###

OPINIA PRAWNA

dotycząca obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez beneficjentów POPC w działaniu 1.1.

Warszawa, marzec 2017 r.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

# Zleceniodawca

Opinia została opracowana na zlecenie Centrum Projektów Polska Cyfrowa, ul. Spokojna 13a, 01-044 Warszawa („CPPC”).

# WYKONAWCA

Opinia została opracowana przez:

**Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o.
ul. Bagatela 10 lok 5
00-585 Warszawa
tel. 022 654 77 41, fax 022 654 31 31
e-mail: grupasienna@grupasienna.pl**

wpisaną do rejestru przedsiębiorców – Krajowego Rejestru Sądowego w Sądzie Rejonowym dla Miasta Stołecznego Warszawy XIX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000177022.

# Materiał wyjściowy do opracowania opinii

Opinia została opracowana w oparciu o następujące dokumenty:

1. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, ze zm.);
2. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1489 ze zm.)
3. Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65);
4. Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33);
5. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III;
6. Z. Radwański i M. Zieliński, System prawa prywatnego, t. 1, Warszawa 2007;
7. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wydanie VI, Warszawa 2014 r.;
8. Orzecznictwo TSUE przywołane w treści opinii;
9. Opinie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

# STAN FAKTYCZNY

W Programie Operacyjnym Polska Cyfrowa, w działaniu 1.1. CPPC w drodze konkursów zawiera umowy o dofinansowanie projektów, których przedmiotem jest budowa sieci dostępu do Internetu na wskazanych obszarach kraju. Ostatecznym odbiorcą, który zyska dzięki sieci możliwość korzystania z Internetu są osoby fizyczne (gospodarstwa domowe) z obszaru objętego działaniem w liczbie wynikającej z umowy o dofinansowanie oraz szkoły zlokalizowane na tym obszarze. Czynności zmierzające do powstania sieci będą polegały na:

* zbudowaniu sieci światłowodowej na podbudowie słupowej - słupach elektrycznych niskiego lub średniego napięcia lub słupach wybudowanych w celu podwieszenia światłowodu, dzierżawionej lub własnej
* zbudowaniu sieci światłowodowej podziemnej poprzez ułożenie kabli światłowodowych w kanalizacji/mikrokanalizacji,
* zbudowaniu sieci radiowej w tym budowę masztów.

Beneficjentami (stroną umów z CPPC) będą podmioty prywatne, co do zasady niezobowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Wartość projektu w przypadku każdego z obszarów będzie przekraczać kwotę 5 225 000 euro. Dofinansowanie przekroczy 50%. Wartość projektu ustalona odrębnie dla „typu użytkownika” tj gospodarstw domowych i szkół nie przekroczy w szeregu przypadków wspomnianej kwoty.

Analiza będzie stanowić odpowiedź czy w opisanym stanie faktycznym beneficjenci będą obowiązani przy budowie sieci stosować przepisy ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj Dz. U. z 2015 r. poz 2164 ze zm.)

# ANALIZA

Aby ustalić, czy zachodzi obowiązek stosowania ustawy Pzp do tak zakreślonego przedmiotu zamówienia, w którym zamawiającymi będą podmioty wskazane w art. 3 ust 1 pkt 5) ustawy w pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie, czy czynności budowy sieci (radiowej lub światłowodowej) to roboty w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24UE. *A priori* można bowiem przyjąć, że roboty te nie będą dotyczyły pozostałego zakresu rzeczowego wskazanego w art. 3 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp tj budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych, i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych.

Załącznik 2 do dyrektywy obiekty inżynierii lądowej i wodnej ujmuje w grupie 45.2 dotyczącej wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz inżynierii lądowej i wodnej. W załączniku tym w klasie 45.21. wskazano, że obejmuje ona poza robotami oznaczonymi kodem CPV rozpoczynającym się od cyfr 4521, także roboty oznaczone kodem 45232000 oraz kodem 45220000

Roboty rozpoczynające się od cyfr 4523- - - -, będą obiektami inżynierii lądowej. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie CPV są to m in. następujące roboty:

* 45232300-5 Roboty budowlane i pomocnicze w zakresie linii telefonicznych i ciągów komunikacyjnych,
* 45232310-8 Roboty budowlane w zakresie linii telefonicznych,
* 45232311-5 Przydrożne telefoniczne linie awaryjne,
* 45232320-1 Kablowe linie nadawcze,
* 45232330-4 Wznoszenie masztów antenowych,
* 45232331-1 Roboty dodatkowe w zakresie nadawania,
* 45232332-8 Telekomunikacyjne roboty dodatkowe,
* 45232340-7 Roboty budowlane w zakresie masztów telefonii komórkowej.

