

EWA KATARZYNA CZECH

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ
PRZEZ PODMIOTY SEKTORA ENERGETYCZNEGO
NA DOSTAWY W RELACJACH:
ZAMAWIAJĄCY – PODMIOT ZALEŻNY

1. UWAGI WSTĘPNE

Dyskusje w zakresie wielu zagadnień prawnych zainicjowane zostają problemami pojawiającymi się na gruncie stosowania przepisów. Ta powszechnie znana prawda znajduje również swe odzwierciedlenie w obszarze unormowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 19, poz. 177 z późn. zm.).

Poddanie analizie nawet najistotniejszych problemów istniejących w zakresie powoływanych regulacji jest zagadnieniem bardzo obszernym. Z uwagi na to konieczne staje się szczegółowe określenie przedmiotu poniższych rozważań. Jest nim istnienie obowiązku stosowania przepisów powoływanego aktu prawnego w relacji między zamawiającym a jednostką zależną (terminem tym posługiwał się ustawodawca na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz.U. z 2002, nr 72, poz. 664 z późn. zm.), w zakresie zamówień na dostawy. Uwzględniając natomiast przydatność praktycznego ujęcia tak postawionego zagadnienia, za celowe należy uznać określenie cech potencjalnego podmiotu zamawiającego, jednostki przyjmującej zamówienie, jak również przedmiotu dostawy.

Założmy, że przyjmującym zamówienie jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której podmiotem posiadającym 80% udziałów jest zamawiający, będący spółką akcyjną. Ten ostatni nie jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. nr 249, poz. 2104).

Zgromadzenie wspólników u przyjmującego zamówienie powołuje zarząd. Wybiera ono również członków rady nadzorczej. Spółka akcyjna z uwagi na swoje uczestnictwo w organie powołującym – zgromadzeniu wspólników – ma prawo wyboru ponad połowy składu rady nadzorczej oraz całego zarządu. Przedmiotem działania przyjmującego zamówienie jest działalność handlowa, usługowa, usługowo-eksploatacyjna i produkcyjna.

W spółce będącej zlecającym Skarb Państwa ma 80% udziałów. Przedmiotem jej działalności jest przesyłanie, dystrybucja i obrót energią elektryczną oraz budowa, rozbudowa, modernizacja, remonty sieci i urządzeń energetycznych, eksploatacja urządzeń energetycznych.

Przedmiotem dostawy są następujące materiały: kable i przewody, ograniczniki przepięć, żerdzie, rozdzielnie NN, uziemiacze, zaciski, bezpieczniki, transformatory, uchwyty, lampy, mierniki, oprawy lamp, przekładniki, głowice.

2. PODLEGANIE PRZEPISOM PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ZAMÓWIEŃ UDZIELANYCH PRZEZ PODMIOTY SEKTORA ENERGETYCZNEGO NA DOSTAWY

Przechodząc do rozważań w zakresie kwestii podlegania spółki akcyjnej jako udzielającej zlecenia przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać, iż poprzednio obowiązujący akt prawny zawierał definicję legalną „jednostek zależnych”. Obecnie obowiązujące przepisy nie wyjaśniają tego terminu. Ustawodawca w powoływanych regulacjach posługuje się jedynie w Dziale III Rozdziale 2 „Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane” w przepisach art. 120 i art. 121 pojęciem „stosunek zależności lub dominacji”. W kwestii treści tych terminów jednocześnie legislator odsyła do unormowań ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. nr 184, poz. 1539). Z uwagi jednak na to, iż oba te przepisy odnoszą się do robót budowlanych, nie będą miały one zastosowania na gruncie analizowanego przypadku. Uznać należy

zatem, że w świetle obowiązujących regulacji termin „jednostka zależna” ma jedynie charakter umowny.

W art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych unormowano natomiast jej zakres podmiotowy, wskazując katalog jednostek, które przy udzielaniu zamówień publicznych zobowiązane są do stosowania przepisów tego aktu prawnego. Wskazany przy tym nakaz ma charakter bezwzględny, co oznacza, że podmioty w niej określone nie mogą zostać zwolnione z tego obowiązku przez żaden organ¹.

Rozważania w przedmiocie możliwości zaliczenia udzielającego zamówienie do katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy powinno poprzedzać odniesienie się do definicji legalnej „zamawiającego”. Została ona wyrażona w art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z zawartą tam regulacją jest nim osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, obowiązana do stosowania ustawy. Uwzględniając fakt, iż zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) spółka akcyjna poprzez wpis do rejestru staje się osobą prawną, dalsze brzmienie definicji ustawowej potwierdza zasadność zanalizowania wskazywanego wyżej zagadnienia.

