definicji zawartej w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje jednoznacznie, że jednym z rodzajów działalności uznanej za sektorową jest – poza transportem i dystrybucją – także produkcja (wytwarzanie) energii elektrycznej. Należy także wziąć pod uwagę użyty w art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych termin „dostarczanie”. Użyty on jest w kontekście dostarczania energii elektrycznej do stałej sieci. Termin „dostarczanie” pojawia się w Prawie energetycznym m. in. w art. 3 pkt 12b, który definiuje pojęcie użytkownika systemu. Jest to podmiot dostarczający energię elektryczną do systemu elektroenergetycznego lub zaopatrywany z tego systemu. Z kolei za system elektroenergetyczny należy uznać sieci elektroenergetyczne oraz przyłączone do nich urządzenia i instalacje, współpracujące z siecią (por. art. 3 pkt 23 ustawy Prawo energetyczne).

Budowa elektrowni wiatrowej mieścić się będzie zatem w pojęciu zamówienia sektorowego, gdyż zamówienie obejmujące realizację elektrowni wiatrowej będzie udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej polegającej na dostarczaniu energii elektrycznej do takiej sieci.

W tym miejscu należy jednak podkreślić, iż przepisy dotyczące zamówień sektorowych stosuje się wyłącznie w sytuacji, gdy jednocześnie spełnione są przesłanki przedmiotowe i podmiotowe. Zamówienia sektorowe dotyczą zatem wyłącznie podmiotów, o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamawiających wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 3 i ich związki oraz art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy tzw. podmiotów prawa publicznego, do których zaliczyć należy podmioty spełniające przesłanki wskazane w tym przepisie. Natomiast, art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy odnosi się zarówno do podmiotów prywatnych jak również do podmiotów pozostających pod określonym w tym przepisie wpływem państwa.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, podmioty nie będące jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, państwowymi jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości

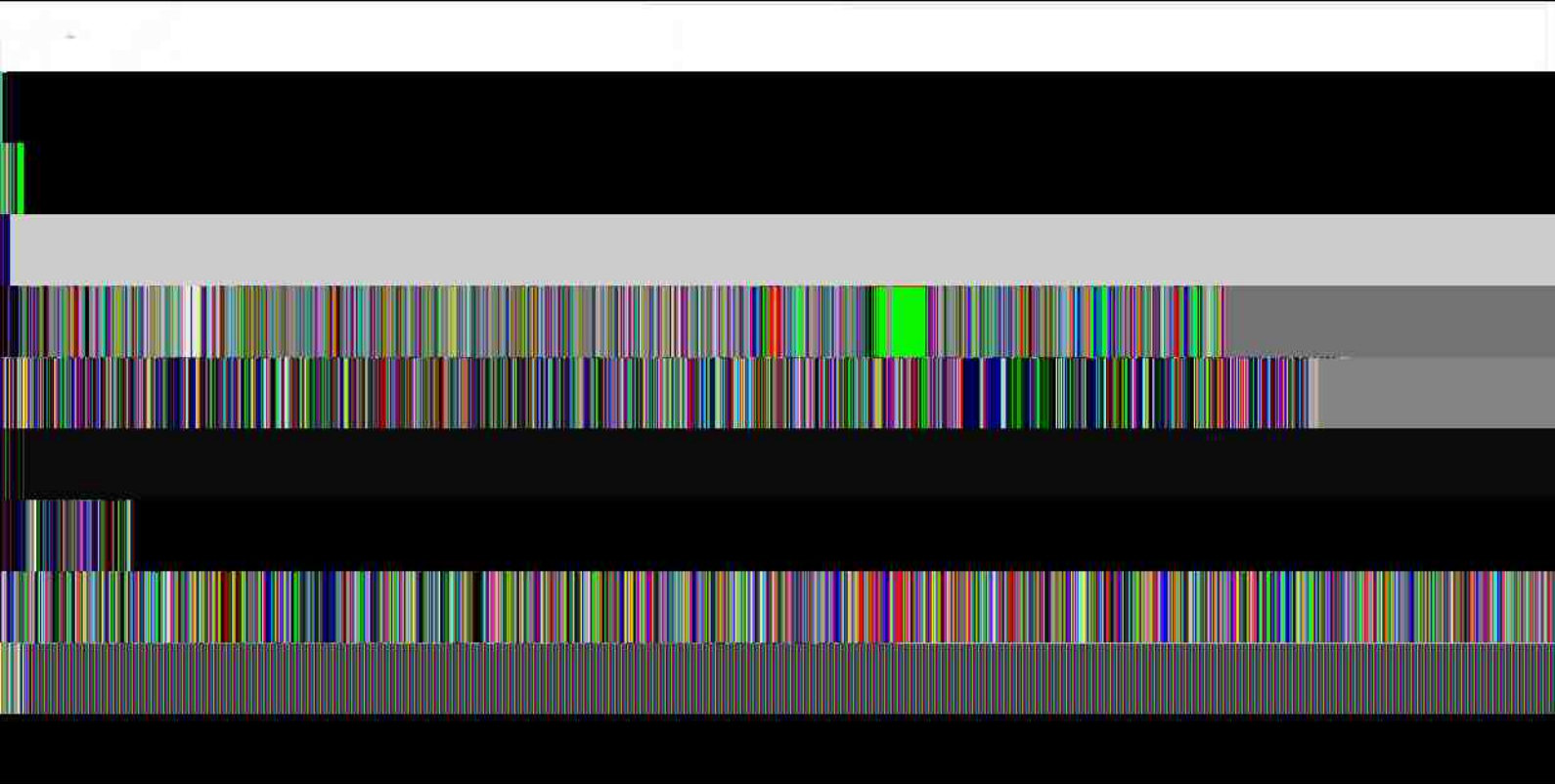
prawnej, podmiotami prawa publicznego (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), oraz związkami tych podmiotów zobowiązane są stosować ustawę Pzp do udzielania zamówień publicznych, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, 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 Pzp, 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 Pzp 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. Ustawa Pzp implementuje przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Jak wynika z pkt 25 preambuły ww. dyrektywy: „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”. Prawa wyłączne lub szczególne nie występują wówczas, gdy zezwolenie na działalność zostało przyznane przedsiębiorstwu należącemu do grupy przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą na konkurencyjnym rynku¹.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 ustawy Prawo energetyczne uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie:

¹ Orzeczenie ETS z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie C-302/94 Zjednoczone Królestwo v. British Telecommunications plc.



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. 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;
3. 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 równowartości 10.000 euro, oraz obrotu paliwami gazowymi lub energią elektryczną dokonywanego na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 października 2000r. o giełdach towarowych lub rynku organizowanym przez podmiot prowadzący na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej rynek regulowany w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi 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.

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki udziela koncesji każdemu wnioskodawcy, który spełnia warunki określone w art. 33 ust. 1 i 3 ustawy Prawo energetyczne. W związku z powyższym, udzielenie koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne osobie, która spełnia wymagane przepisami prawa warunki nie stanowi udzielenia praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy Pzp. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi nie są bowiem koncesje (zezwolenia) o ile może je uzyskać każdy podmiot, który spełnia obiektywne, proporcjonalne i niedyskryminacyjne kryteria (por. pkt 39 orzeczenia ETS w sprawie C-302/94).

