

Przepisy krajowe a prawo unijne

Kto ma status zamawiającego

Czy działające na terenie Polski podmioty prowadzące działalność sektorową, ale kontrolowane przez inne państwa członkowskie Unii Europejskiej, są zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wojciech Hartung

Counsel w Praktyce Infrastruktury
i Energetyki kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka.

Przecież niniejszego artykułu jest kwestia oceny tego, czy tzw. przedsiębiorstwa publiczne kontrolowane przez inne państwa niż Polska (na które dominujący wpływ wywiera inne państwo niż państwo polskie) są zamawiającymi w rozumieniu pzp¹. Problem ten od dłuższego czasu (przynajmniej od 2008 r., kiedy to Urząd Zamówień Publicznych wystosował pismo do Komisji Europejskiej w tej sprawie) nie znalazł jednoznacznego rozstrzygnięcia ani w prawie unijnym, ani krajowym, i nadal pozostaje aktualny.

Prawo krajowe

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 pzp kwalifikacja dominującego wpływu wywieranego na dane przedsiębiorstwo publiczne rozpatrywana może być wyłącznie przez odniesienie się do podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a pzp. Przepis ten wymienia

w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określone kategorie podmiotów, do których należą jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 ustawy o finansach publicznych (dalej: ufp). Nie powinno wzbudzać wątpliwości, że mamy tam do czynienia z polskimi jednostkami, w tym polskimi organami władzy publicznej oraz polskimi organami administracji rządowej. Na odmienną, tj. obejmującą również takie jednostki innych państw (z UE, a nawet spoza UE) nie wskazuje jakikolwiek przepis pzp, a tym bardziej ufp. Tym samym, jeżeli dany podmiot prowadzący działalność sektorową nie jest kontrolowany w sposób określony w art. 3 ust. 1 pkt 4 pzp przez podmiot lub podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a pzp, wówczas nie ma podstaw, aby uznać go za zamawiającego w rozumieniu pzp.

Stanowisko UZP

Podobne stanowisko zdaje się prezentować UZP w wydawanych ostatnio opiniach, z których wynika, że przepisami pzp nie są objęte podmioty podporządkowane państwu obcemu (w tym innym państwom członkowskim Unii

Europejskiej), co tym samym oznacza, że podmioty takie nie stosują pzp do wyboru wykonawców robót budowlanych, dostaw lub usług.

Należy podkreślić, że to, czy podmioty kontrolowane przez inne państwa są zobowiązane do stosowania pzp, czy też nie są objęte jej zakresem podmiotowym, nie jest uzależnione od takiego czy innego stanowiska urzędu wydającego opinię. To nie opinie bowiem kreują dany stan prawny, ale wyrażają wyłącznie stanowisko podmiotu je wydającego i nie mają mocy prawnej. Sam fakt wydania opinii (niezależnie od jej treści) nie wpływa na stan prawny obowiązujących w Polsce przepisów i sytuację danych podmiotów. Niemniej stanowiska UZP w tej sprawie są kolejnym i istotnym elementem przemawiającym za brakiem zastosowania pzp do takich kategorii podmiotów. Co więcej, powinny stanowić dodatkowy argument dla organów odpowiedzialnych za procedury odwoławcze w postępowaniach prowadzonych na podstawie pzp (Krajowa Izba Odwoławcza, sądy okręgowe, ewentualnie Sąd Najwyższy).

Stanowisko KIO

Należy w tym kontekście zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania podmiotów niebędących zamawiającymi w rozumieniu pzp (por. wyrok KIO z dnia 29 listopada 2010 r. – KIO/UZP 2516/10). Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli KIO stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Postanowienia te mają charakter bezwzględnie wiążący i KIO z urzędu jest zobowiązana do weryfikacji okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania (por. wyrok KIO z dnia 8 lipca 2011 r. – KIO/UZP 1405/11, wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r. – KIO/UZP 1119/11, wyrok KIO z dnia 4 maja 2011 r. – KIO/UZP 833/11). Izba jest więc zobowiązana do weryfikacji tego, czy postępowanie prowadzone jest przez podmiot zobowiązany do stosowania pzp. Jak jednak pokazuje praktyka, obowiązek ten nie zawsze jest wypełniany przez składy orzekające KIO, czego przykładem jest poniższa sprawa.

