

Xxxx, dnia 10 stycznia 2012 r.

## ANALIZA RYZYKA PRAWNEGO

**Sporządzona przez:** XXXXX XXXXX

**Sporządzona dla:** Zielona Energia S.A (ZE S.A.).

**Dotyczy:** analizy ryzyka prawnego związanego z zamawianiem usług od firmy deweloperskiej (FD).

o następującej treści:

### Wstęp.

Powyższe zagadnienie sprowadza się *de facto* do wskazania w jakim zakresie Zielona Energia S.A. zobligowana jest do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych. Analizując zakres stosowania ww. ustawy wykazać należy w jakim zakresie Zielona Energia S.A. musi:

1. stosować ustawę na zasadach szczególnych uregulowanych w rozdziale 5 traktującym o zamówieniach sektorowych;
2. stosować ustawę na zasadach ogólnych.

### Ad. 1 Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych na zasadach szczególnych.

Kluczowy dla doprecyzowania zakresu stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> (PZP, ustawa) na zasadach szczególnych będzie art. 132 ww. ustawy, który obliguje podmioty udzielające zamówień publicznych do stosowania rozdziału 5. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się bowiem do zamówień udzielanych przez zamawiających<sup>2</sup> (czyli w tym wypadku także Zielonej Energii S.A.), jeżeli zamówienie jest udzielane m. in. w celu „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<sup>3</sup>”. Art. 132 używa sformułowania „w celu” i jak słusznie podkreśla Urząd Zamówień Publicznych (UZP) pojęcie te powinno być interpretowane szeroko. Tak samo do tej problematyki odnosi się ETS, który oceniając zakres przedmiotowy obowiązywania dyrektyw regulujących kwestię udzielania zamówień sektorowych wielokrotnie podkreślał, że obowiązek stosowania

<sup>1</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 – tekst ujednolicony przez Urząd Zamówień Publicznych.

<sup>2</sup> o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej "zamówieniami sektorowymi", z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5.

<sup>3</sup> Art. 132 pkt 1 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

przepisów o zamówieniach sektorowych nie powinno być zawężone przez samą wykładnię. W rezultacie należy przyjąć, że związek przyczynowo-skutkowy jaki powstanie pomiędzy świadczeniem będącym przedmiotem umowy, a prowadzeniem działalności zdefiniowanej jako działalność sektorowa w art. 132 ust. 1 PZP może być odległy, a mimo to powstanie obowiązek stosowania rozdziału 5. Wykładnia powinna zatem następować w sposób dynamiczny dając pierwszeństwo wykładni funkcjonalnej przez językową.

Należy zatem zgodzić się ze zdaniem UZP wg którego jeżeli określona firma prowadzi jedynie działalność sektorową nie powinno ulegać wątpliwości, że np. zakup papieru do drukarek, zakup benzyny do samochodów, budowa nowego budynku administracji, itp. to zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej.

Należy przy tym skonstatować, że w przypadku podmiotów prowadzących zróżnicowaną działalność gospodarczą obowiązek stosowania rozdziału 5 powstanie przy zawieraniu tych umów (udzielaniu tych zamówień), które służą realizacji działalności określonej w art. 132 PZP. Niezbędna jest zatem każdorazowa analiza stanu faktycznego przed dokonaniem interpretacji pojęcia „w celu”. Nie ulega więc wątpliwości, że Zielona Energia S.A. dokonując zamówień w celu budowy farm wiatrowych objęta będzie zakresem przedmiotowym stosowania rozdziału 5 ustawy. Jeżeli jednak kwota zamówienia przekroczy 400 000 euro Zielona Energia S.A. zobligowana będzie do stosowania ustawy na zasadach ogólnych. Wynika to z art. 133 ust. 1 który stanowi, że do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, czyli kwoty określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich<sup>4</sup>.