Obejmują one swoim zakresem czynności budowy napowietrznej sieci światłowodowej a także sieci radiowej. Z kolei układanie kabli w kanalizacji podziemnej to oznaczone kodem 45221250-9 Roboty podziemne inne niż dotyczące tuneli, szybów i kolei podziemnej. Pierwsze 4 cyfry kodu także przesądzają, że są to roboty z zakresu inżynierii lądowej.

Tym samym przy współfinansowaniu takich robót budowlanych w ponad 50% ze środków publicznych, każdy podmiot nabywający roboty będzie na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zobowiązany do stosowania przepisów tej ustawy (gdy wartość zamówienia przekroczy 5 225 000 euro) o ile przepis szczególny nie będzie stanowił inaczej.

Poza w/w robotami budowlanymi zakres czynności w ramach projektu może obejmować także instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych objęte kodem CPV4531000-1*.* Instalowanie urządzeń z natury rzeczy nie stanowi w pełni budowy sieci lecz jest jedynie montażem na istniejących masztach lub innych obiektach nadajników odbiorników, przekaźników itp. urządzeń tj. składników sieci. Instalowanie urządzeń nie mieści się wprost w zakresie pojęcia inżynierii lądowej. Szczegółowe badanie jaki rodzaj zamówienia stanowi, nie ma znaczenia w sprawie, gdyż zgodnie z informacją CPPC będzie to zdecydowanie mniejszościowa część każdego projektu. Tym samym nawet jego wystąpienie oznacza, że stworzenie sieci obejmie różne rodzaje zamówień i tym samym do przesądzenia sposobu stosowania ustawy Pzp konieczna jest analiza przepisów kolizyjnych zawartych w art. 5b – 5g tej ustawy. W przypadku gdy zamówienie obejmie jednocześnie usługi i dostawy albo jednocześnie roboty budowlane objęte przepisami ustawy oraz świadczenia tymi przepisami nieobjęte i są one udzielane w jednym postępowaniu stosuje się wówczas przepisy ustawy Pzp (art. 5d ust 2 pkt 1 ustawy). Podział na czynności instalowania urządzeń (zlecane odrębnie) oraz budowę sieci (odrębnie) mimo iż zgodnie z literalną wykładnią art. 5d ust 1 pkt 1 możliwy, budzi jednak wątpliwości co do celowości i dopuszczalności. Są to bowiem czynności składające się na stworzenie jednej sieci, co jak wskazuje się niżej jest oceniane w orzecznictwie jako niedozwolone. Ponadto nie przyczyniałby się do rozwiązania problemu stosowania ustawy Pzp do czynności budowy sieci innych niż montaż urządzeń gdyż wartość tych prac i tak przekraczałaby kwoty od których powstaje obowiązek stosowania ustawy Pzp przy budowie obiektów inżynierii lądowej.

Za niezasadne i obarczone jeszcze (znacząco) wyższym ryzykiem należy uznać odrębne potraktowanie zamówienia ze względu na jego cel tj. jako jedno zamówienie czynności mające na celu objęcie siecią gospodarstw domowych zaś jako drugie objęcie siecią szkół.