Status prawny spółki akcyjnej pozwala na sformułowanie wniosku, iż nie należy ona do grupy podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. innych państwowych jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej. Poczynione natomiast wcześniej założenie co do braku przynależności spółki akcyjnej do grona jednostek sektora finansów publicznych pozwala na stwierdzenie, iż nie należy ona do podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 cytowanej ustawy.

Problemy interpretacyjne może natomiast rodzić przynależność zamawiającego do kategorii uregulowanej w art. 3 ust. 1 pkt 3 ostatniego z powoływanych aktów prawnych. Wskazane w tym przepisie podmioty określane są w doktrynie jako „instytucje prawa publicznego”. Pojęcie to oznacza osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, lecz działające w reżimie prawa prywatnego, zależne od szeroko rozumianego państwa². Termin ten ma swoje źródło w dyrektywach wspólnotowych (art. 1 pkt 1 poprzednio obowiązującej dyrektywy Rady

¹ J. P i e r ó g, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2004, s. 23.

² A. N i e d z i e l a, *Zamówienia sektorowe, Poradnik*, Warszawa 2004, s. 24.

93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE Nr L 199.84; Dz.U. UE L z dnia 9 września 1993 r.); obecnie regulującą powyższą materię dyrektywa 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE Nr L 134.1; Dz.U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r. z późn. zm.) w art. 2 ust. 1 pkt a, mimo częściowej zmiany terminologicznej, co do zasady powtarza treść powołanej wyżej regulacji).

Uwzględniając jednocześnie treść art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wyróżnić następujące trzy przesłanki, warunkujące uznanie podmiotu za tak rozumianą instytucję prawa publicznego. Jednostka ta:

- a) musi być osobą prawną inną niż określona w pkt 1 ust. 1 art. 3 ustawy,
- b) została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego,
- c) jest zależna od innych takich instytucji prawa publicznego, jednostek sektora finansów publicznych albo od państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej; zależność ta polega na pojedynczym lub wspólnym, bezpośrednim lub pośrednio przez inny podmiot finansowaniu w ponad 50% lub posiadaniu ponad połowy udziałów albo akcji lub sprawowaniu nadzoru nad organem zarządzającym lub prawie do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

W świetle dokonanych wyżej rozważań wyczerpanie pierwszej ze wskazanych przesłanek nie powinno budzić wątpliwości.

Dużo większe trudności rodzi interpretacja drugiego z powołanych warunków. Wskazanie jego istoty związane jest z określeniem charakteru prowadzonej przez podmiot działalności. W literaturze przedmiotu podnosi się, że przez jednostki utworzone w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego uważać należy takie osoby, które stale zaspokajają potrzeby zbiorowe, a więc typowe dla dużej grupy niezindywidualizowanych adresatów (najczęściej na rzecz ludności). Nie kierują się one przy tym celem właściwym dla działalności zawodowo-komercyjnej (tradycyjnie przemysłowo-handlowej), a mianowicie

dążeniem do maksymalizacji zysku³. Uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału, należy zaznaczyć, iż uboczne spełnianie celu typowo komercyjnego – handlowo-przemysłowego – przez osoby prawa publicznego nie dezaktualizuje prawdziwego określonego w statucie celu o charakterze powszechno-publicznym⁴.

Inną próbę interpretacji omawianego zagadnienia podjęto, opierając się na stanowisku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym pojęcia „zadań o charakterze użyteczności publicznej”. Zgodnie z jego orzecnictwem są to zadania realizowane przez jednostki, które zostały utworzone właśnie w celu wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, polegających na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku. Zadania te zostały sformułowane w sposób ogólny w Konstytucji (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z dnia 16 lipca 1997 r., nr 78, poz. 483). Ich uszczegółowienie nastąpiło zaś w aktach normatywnych niższego rzędu. Z kolei zaspokajanie potrzeb społecznych o charakterze ogólnym polega na spełnianiu potrzeb wspólnych całej społeczności lub jej znacznej części, zasadniczo nie zaspokajanych przez komercyjnych przedsiębiorców. Wreszcie brak nastawienia na maksymalizację zysku nie oznacza nieistnienia możliwości jego osiągnięcia bądź też nakazu przeznaczania całości zysku na działalność statutową. Ważne jest, aby nie dochody, lecz zaspokajanie potrzeb społeczności było sensem i celem działalności podmiotu⁵.

Spełnienie trzeciej z powołanych wyżej przesłanek, a mianowicie istnienia podmiotu w stosunku zależności do innej wskazanej wyżej jednostki, wymaga wystąpienia jednej z czterech okoliczności: finansowania w ponad 50%, posiadania ponad połowy udziałów albo akcji lub sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym bądź posiadania prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Na tle analizowanego stanu faktycznego stwierdzić należy, że ponad połowa akcji – 80% zlecającego – spółki akcyjnej należy do Skarbu Państwa.

Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że zamawiający spełnia pierwszą i trzecią ze wskazanych przesłanek. O ile natomiast byłby pod-

³ R. S z o s t a k, *Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych*, www.uzp.gov.pl s. 32.

⁴ Tamże, za: D. P i a s t a, *Osoby prawa publicznego*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2003, nr 12, s. 7n.

⁵ N i e d z i e l a, dz. cyt., s. 25.

miotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, o tyle można byłoby go zaliczyć do kategorii podmiotów określonych w pkt 3 ust. 1 art. 3 ustawy.

Brak pewności w tym zakresie determinuje rozważenie możliwości zaliczenia zamawiającego do grupy jednostek wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 4 powoływanego przepisu. To z kolei wymaga zaistnienia następujących przesłanek:

1. braku przynależności do grupy podmiotów z pkt 1-3 przepisu art. 3,
2. udzielania zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 122,
3. wykonywania działalności, o której mowa w art. 122 na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych,
albo
4. wywierania przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3 art. 3, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot na przedmiotowe jednostki dominującego wpływu, w szczególności: finansowanie ich w ponad 50% lub posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji lub sprawowanie nadzoru nad organem zarządzającym lub posiadanie prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

W zakresie analizowanego przypadku zaistnienie pierwszego z powoływanych warunków nie powinno budzić wątpliwości. Podkreślić należy jedynie, że poprzez ich wprowadzenie w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawodawca zobowiązuje do stosowania ustawy również podmioty prywatne pod warunkiem, że zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 122⁶. Są to zamówienia sektorowe, uregulowane szczegółowo w Rozdziale 3 Działu III analizowanego aktu prawnego, tj. art. 122-135. W powoływanym zatem art. 3 ust. 1 pkt 4 unormowany został wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą podmioty prywatne nie podlegają regulacjom przedmiotowego aktu prawnego.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż przepisy Działu III Rozdziału 3 „Zamówienia sektorowe” ustawy Prawo zamówień publicznych stosuje się do obu kategorii podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4.

⁶ P i e r ó g, dz. cyt., s. 32.

Celem szczególnego uregulowania tego rodzaju zamówień jest złagodzenie przy ich udzielaniu powszechnego reżimu ustawowego. Przejawem wskazanej woli ustawodawcy jest np. podwyższenie progu wyłączenia ogólnego, rozszerzenie zakresu wyłączeń podmiotowych i przedmiotowych, dopuszczenie zawierania umów ramowych, rozszerzenie dopuszczalności procedur negocjacyjnych⁷.

Istotą drugiej z przedstawionych wyżej przesłanek pozytywnych, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 jest udzielanie zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wskazanych w art. 122 ustawy. Powoływany warunek będą spełniały co do zasady podmioty prowadzące działalność w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Wskazywana norma, zawierająca katalog działalności, które należy uznać za sektorowe, nawiązuje swą treścią do art. 3, 4, 5, 6, 7 powoływanej już dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE Nr L 134.1; Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r. z późn. zm.).

Dokonując wykładni art. 122 w zakresie pojemności sformułowania „w celu prowadzenia działalności”, nie sposób nie odnieść się do jego pierwotnego, tj. do normy art. 6 ust. 1 komentowanej wyżej nieobowiązującej już dyrektywy Rady 93/38/EWG z 14 VI 1993 r. Zgodnie z jej brzmieniem regulacje przedmiotowego unijnego aktu prawnego nie mają zastosowania do zamówień lub konkursów na projekty, które są udzielane lub organizowane w innym celu niż prowadzenie działalności określonej w art. 2 ust. 2 lub prowadzenie takiej działalności w państwie trzecim, o ile nie pociąga ona za sobą fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego wewnątrz Wspólnoty. Regulację o analogicznym brzmieniu zawiera Dyrektywa 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r., koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W jej art. 20 ust. 1 wskazano bowiem, iż nie ma ona zastosowania do zamówień, które podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie ich działalności określonej w art. 3 do art. 7 lub w celu wykonywania takiej działalności w kraju trzecim, w warunkach nie wymagających fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego w ramach Wspólnoty⁸.