**Reasumując należy stwierdzić, że dla zamówień sektorowych, których wartość nie przekracza 400 000 euro Zielona Energia S.A. i firma deweloperska zobligowane będą do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych na zasadach szczególnych uregulowanych w rozdziale 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 132- 138f). Obowiązek taki dotyczył będzie przygotowania inwestycji, projektowania farm wiatrowych oraz zawarcia umowy dzierżawy gruntów na których farma wiatrowa ma powstać.**

#### **Ad. 2 Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych na zasadach ogólnych.**

Jak już o tym wspomniano ustawa będzie stosowana na zasadach ogólnych tylko jeśli kwoty zamówień przekracza 400 000 euro, w pozostałych przypadkach ZE S.A. i FD zobligowane będą do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych na zasadach szczególnych uregulowanych w rozdziale 5 PZP (art. 132- 138f).

O ile interpretacja tego uregulowania nie budzi większych wątpliwości to można zauważyć, że na gruncie przepisów ogólnych ustawodawca nie do końca jasno określił obowiązek stosowania ustawy do umów dzierżawy. O ile bowiem w artykule 2 pkt 12 zawarta jest definicja legalna zamówienia publicznego. Według niego są nim umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. To już zakres pojęcia usługi został niedostatecznie sformułowany.

---

<sup>4</sup> Dz. U. z 2007 r., Nr 241, poz. 1762.

Zakres pojęcia „usługi” uregulowany został w art. 2 pkt 10 tej ustawy jako świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a<sup>5</sup>, czyli na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym<sup>6</sup>. Pomijając definicje legalne dostaw i robót budowlanych<sup>7</sup> należy zaznaczyć, że ww. rozporządzenie oprócz podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe uwzględnia także nomenklaturę Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) jak i zastąpionej przez niego Centralnej Klasyfikacji Produktów (CPC), a także przedstawia tabelę zbieżności tych klasyfikacji. Wspólny Słownik Zamówień („Słownik”) stanowi jednolity system klasyfikacji udzielanych zamówień publicznych, którego celem jest standaryzacja terminologii wykorzystywanej przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia przez instytucje zamawiające.

Korzystając z ww. Słownika skonstatować można, że zakres przedmiotowy stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych obejmuje przygotowanie inwestycji pod budowę farm wiatrowych jak i ich projektowanie. Jeśli chodzi natomiast o zawarcie umów dzierżawy gruntów (które nie są objęte wykazem Słownika), zacytować można art. 4 ust. 3 lit. i) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, na podstawie którego „przepisów ustawy nie stosuje się do nabywania własności i innych praw do nieruchomości”. I o ile jest sprawą klarowną, że na podstawie powyższego uregulowania nabywanie własności nieruchomości wyłączone zostało spod stosowania ustawy, to już ustawodawca nie doprecyzował pojęcia "inne prawa do nieruchomości". Zapis ten, w takiej formie pozostawia pole do interpretacji, wykładnia językowa nie pozwala bowiem skonstatować czy obejmuje on wyłącznie prawa rzeczowe inne niż własność, czy także prawa o charakterze obligacyjnym (czyli też umowy dzierżawy).

Jakkolwiek nie zagłębiając się w tą niejasność przepisu należy przypomnieć, że art. 4 pkt 3 lit. i) nie znajdzie zastosowania do umów dzierżawy zawieranych pomiędzy Zieloną Energią S.A. a firmą deweloperską, gdyż stanowi *legi generalis* (Dział I, Przepisy ogólne) w odniesieniu do art. 132 będącego *lex specialis* (dział 3, Przepisy szczególne). Niepewność zatem jaka rodzi się na gruncie przepisów ogólnych nie jest istotną jeśli zamówienia publiczne dotyczą działalności regulowanej, nie da się jednak nie zauważyć, że kwestia ta powinna być precyzyjnie uregulowana w przepisach.

**Obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych na zasadach ogólnych (odnośnie przygotowania inwestycji, projektowania farm wiatrowych oraz zawarcia umowy dzierżawy gruntów na których farma wiatrowa ma powstać) powstanie kiedy kwota zamówienia sektorowego przekroczy 400 000 euro.**

---

<sup>5</sup> Artykuł ten stanowi iż „Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 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 oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych”.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2010 r., Nr 12, poz. 68.

<sup>7</sup> Art. 2 ust. 2 i ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych.