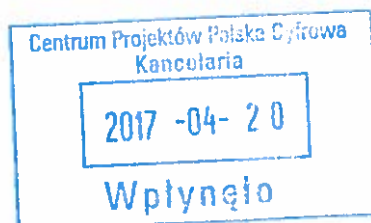




Warszawa, dnia 14.04.2017 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

UZP/DP/026/418(3)/17/RS
KW - 4049/14



CPPC



AAA101731

Pani

Ewa Siczek

Dyrektor Departamentu Projektów
e-Administracji

Centrum Projektów Polska Cyfrowa

W odpowiedzi na pismo z dnia 27 marca 2017 r., w możliwości udzielania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zamówień na roboty budowlane polegających na budowie sieci światłowodowej/radiowej z zastosowaniem art. 4 pkt. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2164, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 10 ustawy Pzp, przepisów tej ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, 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.

Treść powyższego przepisu stanowi transpozycję na grunt prawa krajowego art. 8 dyrektywy 2014/24/UE¹, na mocy którego nie ma ona 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. Dla prawidłowego określenia zakresu wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 10 ustawy Pzp niezbędne jest

¹ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65)

przybliżenie procesu liberalizacji unijnego rynku usług telekomunikacyjnych determinującego obecny kształt unijnych (oraz krajowych) regulacji odnoszących się do sektora telekomunikacyjnego.

Dyrektywa 93/38/EWG², definiując w art. 2 ust. 2 lit. d) działalność sektorową w dziedzinie telekomunikacji, posługiwała się wyrażeniem "udostępnienie lub eksploatacja sieci telekomunikacji publicznej lub świadczenie jednej lub większej liczby publicznych usług telekomunikacyjnych". Pojęcia „sieci telekomunikacji publicznej” i „publicznych usług telekomunikacyjnych” zostały zdefiniowane w art. 1 pkt 14 i 15 dyrektywy 93/38/EWG. Jednocześnie art. 8 tej dyrektywy przewidywał możliwość wyłączenia spod obowiązku jej stosowania zamówień udzielanych przez podmioty prowadzące działalność w dziedzinie telekomunikacji wyłącznie w celu umożliwienia im świadczenia jednej lub większej liczby usług telekomunikacyjnych, jeżeli inne podmioty mogą swobodnie zaoferować te same usługi na tym samym obszarze geograficznym i zasadniczo na tych samych warunkach, tj. w przypadku gdy działalność jest prowadzona w warunkach konkurencji. Decyzją z 1999 r. Komisja Europejska wyłączyła znaczną część unijnego rynku usług telekomunikacyjnych spod reżimu dyrektywy.³ Dyrektywa 2004/17/WE⁴ mówiła o tym w motywie 5 preambuły: *Zakres dyrektywy 93/38/EWG obejmuje obecnie niektóre zamówienia udzielone przez podmioty zamawiające działające w sektorze telekomunikacji. Ramy legislacyjne, wspomniane w Czwartym raporcie dotyczącym wykonania rozporządzeń dotyczących telekomunikacji z dnia 25 listopada 1998 r., zostały przyjęte w celu otwarcia tego sektora. Jedną z konsekwencji tego było wprowadzenie efektywnej konkurencji, zarówno de iure, jak i de facto, w tym sektorze. W celach informacyjnych i w świetle takiej sytuacji Komisja opublikowała wykaz usług telekomunikacyjnych, które mogą już zostać wykluczone z zakresu wspomnianej dyrektywy na mocy jej art. 8. Dalszy postęp był potwierdzony w Siódmym raporcie dotyczącym wykonania rozporządzeń dotyczących telekomunikacji z dnia 26 listopada 2001 r. Nie ma zatem potrzeby dalszego regulowania zakupów dokonywanych przez podmioty działające w tym sektorze. W konsekwencji dyrektywa 2004/17/WE nie obejmowała swoim zakresem zamówień udzielanych przez podmioty prowadzące działalność w sektorze telekomunikacji.*

Jednocześnie zamówienia udzielane w celu prowadzenia przez zamawiających działalności w sektorze telekomunikacji zostały wyłączone spod zakresu zastosowania

² dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 84; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 194)

³ tekst decyzji: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999Y0603\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999Y0603(01)&from=EN)

⁴ 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 (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19)

dyrektywy 2004/18/WE⁵. W myśl art. 13 cyt. dyrektywy nie miała ona zastosowania do zamówień, których głównym celem jest pozwolenie instytucjom zamawiającym na oddanie do dyspozycji lub eksploatację publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenie odbiorcom publicznym jednej lub więcej usług telekomunikacyjnych. Jak wyjaśniono w motywie 21 preambuły, z uwagi na sytuację związaną z efektywnym funkcjonowaniem konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym w następstwie wdrożenia przepisów wspólnotowych mających na celu liberalizację tego sektora, zamówienia publiczne w tym obszarze powinny zostać wyłączone z zakresu dyrektywy, o ile są one ukierunkowane głównie na umożliwianie instytucjom zamawiającym realizacji pewnych działań w sektorze telekomunikacyjnym. W zakresie definicji tych działań dyrektywa 2004/18/WE odsyłała do przepisów art. 1, 2 i 8 dyrektywy 93/38/EWG.

Ustanowienie wyłączenia, o którym mowa art. 13 dyrektywy 2004/18/WE nastąpiło równoległe ze zmianą dyrektywy 93/38/EWG poprzez wyłączenie sektora telekomunikacyjnego spod jej zakresu zastosowania. Gdyby dyrektywa właściwa dla sektora klasycznego nie została zmieniona, zmiany wynikające z projektu nowej dyrektywy sektorowej, która miała zastąpić dyrektywę 93/38/EWG, oznaczałyby, że instytucje zamawiające w zakresie, w jakim prowadzą działalność w sektorze telekomunikacji, byłyby ponownie zobowiązane do stosowania przepisów dyrektyw właściwych dla sektora klasycznego. Dlatego też zakres zamówień w dziedzinie telekomunikacji objętych wyłączeniem spod obowiązku stosowania przepisów dyrektywy 2004/18/WE był tożsamy z zakresem zamówień w tej dziedzinie objętych wcześniej obowiązkiem stosowania dyrektywy 93/38/EWG z uwagi na definicję działalności sektorowej z art. 2 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy.

Jak wskazano na wstępie w myśl obowiązującego obecnie art. 8 dyrektywy 2014/24/UE dyrektywa ta 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. Na użytek tego przepisu „publiczna sieć łączności” oraz „usługa łączności elektronicznej” mają takie samo znaczenie jak w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE⁶. Nadmienić należy również, że działalność w sektorze telekomunikacja wyjęta jest spod regulacji dyrektywy 2014/25/UE⁷

⁵ dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 132)

⁶ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. WE L 108 z 24.4.2002, str. 33, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 13, t. 29, str. 349)

⁷ dyrektywa 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. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243)

Przez analogię do stanowiska, jakie Trybunał Sprawiedliwości zajął w wyroku w sprawie *Strabag*⁸, należy stwierdzić, że zastosowanie omawianego wyłączenia 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 polegającą na udostępnianiu lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczeniu ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej i planuje udzielić zamówienia lub przeprowadzić konkurs, którego głównym celem jest prowadzenie takiej działalności, to zamówienie lub konkurs objęte są wyłączeniem spod obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przewidzianym w art. 8 dyrektywy 2014/24/UE (w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 18 kwietnia 2016 r. – w art. 13 dyrektywy 2004/18/WE). W przeciwnym razie zamówienie to będzie podlegało regulacjom dyrektywy 2014/24/UE (poprzednio dyrektywy 2004/18/WE).⁹

Należy przy tym zwrócić uwagę, że cytowane przepisy nie wymagają, by umożliwienie zamawiającym prowadzenia działalności w sektorze usług telekomunikacyjnych rozumianej jako udostępnienie lub eksploatacja sieci telekomunikacji publicznej lub świadczenie jednej lub większej liczby publicznych usług telekomunikacyjnych było wyłącznym celem udzielanego zamówienia. Wystarczy, jeżeli umożliwienie zamawiającym prowadzenia tej działalności będzie jego głównym celem. Analizy, co należy rozumieć przez główny cel zamówienia, należy dokonywać indywidualnie, *a casu ad casum*, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych konkretnego przypadku. Natomiast zawsze wyłączeniem objęte są tylko zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające prowadzące działalność w sektorze telekomunikacji oraz w ramach tej działalności.

Odnosząc powyższe wyjaśnienia do realizacji projektów opisanych w piśmie z dnia 27 marca 2017 r. należy wskazać, że obejmują wykonanie prac będących robotami budowlanymi w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp. Możliwość udzielenia zamówienia na roboty budowlane z powołaniem się na wyłączenie o którym mowa w art. 4 pkt 10 ustawy Pzp sprowadza się w tym przypadku do ustalenia ścisłego związku zamawianych robót budowlanych z następczym wykorzystywaniem przez zamawiającego wybudowanej infrastruktury w celu wykonywania działalności telekomunikacyjnej, w szczególności poprzez samodzielne świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Podkreślić trzeba, że dogłębna analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wyłączenie w nim zawarte ma charakter przedmiotowo-podmiotowy. W związku z czym objęte nim będzie tylko takie zamówienie, które udzielane są przez zamawiającego prowadzącego działalność

⁸ orzeczenie z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie *Strabag AG (C-462/03) i Kostmann GmbH (C-463/03) przeciwko Österreichische Bundesbahnen*, ECLI:EU:C:2005:389

⁹ por. pkt 37 cyt. wyroku w sprawie *Strabag*

telekomunikacyjną. Zaistnienie omawianych przesłanek podmiotowych i przedmiotowych należy jednak ustalić w oparciu o analizę całokształtu okoliczności zamówienia.

Należy jednocześnie zastrzec, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie jest uprawniony do podejmowania rozstrzygnięć w przedmiocie zastosowania przepisów ustawy Pzp w konkretnych okolicznościach faktycznych sprawy. Zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie w formie opinii stanowiłoby działanie wychodzące poza zakres uprawnień należnych Prezesowi Urzędu i mogłoby w sposób nieuprawniony wpływać na przebieg i wynik późniejszych postępowań kontrolnych prowadzonych w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia.


DYREKTOR
Departamentu Prawnego
Bogdan Artymowicz