Sąd Pierwszej Instancji w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii (wyrok w sprawie T -384/10 z 29 maja 2013 r. orzekł bowiem, że (motyw 67 uzasadnienia) aby wynik odrębnych robót był uznany za odrębny obiekt budowlany w rozumieniu dyrektywy (a więc także w rozumieniu prawa polskiego) wystarczy, by roboty te pełniły albo tę samą rolę gospodarczą, albo tę samą rolę techniczną. Stwierdzenie tożsamości gospodarczej i tożsamości technicznej ma więc charakter alternatywny, a nie kumulatywny. W ocenie Sądu realizowane w ramach jednego zamierzenia (objęte jednym projektem i umową o dofinansowanie ze wspólnym uzasadnieniem rezultatu) roboty budowlane dotyczące sieci, stanowią jeden obiekt budowlany i ich wartość winna być traktowana łącznie nawet gdy mogą funkcjonować niezależnie. Sąd poddaje przy tym ocenie czy roboty toczą się na tym samym obszarze geograficznym, rozumiejąc przez to sieć nie jako abstrakcyjną ogólnokrajową całość lecz jako sieć służącą do zaspokajania potrzeb określonej grupy która właśnie z tej terytorialnej części sieci korzysta. W przykładach przytaczanych przez Sąd są to jednak obszary obejmujące znaczące terytoria, nieograniczane granicami jednostek administracyjnych, lecz definiowane tak by zweryfikować, czy właśnie taki obszar jest właściwy dla zaspokojenia potrzeby, której służą wykonywane roboty.

Jeszcze dalej posunięty rygoryzm w odniesieniu do zakazu dzielenia zamówień prezentuje opinia UZP *Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym* ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Urząd przytacza w niej pogląd TSUE wyrażony w wyroku z dnia 5 października 2000r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). *Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany należy przypisać okoliczności, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynieryjnych może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Wynika z tego, iż ocena czy  w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał w omawianym  wyroku, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia  przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w odnośnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy, nie może jednak stanowić w tym względzie kryterium decyzyjnego. Albowiem termin „obiekt budowlany”, który zawiera dyrektywa nie uzależnia istnienia obiektu budowlanego od takich elementów jak liczba podmiotów zamawiających, ani też czy całość robót może zostać przeprowadzona przez jedno przedsiębiorstwo. Decydującym dla kwalifikacji czy seria określonych robót stanowi realizację jednego obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy są więc kryteria gospodarczych i technicznych funkcji spełnianych przez wynik tych robót. Trybunał zauważył również, iż jest zrozumiałe, że z powodów administracyjnych lub innych, program robót budowlanych zmierzających do wykonania obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy może być przedmiotem kilku procedur, których inicjatywa pochodzi od różnych zamawiających.* ***Może tak być na przykład w przypadku budowy drogi przechodzącej przez terytorium kilku władztw lokalnych, z których każdy odpowiada administracyjnie za jej odcinek. Przeprowadzenie kilku procedur nie oznacza jednak możliwości odrębnego szacowania wartości przedmiotu tych procedur. Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości cel dyrektywy nie zostałby osiągnięty, jeżeli zakres stosowania dyrektywy byłby wyłączony z tego powodu, że szacowana  wartość każdego odcinka obiektu budowlanego byłaby niższa od progu zastosowania dyrektywy.***

W kontekście tego poglądu już odrębne ustalanie wartości zamówienia dla poszczególnych obszarów, na których realizowane są projekty z działania 1.1 mogłoby budzić obawy czy nie dochodzi do podziału zamówienia na części, gdyż działanie 1.1 jest działaniem z programu krajowego i jego cel ma wymiar ogólnokrajowy. Rozważania w tej sprawie nie są przedmiotem opinii i nie są istotne dla sprawy, gdyż nawet odrębne traktowanie wartości zamówienia w poszczególnych obszarach geograficznych nie powoduje, iż wartość ustalona dla dowolnego z nich jest niższa jak 5 225 000 euro, a więc podział zamówienia nie doprowadza do uniknięcia stosowania przepisów i tym samym jest dopuszczalny. Jednakże rygoryzm poglądów przedstawianych wyżej wskazuje, że rozważanie możliwości silniejszej atomizacji zamówień jest niecelowe.