⁷ S z o s t a k, dz. cyt., s. 81.

⁸ Odpowiedź Wiceprezesa UZP na pytanie Dyrektora Izby Gospodarczej Wodociągi Polskie, nr pisma UZP/DP/O-JSA/27559/04.

Analizowana regulacja ma charakter wyjątkowy. Jej postanowienia ograniczają bowiem stosowanie reżimu tej dyrektywy. W związku z tym, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jej wykładnia powinna być dokonywana zawężająco⁹. Regulacjami powoływanego aktu unijnego objęte są zatem nawet te zamówienia, które jedynie w części odnoszą się do działalności w sektorach. W świetle tych poglądów sformułowanie „w celu prowadzenia działalności” zawarte w przepisie art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych należy interpretować szeroko, aby objąć reżimem tego aktu prawnego wszelkie zamówienia udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej¹⁰.

Uwzględniając zakres działalności zamawiającego, należy uznać, iż rozważany przypadek wypełniałby ewentualnie hipotezę normy art. 122 ust. 1 pkt 3. Zgodnie z nią przepisy rozdziału, w którym uregulowano zamówienia sektorowe, stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 [...], jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania następującego rodzaju działalności: tworzenia stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo energii cieplnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami.

W świetle powołanego wcześniej orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości istotnym zagadnieniem wymagającym interpretacji na gruncie rozważanego problemu jest również kwestia, czy wskazany wyżej przedmiot działalności spółki akcyjnej mieści się w zakresie regulacji w art. 122 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zagadnienie to budzi wątpliwości z uwagi na brak co do zasady stanowisk zarówno doktryny, jak i judykatury w sferze wykładni terminu „tworzenie”, którym posługuje się ustawodawca na gruncie tego przepisu. Nie określono także definicji legalnej wskazywanego pojęcia w regulacjach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezbędne zatem staje się ustalenie zakresu treściowego tego pojęcia oraz wskazanie, czy obejmuje ono czynności wchodzące w obszar przedmiotu dzia-

⁹ Wyrok ETS z dnia 18 maja 1997 r. w sprawie C-57/94, D. Piasta, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo trybunału sprawiedliwości. Część II, UZP 2001, s. 44.

¹⁰ Por też: Odpowiedź Wiceprezesa UZP na pytanie Dyrektora Izby Gospodarczej Wodociągi Polskie, nr pisma UZP/DP/O-JSA/27559/04, J. Sadowy, G. Wicik, „Glosa”, Zamówienia publiczne w praktyce przedsiębiorstw działających w sektorze użyteczności publicznej, Wrzesień 2003, s. 9.

łałności zamawiającego, a także czy w celu jego realizacji ma być udzielone zamówienie. W opinii językoznawców termin „tworzyć” oznacza między innymi „formować coś, stawać się sprawcą czegoś”¹¹. Można zatem wysunąć tezę, iż przy uwzględnieniu wskazanej definicji, realizacja przedmiotu zamówienia będzie miała na celu wykonanie działalności, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zaznaczyć jednak trzeba, iż możliwa byłaby również interpretacja terminu „tworzyć”, przeprowadzona przy wykorzystaniu wniosku *per analogiam*. Przeprowadzona zostałaby ona na gruncie regulacji określających definicje legalne, zawartych w ustawie z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (tj. Dz.U. nr 207, poz. 2016 z późn. zm.). Nie bez znaczenia pozostawałyby tu również stanowiska nauki prawa odnoszące się do zagadnień istniejących w obszarze powoływanego aktu prawnego. Zastosowanie *analogii iuris* jest tym bardziej uzasadnione, iż ustawodawca w normie art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnia pojęcie robót budowlanych (rozumiejąc przez to wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych [...]), a także wykonanie robót budowlanych przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego), odsyłając jednocześnie do definicji ustawowej tego terminu zawartej w ustawie Prawo budowlane. Zgodnie z przepisami ostatniego z powoływanych aktów prawnych przez „roboty budowlane” należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Wskazać przy tym należy, iż znaczenie pojęcia „budowa” może być odnośzone do terminu „tworzenia”, którym to pojęciem posługuje się ustawodawca na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na dokonane rozważania należałoby uznać, iż wnioski obu przeprowadzonych wyżej analiz wskazują, iż zlecający może mieścić się w zakresie podmiotowym ustawy Prawo zamówień publicznych, określonym w art. 3. Podkreślić jednak należy, iż jednoznaczna odpowiedź w tym zakresie wymaga określenia, czy przedmiot zamówienia, tj. dostawy materiałów przyjęte na gruncie poniższych rozważań, rzeczywiście służą wykonywaniu działalności wskazanej w art. 122 ust. 1 pkt 3. Powyższe wymaga jednak wiedzy specjalistycznej z zakresu energetyki, a nie nauk prawnych.