■ **Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r. (KIO/UZP 564/2012)**

Izba – pomimo podnoszonego przez strony stanowiska o braku obowiązku stosowania pzp – wskazała, że nie zostało to dowiedzione. Ponadto stwierdziła, że „zmiana stanowiska zamawiającego co do swojego statusu nie tłumaczy, dlaczego nie unieważnił przedmiotowego postępowania, skoro uznawał, że prowadzi je »zbytnie«”.

W tym kontekście nie ulega wątpliwości, że inna jest sytuacja podmiotu, który traci status zamawiającego na skutek okoliczności faktycznych lub prawnych mających miejsce w trakcie prowadzonego postępowania (np. gdy Skarb Państwa traci kontrolę nad danym przedsiębiorstwem publicznym na skutek sprzedaży większości jego

udziałów lub akcji), a inna podmiotu, który w ogóle nie podlega reżimowi pzp. W pierwszym przypadku postępowanie w toku powinno być nadal prowadzone do jego rozstrzygnięcia na podstawie pzp (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *University of Cambridge*), w drugim natomiast przepisy pzp nie znajdują zastosowania ani w momencie jego wszczęcia, ani na żadnym innym etapie jego prowadzenia.

Prawo unijne

Jak wskazuje Komisja Europejska w piśmie z dnia 6 sierpnia 2010 r. (MARKT/C2/LR/nk ARES(2010) 567450), stanowiącym odpowiedź na wspomniane wcześniej pytanie UZP z 2008 r., należy przyjąć założenie, że podmioty kontrolowane przez inne państwo należą do kategorii „przedsiębiorstw publicznych” w rozumieniu przepisów dyrektywy 2004/17/WE i są zobowiązane do stosowania jej przepisów w przypadku udzielania zamówień niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim następuje zamówienie i niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim prowadzona jest dana działalność.

Wskazuje na to orzecznictwo Trybunału, z którego wynika, że podmioty należące do kategorii „przedsiębiorstw publicznych” zalicza się do instytucji zamawiających w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy 2004/17/WE, co sprawia, że postępowania prowadzone przez takie podmioty są objęte zakresem zastosowania tej dyrektywy

(por. wyrok z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07).

Dodatkowo należy wskazać, że szereg podmiotów tej kategorii zostało wyraźnie wymienionych jako podmioty zobowiązane do stosowania dyrektywy 2004/17/WE w decyzji 2008/963/WE Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniającej załączniki do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE².

Tym samym podmioty takie powinny prowadzić postępowania przetargowe dotyczące wyboru wykonawców robót budowlanych, usług lub dostaw na zasadach zapewniających minimalne gwarancje wynikające z przepisów dyrektywy 2004/17/WE oraz – co niezwykle istotne – dyrektywy 92/13/EWG (zmienionej postanowieniami dyrektywy 2007/66/WE) dotyczącej środków odwoławczych w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych dla zamawiających sektorowych. Nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych (poza oczywistym zachowaniem zasad konkurencji i równego traktowania) obowiązków wynikających z ww. regulacji jest przejrzystość prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone powinno być według jasnych reguł, które zapewniają środki weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje w ramach postępowania przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych zasad (por. wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, wyrok Trybunału z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06).

Podmioty prowadzące działalność sektorową określoną w art. 132 ust. 1 pkt 3 pzp, które są kontrolowane przez inne państwo niż Polska, nie należą do kategorii zamawiających w rozumieniu pzp.