Rozstrzygnięcia wymaga także, w jakim horyzoncie czasowym zamawiający winien przewidywać udzielanie zamówień, a tym samym zamówienia tego samego rodzaju traktować jako część tego samego zamówienia. W opinii Prezesa UZP istotą jest przewidywalność (planowanie) określonych zamówień. *Z udzielaniem zamówienia w częściach (a więc obowiązkiem łącznego traktowania wartości – przyp. aut.) mamy do czynienia w sytuacji* ***gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie****.* W przypadku zamówień objętych projektem dofinansowanym ze środków UE okres ustalania wartości zamówień to okres projektu.

W konkluzji rozważań powyższych należy stwierdzić, że zakres przedmiotowy zamówień to zamówienia mieszczące się w zakresu pojęcia robót z zakresu inżynierii lądowej, a odrębne ustalanie wartości zamówień prowadzące do obniżenia ich wartości poniżej 5 225 000 euro obarczone jest istotnym ryzykiem uznania za niedozwolony i służący uniknięciu stosowania przepisów podział zamówienia.

Jednakże specyfika przedmiotu zamówienia nakazuje zwrócić uwagę na inne przepisy ustawy krajowej (Pzp) oraz dyrektywy UE (2014/24UE). Art. 4 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że jej przepisów nie stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, których głównym celem jest:

a) pozwolenie zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub

b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub

c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej;

Ustalenia wymaga, czy przepis ten dotyczy zamawiających - beneficjentów POPC działanie 1.1 (ujęcie podmiotowe) oraz czy przedmiot zamówienia i jego główny cel mieszczą się w lit a) – c) przepisu.

Zgodnie z art. 2 pkt 29) ustawy Prawo telekomunikacyjne publiczna sieć telekomunikacyjna to sieć telekomunikacyjną wykorzystywana głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Prawo telekomunikacyjne wdraża w tej definicji przepisy dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z którą (art. 2 lit d) publiczna sieć łączności" oznacza sieć łączności elektronicznej wykorzystywaną całkowicie lub częściowo do świadczenia publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej. Z kolei zgodnie z art. 2 lit a) sieć łączności elektronicznej" oznacza systemy transmisyjne, oraz stosownie do okoliczności, urządzenia przełączające i routingowe oraz inne zasoby, które umożliwiają przekazywanie sygnałów przewodowo, za pomocą radia, środków optycznych lub innych elektromagnetycznych środków, w tym sieci satelitarnych, stacjonarnych (komutowanych i pakietowych, w tym Internetu) i naziemnych sieci przenośnych, elektrycznych systemów kablowych, w takim zakresie, w jakim są one wykorzystywane do przekazywania sygnałów, w sieciach nadawania radiowego i telewizyjnego oraz sieciach telewizji kablowej, niezależnie od rodzaju przekazywanej informacji, zaś usługa łączności elektronicznej" (art. 2 lit c) oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze;

W kontekście powyższych przepisów nie ulega wątpliwości, że sieć, która jest tworzona w celu umożliwienia dostępu gospodarstwom domowym oraz szkołom do internetu jest publiczną siecią telekomunikacyjną (elektroniczną w rozumieniu prawa UE), a głównym celem zamówienia jest dążenie do oddania tej sieci do dyspozycji wskazanym użytkownikom (do użytku publicznego). Zakres przedmiotowy wyłączenia z art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie budzi więc wątpliwości i przy tak zakreślonym przedmiocie zamówienia jak opisany w działaniu 1.1. mógłby być podstawą odstąpienia od stosowania przepisów Pzp.

Rozstrzygnięcia wymaga natomiast zakres podmiotowy wyłączenia. Art. 4 pkt 10 ustawy Pzp wskazuje że chodzi wyłącznie o zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a. Literalna wykładnia wykluczałaby więc zastosowanie wyłączenia do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5), a do tych zaliczają się beneficjenci działania 1.1. POPC. Wykładnia ta już po wstępnej analizie musi jednak budzić poważne wątpliwości. Prowadzi bowiem do wniosku, że obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych został zdjęty z podmiotów, które w zakresie swej bieżącej i zasadniczej działalności te przepisy są obowiązane stosować, pod czas gdy nie zdjęto go z podmiotów, które przepisów ustawy co do zasady nie stosują. Taka wykładnia prowadziłaby więc do sytuacji niezrozumiałej, w której dysponująca środkami publicznymi gmina, jednostka budżetowa czy też inna jednostka sektora finansów publicznych udzielając zamówienia nie stosowałaby przepisów ustawy Pzp, zaś podmiot prywatny udzielając identycznego przedmiotowo zamówienia wspierając się środkami publicznymi takie przepisy musiałby stosować.

