



Warszawa, 09. 10. 2017 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
Departament Prawny

UZP/DP/O/026/608(5)/17/DP  
KW – 8582/14

Pan  
**Stanisław Kruczek**  
Urząd Marszałkowski  
Województwa Podkarpackiego

*Stanisław Kruczek*

W odpowiedzi na pismo, które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych dnia 6 czerwca 2017 r. (znak: PI-XII.44.3.58.2017.RA), zawierające prośbę o udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące wymogu stosowania przepisu art. 132 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 j.t.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w przypadku zamówień o wartości poniżej progu ustalonego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, przepisy rozdziału 5 działu III ustawy Pzp stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:

- 1) wydobycia ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobycia węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;

- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych.

Przez dystrybucję, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 3 i 4, należy rozumieć również sprzedaż hurtową oraz detaliczną (art. 132 ust. 1a ustawy Pzp).

Ustęp 2 powyższego artykułu stanowi, iż zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy rozdziału o zamówieniach sektorowych również do zamówień związanych z:

- 1) kanalizacją i oczyszczaniem ścieków;
- 2) projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji pod warunkiem, że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki tym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym.

Brzmienie przytoczonego przepisu przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), odnosiło się jedynie do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Ww. ustawa nowelizacyjna rozszerzyła krąg podmiotów uprawnionych do stosowania przepisów dotyczących zamówień sektorowych m.in. o jednostki sektora finansów publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Tym samym gmina jako jednostka samorządu terytorialnego uprawniona jest do stosowania przepisów rozdziału 5 działu III ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej i o ile faktycznie jednostka samorządu terytorialnego wykonuje działalność sektorową i nie istnieje inny podmiot (np. spółka gminna), który wykonuje tę działalność sektorową.

Art. 132 ustawy Pzp stanowi implementację Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. L 94 z 28.3.2014, s. 243), dalej: „dyrektywa 2014/25/UE”. Z treści tej dyrektywy wynika, iż zamówienie (sektorowe) stanowi nabycie – w drodze zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający (który prowadzi jeden z rodzajów działalności w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu lub usług pocztowych) od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z

rodzajów działalności (sektorowych), o których mowa w art. 8 – 14 dyrektywy 2014/25/UE (motyw 2 i art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE). Dlatego też użyty przez ustawodawcę w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp zwrot „w celu wykonywania działalności” oznacza, iż zamówienie jest niezbędne do prowadzenia działalności sektorowej, a co za tym idzie działalność sektorowa będzie wykonywana przez podmiot udzielający zamówienia na podstawie art. 132 ustawy Pzp. Takie stanowisko wyraził również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C - 393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH, pkt. 26, 31 – 32. Trybunał stwierdził, iż wprowadzona przez dyrektywę 2004/17 (obecnie dyrektywa 2014/25/UE) koordynacja nie obejmuje wszystkich dziedzin działalności gospodarczej, lecz dotyczy szczegółowo określonych sektorów, co ukazuje zresztą fakt, iż dyrektywa ta zwana jest powszechnie „dyrektywą sektorową”. Ponadto zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej obejmuje jedynie zamówienia udzielane przez podmiot będący „instytucją zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy, w związku z działalnością prowadzoną w sektorach wymienionych w art. 3 - 7 (obecnie art. 8 – 14 dyrektywy 2014/25/UE) tej dyrektywy oraz w celu prowadzenia tej działalności. Takie wnioski wypływają również z wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C - 462/03 i C - 463/03 Strabag AG (C - 462/03), Kostmann GmbH (C-463/03) przeciwko Österreichische Bundesbahnen, pkt 37. W wyroku tym Trybunał orzekł, że jeżeli zamówienie nie wynika z wykonywania działalności określonej w dyrektywie sektorowej, będzie ono podlegało zasadom przewidzianym przez dyrektywę dotyczące, w zależności od przypadku, udzielania zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawy. Ponadto zastosowanie dyrektywy sektorowej zależy od rodzaju działalności wykonywanej przez daną instytucję zamawiającą, jak też od związków między tą działalnością a planowanym przez tę instytucję zamówieniem. Jeśli wykonuje ona działalność sektorową i planuje w ramach wykonywania takiej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy bądź też zorganizować konkurs, przepisy tej dyrektywy znajdują zastosowanie do tego zamówienia lub konkursu. Wspomnieć należy także, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału dyrektywie 2004/17 podlegają zamówienia udzielane w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których jest wyraźnie mowa w art. 3 - 7 tej dyrektywy, a także zamówienia, które choć mają inny charakter i mogłyby więc same w sobie być normalnie objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18 (obecnie dyrektywa 2014/24/UE), służą prowadzeniu działalności, o której mowa w dyrektywie 2004/17. Za niedopuszczalne uznać więc należy udzielenie zamówienia sektorowego przez podmiot, który nie wykonuje następnie działalności sektorowej. Przykładowo, wątpliwe w tym świetle jest dopuszczenie udzielania przez gminę zamówienia na budowę sieci przeznaczonej do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej w oparciu o procedurę jak dla zamówienia sektorowego, jeżeli działalność sektorową w

sektorze gospodarki wodnej prowadzi inny podmiot, np. utworzona w tym celu spółka gminna.

Odnosnie przepisów dotyczących progów, od których należy stosować ustawę Pzp dla zamówień sektorowych, zgodnie z treścią art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielania zamówień sektorowych ustawę Pzp stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. A więc, jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż te kwoty, zamawiający nie będzie musiał stosować ustawy Pzp, jeżeli udziela zamówienia w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp.

Podsumowując, zamówieniem sektorowym jest zamówienie stanowiące nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez podmiot wymieniony w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Pzp, działający w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu lub usług pocztowych, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowych, o których mowa w art. 132 ustawy Pzp. Jednocześnie, aby móc zakwalifikować zamówienie jako zamówienie udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej podmiot udzielający zamówienia sektorowego powinien rzeczywiście wykonywać działalność w jednym z sektorów określonych w art. 8 – 14 dyrektywy 2014/25/UE. Ponadto należy zaznaczyć, że jeśli zamówienie udzielane jest w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, a wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp, natomiast zgodnie z ustalonymi przez siebie procedurami wewnętrznymi. Jeżeli natomiast zamówienie udzielane jest w celu wykonywania działalności sektorowej i wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający do jego udzielenia powinien stosować przepisy rozdziału 5 działu III ustawy Pzp.

Przedmiotowe rozważania mają charakter generalny, ponieważ stosownie do treści art. 154 pkt 13 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dążąc do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy, wydaje, z urzędu lub na wniosek, opinie, w których przedstawia interpretacje przepisów dotyczących zamówień publicznych, budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie. Należy wyraźnie wskazać, iż dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, nie polega na podejmowaniu rozstrzygnięć w konkretnych okolicznościach faktycznych sprawy, a także na ocenie merytorycznej czynności podejmowanych przez zamawiających lub wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym Urząd Zamówień Publicznych w drodze opinii nie może rozstrzygnąć o

charakterze konkretnego zamówienia tj. czy Gmina, w przedstawionym we wniosku stanie faktycznym, uprawniona jest do stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących zamówień sektorowych. Obowiązek ten spoczywa na zamawiającym, który dokonuje stosownych ustaleń w oparciu o posiadane przez niego szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia publicznego. Ponadto dokonanie takich ustaleń przez Urząd Zamówień Publicznych mogłoby w sposób nieuprawniony wpłynąć na przebieg i wynik ewentualnych późniejszych postępowań kontrolnych lub administracyjnych prowadzonych w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia.



D Y R E K T O R  
Departamentu Prawnego

*Bogdan Artymowicz*