Treścią trzeciej z rozważanych przesłanek art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wykonywanie działalności wskazywanej wyżej na

¹¹ *Popularny słownik języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 2000, s. 732.

podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Zakres treściowy terminów praw szczególnych lub wyłącznych został zawarty w art. 3 ust. 2. Zgodnie z jego brzmieniem są to prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów. Dokonująca zlecenia – spółka akcyjna, działająca w branży sektorowej, powinna mieć niezbędne koncesje w obszarze przedmiotu swojej działalności, tj. w zakresie przykładowo wytwarzania, dystrybucji czy obrotu energią elektryczną¹².

Uwzględniając fakt wykonywania przez zamawiającego działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (tj. w tym wypadku np. koncesji), należy przyjąć, iż w stosunku do niego nie będzie miała zastosowania czwarta przesłanka określona w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jest to spowodowane tym, że ostatni ze wskazanych warunków musi wystąpić wówczas, gdy dotyczy to podmiotu nie wykonującego działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych¹³.

Przyjmując założenie, że przedmiot działalności spółki akcyjnej zawiera się w normie art. 122 ust. 1 pkt 3, przeprowadzona powyżej analiza pozwala na następujące stwierdzenie. Mimo ewentualnego braku możliwości zaliczenia zamawiającego do grupy podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3. komentowanej ustawy będzie on zobligowany do stosowania jej postanowień z uwagi na zaistnienie przesłanek uregulowanych w art. 3 ust. 1 pkt. 4.

W świetle zaprezentowanych wyżej uwag zasadne jest również poddanie rozważaniom wyłączeń przedmiotowych i przedmiotowo-podmiotowych zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wskazać przy tym wypada, iż należy ich poszukiwać nie tylko w treści przepisów art. 122-136 bezpośrednio regulujących tę kategorię zamówień sektorowych. Ustawodawca przewidział bowiem przypadki wyłączeń również w pozostałych przepisach powoływanego aktu prawnego, w tym również w normach Działu I „Przepisy ogólne”.

W art. 4 unormowany został usystematyzowany katalog wyłączeń przedmiotowo-podmiotowych. W zakresie rozważanego przypadku wskazywane wyłączenia będą mogły mieć miejsce w sytuacjach objętych hipotezą normy art.

¹² Na obowiązek posiadania koncesji w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej w sferze między innymi produkcji, dystrybucji i obrotu energią elektryczną, wskazano w przepisie art. 32 pkt 1, 3 i 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, Dz.U. nr 153, poz. 1054 z późn. zm.

¹³ P i e r ó g, dz. cyt., s. 32.

4 w pkt 8, tj. zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 6000 euro. Dalsze jednak uwagi wykażą, iż w zakresie zamówień sektorowych wartość zamówienia wyłączająca stosowanie przepisów ustawy jest w ich obszarze znacznie wyższa (art. 123). Wykażą również, iż pomimo brzmienia powoływanego artykułu zawarty w nim katalog wyłączeń nie ma charakteru zamkniętego. Wskazują na to kolejne postanowienia ustawy, w których unormowane zostały wyłączenia w zakresie stosowania jej przepisów.

Jedno z nich zostało ustanowione w normie art. 123. Ustawodawca przewidział w nim wyłączenie stosowania regulacji wzmiankowanego aktu prawnego w zakresie zamówień sektorowych w sytuacjach, gdy wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 400 000 euro dla dostaw lub usług oraz kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych. Uwzględniając wcześniej wysunięte wnioski, należy jednocześnie wskazać, iż przepis art. 123 ust. 2 w świetle analizowanego przypadku nie będzie miał zastosowania. Dotyczy on bowiem udzielania zamówień sektorowych w zakresie działalności określonej w art. 122 ust. 2 pkt 7 ustawy.