Niezbędne w tej sytuacji wydaje się sięgnięcie po inną wykładnię prawa w celu odkodowania normy prawnej zawartej w przepisie art. 4 pkt 10 Pzp. Ponieważ przepis ten wdraża przepisy prawa UE to niezbędne wydaje się zweryfikowanie jego treści w kontekście normy wdrażanej. W tym przypadku jest to art. 8 dyrektywy 2014/24UE, który stanowi, że *niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, których głównym celem jest umożliwienie instytucjom zamawiającym udostępnienia lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczenia ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej.*

Podmioty prywatne, a więc o statusie takim, jaki będą posiadać beneficjenci POPC – działania 1.1 nie są w rozumieniu dyrektywy instytucja zamawiającą (art. 2 pkt 1). Jednakże dyrektywa w odróżnieniu od prawa polskiego, wskazuje ze wyłączenie dotyczące udostępnienia sieci telekomunikacyjnej (art. 8) nie jest ograniczone do sytuacji, w których zamówienie na stworzenie sieci jest udzielane przez instytucję zamawiającą. Wyłączenie ma charakter przedmiotowy i znajdzie zastosowanie zawsze, gdy dotyczy zamówienia, którego **celem jest umożliwienie instytucji zamawiającej udostępnienia takiej sieci**. „Umożliwienie udostępnienia” to także sytuacja, w której instytucja zamawiająca tą możliwość realizuje poprzez przekazanie środków innemu podmiotowi (prywatnemu) w celu uzyskania rezultatu. Nie ma więc zastosowania dyrektywa zarówno do czynności przekazania dotacji/dofinansowania (co w polskiej ustawie odzwierciedla art. 4 pkt 7) jak i do udzielania zamówień, co wprost wynika z pierwszego zdania art. 8 dyrektywy. I nie ma przy tym znaczenia kto jest udzielającym zamówienia, gdyż ważne jest jedynie czy celem zamówienia jest umożliwienie udostępnienia sieci.

Nie można też przy dokonywaniu wykładni pominąć artykułu 13 dyrektywy dotyczącego zamówień subsydiowanych tj. przepisu wdrażanego w prawie krajowym poprzez art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tym przepisie od Instytucji zamawiających dyrektywa wymaga by przekazując subsydia, (w tym na roboty w zakresie inżynierii lądowej) zapewniły przestrzeganie przepisów dyrektywy. Skoro więc pewna część robót z zakresu inżynierii lądowej (budowa publicznej sieci telekomunikacyjnej) spod stosowania dyrektyw jest wyłączona, to instytucje zamawiające zapewniając stosowanie dyrektywy przez biorcę subsydiów nie mogą zobowiązać go do jej stosowania w zakresie szerszym niż dyrektywa stanowi.