Autor: Agnieszka Malczewska

Pułapki prawa autorskiego w zamówieniach publicznych

Jak zamawiać projekty budowlane, systemy informatyczne, materiały promocyjne

Wydawca: PRESSCOM Sp. z o.o.
Okładka: twarda
Liczba stron: 168
Cena: 119 zł

Zamów!

 (+71) 797 28 46

 (+71) 797 28 16

 www.przetargipubliczne.pl/ksiazki-sklep@presscom.pl

 PRESSCOM Sp. z o.o.
ul. T. Kościuszki 29
50-011 Wrocław

Uzasadnienie celowościowe i funkcjonalne

Powyższe konkluzje są uzasadnione również przy zastosowaniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni przepisów dyrektywy 2004/17/WE. Nie należy zapominać, że pomimo części przepisów, które mają charakter bezpośrednio obowiązujący (jak np. zakres podmiotowy), postanowienia dyrektyw są skierowane do państw członkowskich, które odpowiadają za prawidłowość ich wdrożenia.

Fakt, że dyrektywa 2004/17/WE wskazuje jako zamawiającego „przedsiębiorstwa publiczne” kontrolowane przez dane państwo, uzasadnia tezę, że to na państwie sprawującym kontrolę nad danym podmiotem spoczywa obowiązek zapewnienia skuteczności stosowania przez ten podmiot przepisów dyrektywy. Niekoniecznie przy tym musi to oznaczać obowiązek stosowania przepisów wewnętrznych obowiązujących w tym państwie, których celem jest tzw. wdrożenie postanowień danej dyrektywy (najczęściej w postaci aktu o randze ustawowej). Sposobów na zapewnienie skuteczności postanowień dyrektyw jest wiele. Przepisy dyrektywy nie muszą być transponowane przez akt prawa powszechnie obowiązującego (np. ustawa) – wystarczającym sposobem prawidłowej implementacji może być wdrożenie odpowiednich procedur wewnętrznych (regulamin).

Poza tym w przypadku kryterium sprawowania kontroli właściwe wydaje się założenie, że to państwo, które kontroluje dany podmiot, „wie” i dysponuje najlepszymi sposobami do oceny tego, czy kontroluje ten podmiot (zarówno jeśli chodzi o strukturę udziałów/akcji, jak i inne instrumenty, które o takiej kontroli świadczą) zgodnie z przepisami dyrektywy.

Dodatkowo to państwo, które kontroluje dany podmiot, jest najbardziej zainteresowane, aby udzielane przez ten podmiot zamówienia były otwarte na konkurencję, a zatem aby cel

dyrektywy w postaci racjonalizacji wydatków publicznych został osiągnięty.

Podsumowując, podmioty prowadzące działalność sektorową określoną w art. 132 ust. 1 pkt 3 pzp, które są kontrolowane przez inne państwo niż Polska, nie należą do kategorii zamawiających w rozumieniu pzp. Równocześnie – jako objęte postanowieniami dyrektywy 2004/17/WE – powinny wybierać wykonawców na zasadach określonych w ich wewnętrznych regulaminach opartych na przepisach ustawy Kodeks cywilny i zapewniających realizację minimalnych postulatów wynikających z postanowień wspomnianej dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 92/13/EWG.

Przypisy:

- ¹ Artykuł nie odnosi się i tym bardziej nie rozstrzyga kwestii dotyczącej prowadzenia działalności na podstawie tzw. praw szczególnych lub wyłącznych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 2 pzp.
- ² Listy podmiotów zamawiających wskazane w załącznikach do dyrektyw mają charakter przykładowy; decydujące znaczenie dla ich kwalifikacji danego podmiotu jako „przedsiębiorstwa publicznego” ma wypełnienie przesłanek określonych w art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy 2004/17/WE.

Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (DzU nr 16, poz. 93 ze zm.)
- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (DzUrz UE z 30 kwietnia 2004 r. seria L, nr 134 s. 1 i nast. ze zmianami).