Zasady ustalania wartości zamówienia określa przepis art. 32 ustawy. W świetle jego brzmienia podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Definicję legalną „należytą staranność” zawiera norma art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Wskazano w niej, iż jest to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. W obszarze zaś prowadzonej działalności gospodarczej określa się ją, uwzględniając zawodowy charakter tej działalności. Odniesienie się w tym zakresie do postanowień tego aktu prawnego uzasadnione jest tym, że w literaturze przedmiotu wskazywane jest, iż Prawo zamówień publicznych jest ustawą z zakresu prawa cywilnego. Jej zaś przepisy stanowią *lex specialis* do unormowań Kodeksu cywilnego. Ostatni z powoływanych aktów prawnych będzie miał zawsze zastosowanie w zakresie kwestii nie objętych regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁴.

Wskazać należy, iż w przypadku robót budowlanych należytą starannością przy ustalaniu wartości szacunkowej mogłoby być odniesienie się do kosztorysu inwestora. W przypadku natomiast usług i dostaw wyróżnia się trzy

¹⁴ P i e r ó g, dz. cyt., s. 7.

kryteria oszacowania wartości. Pierwszym z nich jest przyjęcie ceny z poprzedniego roku powiększonej o wskaźnik inflacji. W zakresie drugiego z nich możemy mówić o możliwości oparcia się na wysokości wydatków planowanych w budżecie w danym roku na dany cel. W przypadku natomiast zamówień periodycznych kryterium stanowi odniesienie się do cen rynkowych¹⁵.

W celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, np. powołanego wyżej art. 123, zamawiający nie może z tym zamierzeniem dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości (art. 32 ust. 2 ustawy). Nie oznacza to bezwzględnego zakazu dzielenia zamówień. Potwierdza to zresztą ustawodawca w przepisie art. 32 ust. 4, przewidując w nim możliwość dopuszczenia przez zamawiającego składania ofert częściowych albo udzielenia zamówienia partiami, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W takich przypadkach wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych jego części.

Aby nie naruszyć przepisu art. 32 ust. 2, zamawiający w swoim postępowaniu nie może kierować się chęcią uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Tytułem zasygnalizowania jedynie należy wskazać kwestię zawinionego działania zlecającego (czyn taki popełnić można wyłącznie umyślnie, i to z zamiarem bezpośrednim¹⁶), w przypadku postawienia mu zarzutu naruszenia tej regulacji.

Kolejną normą, w której ustawodawca zawarł wyłączenie co do stosowania przepisów ustawy, jest art. 129. Umożliwia on kooperację w ramach grup kapitałowych, między innymi poprzez zlecenie utworzonym jednostkom spełniania określonych usług – tzw. *outsourcing*¹⁷. Zgodnie z powoływanym przepisem rozważany akt prawny nie jest stosowany w zakresie zamówień sektorowych na usługi udzielanych podmiotom:

1. z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,
2. w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

¹⁵ Tamże, s. 105.

¹⁶ Orzeczenie z dnia 2003.04.24, GKO, DF/GKO/Odw.-170/219/2002, LEX nr 80088.

¹⁷ P. Wiśniewski, *Zamówienia sektorowe, materiał internetowy*, www.rzeczpospolita.pl.

3. które posiadają ponad połowę udziałów lub akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
4. które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt. 3 wpływowi innego podmiotu
 - jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80 % przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia usług w państwach Unii Europejskiej pochodziło ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1-4.

Uwzględniając treść cytowanej regulacji, należy wskazać, że na gruncie analizowanego przypadku spełnione zostaną przesłanki zawarte w art. 129 ust. 1 pkt 2 ustawy. Spółka akcyjna bowiem, posiadając 80% udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, z uwagi na swoje uczestnictwo w organie powołującym – zgromadzeniu wspólników posiada prawo wyboru ponad połowy składu Rady Nadzorczej oraz całego Zarządu (art. 201 § 4, art. 215 § 1 Kodeksu spółek handlowych).

Mając na uwadze fakt, iż została spełniona przesłanka umożliwiająca wyłączenie podmiotowe, konieczne jest rozważenie kwestii, czy przedmiot zamówienia, rozpatrywany w ramach prowadzonych rozważań, mieści się w zakresie treściowym pojęcia „usług” w rozumieniu przepisów ustawy.

Definicję legalną tego terminu, będącą tzw. definicją negatywną¹⁸, zawiera art. 2 pkt 10 tego aktu prawnego. Zgodnie z nim przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Uwzględniając brzmienie tej regulacji, konieczne staje się zanalizowanie definicji ustawowej pojęcia „dostaw”. Została ona zawarta w pkt 2 tego przepisu. Zgodnie z jego treścią przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Terminu „dostawy”, którym posługuje się legislator na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie należy utożsamiać z pojęciem „dostawy” w rozumieniu art. 605 Kodeksu cywilnego. W świetle ostatniego z powoływanych aktów prawnych przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania

¹⁸ P i e r ó g, dz. cyt., s. 20.

tych rzeczy i do zapłacenia ceny¹⁹. Kontrakt dostawy w rozumieniu Kodeksu cywilnego jest bowiem jedną z czynności prawnych, w drodze której może być dokonywane nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr w ramach dostawy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednoznaczne określenie faktycznego charakteru świadczeń, stanowiących przedmiot zamówienia, wymaga poddania interpretacji treści konkretnego zamówienia, w tym zakwalifikowania materiałów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia w obszar sformułowania „rzeczy, praw oraz innych dóbr”. Przeprowadzenie tej klasyfikacji wymagać będzie co do zasady również wiedzy specjalistycznej o charakterze pozaprawnym. Podkreślić należy jedynie, iż pojęcie „rzeczy, praw oraz innych dóbr” powinno być definiowane zgodnie z regulacjami prawa cywilnego (np. w odniesieniu do rzeczy zgodnie z art. 45 k.c.), jak również poglądami przedstawicieli nauki wyrażonymi na gruncie regulacji tej gałęzi prawa.

Zauważyć wypada również, iż w przepisach ustawy przewidziana jest możliwość składania zamówień mieszanych, tj. obejmujących równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi. W takich sytuacjach zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy stosować należy przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Jeżeli obejmuje ono równocześnie dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw (art. 6 ust. 2). Dodać należy także, iż w przypadku, gdy zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych (art. 6 ust. 3). W obu ostatnich przypadkach kryterium wartościowe nie ma znaczenia.

Unormowaniem szczególnym, mającym zastosowanie do zamówień sektorowych, które zawiera wyłączenie w zakresie stosowania regulacji powoływanego aktu prawnego jest przepis art. 130. W świetle przeprowadzonych powyżej rozważań analizowana sytuacja może wypełniać jedynie hipotezę normy ust. 1 powoływanego artykułu. Jego treść odsyła bowiem do art. 122 ust. 1 pkt 3 w zakresie działalności prowadzonej przez zamawiającego, który w sytuacji zaistnienia dalszych przesłanek określonych w przepisie art. 130 ust. 1 będzie zwolniony od stosowania regulacji ustawy. Pomimo jednak, iż

¹⁹ Por. też: W. S t a r z y ń s k a, *Rynek zamówień publicznych w procesie integracji z Unią Europejską, Analiza sektorowa dostaw*, Warszawa 2003, s. 15-16.

– jak zostało to wcześniej ustalone – co do zasady można by przyjąć, że spółka akcyjna prowadzi działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 3, to jednak z uwagi na niespełnienie dalszych przesłanek pozytywnych (tj. zamówień na usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych; dostawy energii elektrycznej, ciepłej i paliw gazowych; dostawy paliw do wytwarzania energii) wskazanych w tym przepisie nie może ona zostać objęta wyłączeniem uregulowanym w normie art. 130 ust. 1.

Kwestią wymagającą zasygnalizowania, mimo iż wykracza poza zakres rozważań, jest możliwość stosowania na gruncie analizowanego przypadku instytucji umowy ramowej, która może być wykorzystywana właśnie w zakresie zamówień sektorowych.

Umowa ramowa jest kontraktem zawartym między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen oraz przewidywanych ilości (art. 124 ust. 2 ustawy). Zawarcie przedmiotowego kontraktu poprzedzić musi postępowanie, w trakcie którego zamawiający stosuje odpowiednio przepisy o przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w nauce prawa wskazywana umowa nie jest zamówieniem publicznym, bowiem jej treścią jest obowiązek kontraktowania, a nie spełnienia świadczenia²⁰. Jak już wyżej wspomniano, stanowi ona złagodzenie reżimu ustawowego, czego bezpośrednim wyrazem jest przepis art. 125 ust. 1. Zgodnie z jego brzmieniem, jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą, może udzielić zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przepisu art. 67 ust. 2 nie stosuje się, czego konsekwencją jest brak wymogu uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UZP, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro.

3. WNIOSKI KOŃCOWE

Kończąc powyższe rozważania, należy wskazać, iż w świetle przeprowadzonych analiz dotyczących objęcia zakresem podmiotowym ustawy zlecającego – spółkę akcyjną, należy wskazać, iż w przedmiocie spełnienia warunków

²⁰ Wiśniewski, dz. cyt.

określonych w art. 3 ust. 1 pkt. 3 ustawy dokonane interpretacje prowadzą do wniosku, że zamawiający w podanym stanie faktycznym spełnia pierwszą i trzecią ze wskazanych w tej normie przesłanek. O ile natomiast byłby podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, o tyle można byłoby go zaliczyć do kategorii podmiotów określonych w pkt 3 ust. 1 art. 3 ustawy.

Wykładnia natomiast przepisu art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy pozwala na przyjęcie, iż dwie spośród trzech przesłanek w art. 3 ust. 1 pkt 4 są spełniane przez wskazywany podmiot. W zakresie natomiast trzeciego z warunków, tj. udzielania zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 3 ustawy, należałoby uznać, iż wnioski z przeprowadzonych wyżej analiz wskazują, iż podmiot zlecający mógłby co do zasady mieścić się w zakresie podmiotowym ustawy Prawo zamówień publicznych, określonym w art. 3. Jednoznaczna odpowiedź w tym zakresie wymaga jednak wiedzy specjalistycznej z zakresu energetyki, a nie nauk prawnych.

Dokonana analiza w przedmiocie wyłączeń unormowanych w art. 4 pkt 8 i art. 123 wskazuje na konieczność wyróżnienia dwóch sytuacji. W przypadku uznania, iż na gruncie analizowanego stanu faktycznego mamy do czynienia z zamówieniami sektorowymi, należy przyjąć, iż wartością zamówienia wyłączającą stosowanie przepisów ustawy jest kwota określona w art. 123 ust. 1 powoływanego aktu prawnego. W sytuacji natomiast niezakwalifikowania zamawiającego do katalogu podmiotów objętych zakresem treściowym art. 3 ust. 1 pkt 3 lub pkt 4 przepisy ustawy nie będą miały zastosowania bez względu na kwotę progową wskazaną w art. 4 pkt 8 ustawy.

W zakresie wyłączeń określonych w dalszych postanowieniach ustawy przeprowadzone rozważania doprowadziły do wstępnego wniosku, iż na gruncie analizowanego przypadku mogłyby mieć ewentualnie zastosowanie normy art. 129 i art. 130 ustawy. Dalsza pogłębiona analiza w tym zakresie pozwoliła jednak na zajęcie stanowiska, iż co do zasady, mimo częściowego spełnienia przesłanek zawartych w tych regulacjach, nie będą one mogły być wykorzystywane na potrzeby niniejszej sytuacji. Wątpliwości na gruncie powyższego stanowiska budzić może jednak zaliczenie przedmiotu zamówienia do kategorii „dostaw”. Jest tak chociażby z uwagi na to, iż zakwalifikowanie poszczególnych materiałów do kategorii praw, rzeczy oraz innych dóbr w rozumieniu prawa cywilnego wymaga informacji spoza nauk prawnych.

Abstrahując od powyższych uwag, podkreślenia wymaga wciąż pozostający poza dyskusją fakt, iż regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych wywołują wiele wątpliwości interpretacyjnych, które mają bezpośredni wpływ na stopień trudności stosowania jej postanowień na gruncie konkretnych stanów faktycznych.

THE AWARDING OF PUBLIC SUPPLY CONTRACTS
BY ENERGY SECTOR ENTITIES IN THE RELATION:
THE AWARDING ENTITY VERSUS DEPENDENT SUBJECT

S u m m a r y

The focus of the study is the obligation to use the provisions of Act on Public Procurement in terms of the relation between the awarding entity and dependent subject (this term was used by the legislator in the context of the formerly effective act on public procurement) when contracting supplies. The broad scope of the issue required that features of the entity which places an order be determined, as well as the features of the subject accepting the order, and the object of the contract. This allowed the author to demonstrate the complexity of the problem in its practical aspect, which is here done by demonstrating doubts that arise when hypothetical cases are considered.

Translated by Tomasz Pałkowski

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zamówienia sektorowe, zamawiający, dostawy, zamówienie, sektor energetyczny.

Key words: public contracts, sector contracts, contract awarding entity, supplies, order/contract, energy sector.