Charakter przedmiotowy wyłączenia, niezależny od rodzaju podmiotu, który prowadzi procedurę udzielenia zamówienia i zawiera umowę o zamówienie, potwierdza piśmiennictwo. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj w Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III wskazują iż *zakres wyłączenia. Wyłączenie ze stosowania dyrektywy 2014/24/UE zawarte w jej* *art. 8 jest wyłączeniem przedmiotowym i dotyczy takich zamówień i konkursów, których głównym celem jest umożliwienie zamawiającym świadczenia usług łączności elektronicznej, w tym publicznie dostępnych, lub też udostępnienie zamawiającym publicznych sieci łączności, dzięki którym będą mogły być świadczone publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej. Należy stwierdzić, że celem przedmiotowego wyłączenia było uproszczenie i uelastycznienie procesu realizacji zamówień w powyższym zakresie, tak aby dostęp do publicznych sieci łączności, jak również do usług świadczonych za pośrednictwem tych sieci, był możliwy dla szerokiego kręgu odbiorców.* Pogląd ten, podobnie jak pogląd autora niniejszej opinii wskazuje, że nie ma znaczenia kto jest zamawiającym i literalna wykładnia art. 4 pkt 10 Pzp nie powinna się ostać. Wskazuje na to też niekwestionowana linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości UE. Respektując pogląd TSUE - o ile istnieją wątpliwości co do zgodności normy krajowej z prawem UE, zgodnie z zasadą prowspólnotowej interpretacji prawa krajowego (pośredniego stosowania prawa wspólnotowego) przepisy prawa krajowego winny być interpretowane zgodnie z dyrektywą. Trybunał odwołując  się do artykułu 10 TWE i wyrażonej tam zasady lojalności, a więc obowiązku podjęcia przez państwo wszelkich właściwych i koniecznych środków do zapewnienia prawu wspólnotowemu skuteczności wskazał, iż obowiązek ten ma zastosowanie do wszelkich władz, wliczając w to sądy, które powinny dokonywać interpretacji prawa krajowego w taki sposób, by zapewnić osiągnięcie celów dyrektywy. W sprawie C - 334/92 Wagner Miret przeciw Fondo de Garantia Salarial TSUE nie stanął na stanowisku, że interpretując prawo krajowe organ krajowy powinien zakładać, że Państwo Członkowskie miało zamiar zapewnienia zgodności z prawem wspólnotowym[[1]](#footnote-1).

Definiując rozumienie pojęcia prowspólnotowej wykładni prawa, Trybunał w kolejnej ze spraw podniósł, że każdy organ państwowy stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po wejściu w życie dyrektywy, zobowiązany jest interpretować własne prawo w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 249 akapit trzeci TWE[[2]](#footnote-2) (obecnie art. 288 TFUE). Cel przepisu – uproszczenie realizacji zamówień zmierzających do rozpowszechnienia korzystania z sieci telekomunikacyjnych nie zostanie osiągnięty poprzez wykładnie zobowiązującą podmioty prywatne do stosowania procedur udzielania zamówień szerzej niż prawo UE to nakazuje. Warto wspomnieć, że Trybunał posunął się dalej niż do zwrócenia uwagi na obowiązek wykładni prowspólnotowej i uznał, że jeśli zastosowanie prawa krajowego w zgodzie ze wskazanymi zasadami nie jest możliwe, organy władzy państwa członkowskiego są zobowiązane do stosowania wprost prawa wspólnotowego i ochrony praw, które przyznaje ono jednostce. W sytuacji, gdy zastosowanie prawa krajowego w danej sytuacji byłoby sprzeczne z prawem wspólnotowym nie należy stosować przepisów prawa krajowego. Beneficjent POPC, który uzyskawszy współfinansowanie nie zastosowałby przepisu krajowego mógłby więc powoływać się następnie wprost na przepis prawa UE.

Ponieważ w doktrynie, panuje zgodny pogląd, że wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej z zasady powinna się zaczynać i co do zasady kończyć na poziomie krajowym[[3]](#footnote-3), to krajowe sądy, organy administracji i osoby stosujące prawo winny w świetle tej wykładni interpretować prawo krajowe i podejmować decyzje o sposobie jego stosowania. Nie jest więc z tego obowiązku zwolniona także Instytucja Pośrednicząca podczas oceny wydatków beneficjentów POPC działanie 1.1, nie jest z niej zwolniony organ właściwy czyli Prezes UZP. Ze względu na niejednostkowy charakter zagadnienia, zasadne wydaje się zwrócenie się do Prezesa Urzędu o zajęcie stanowiska w sprawie.



Dr nauk prawnych

Włodzimierz Dzierżanowski

1. Wyrok ETS z 16 grudnia 1993 r., Wagner Miret v. Fondo de Garantia Salarial, C-334/92 Zbiory orzecznictwa ETS 1993 str. I-06. [↑](#footnote-ref-1)
2. Wyrok TSUE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Von Colon i Kamann, ETS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing [↑](#footnote-ref-2)
3. Z. Radwański i M. Zieliński, System prawa prywatnego, t. 1, Warszawa 2007, s. 479–480. [↑](#footnote-ref-3)