

Zakres podmiotowy nowych regulacji

Instytucja kultury jako zamawiający

Ostatnia nowelizacja pzp wprowadziła nowe uregulowania dotyczące udzielania zamówień z zakresu działalności kulturalnej. Wątpliwości budzi wskazanie kręgu instytucji zwolnionych ze stosowania pzp.

Agnieszka Zaborowska

prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

Jerzy Pieróg

adwokat, założyciel Kancelarii Prawnej Pieróg & Partnerzy

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) z 14 marca 2014 r. wprowadziła dodatkowe wyłączenia w stosowaniu procedury zamówieniowej. Na mocy dodanego art. 4 pkt 8b pzp omawianej ustawy nie stosuje się do zamówień na dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem

materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów. Wyłączenie dotyczy tylko zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Ponadto przedmiot zamówienia nie może służyć wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej działalności.

Cel nowelizacji

Podstawowym celem ostatniej nowelizacji pzp było ułatwienie udzielania

zamówień z zakresu kultury przez odstąpienie od sformalizowanej procedury przetargowej. W konsekwencji zmiana pzp ma się przyczynić do powiększenia zbiorów muzealnych, a także zwiększenia udziału zagranicznych artystów w wydarzeniach kulturalnych odbywających się na terenie RP.

Motywym przewodnim działania ustawodawcy było stwierdzenie stanu braku konkurencyjności na rynku dostaw i usług z zakresu działalności kulturalnej. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji pzp wskazano bowiem, że w przypadku zamówień w tej dziedzinie przedmiotem zamówienia jest konkretne dzieło sztuki lub usługa danego (jednego) artysty bądź twórcy. W konsekwencji w tego typu przetargach zastosowanie znajduje najczęściej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp. Na mocy tego przepisu zamawiający są uprawnieni do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. W związku z tym pod reżim procedury przetargowej podlega wówczas tylko jeden konkretny wykonawca. Założyć jednak należy, że formalistyczne podejście polskich zamawiających – poprzedzające zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego – spotykało się z niechęcią zagranicznych twórców. Stąd też powstała idea odstąpienia od sztywnej procedury udzielania zamówienia. Zupełnie na marginesie warto zauważyć, że na kanwie ostatniej nowelizacji brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp nie uległo zmianie. Zniesiono jedynie obowiązek żądania oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku postępowań o wartości wyższej od tzw. progów unijnych – także dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków (wynika to z nowo dodanego art. 67 ust. 6 pzp).



Krąg zamawiających

Brzmienie art. 4 pkt 8b pzp budzi wątpliwości interpretacyjne dotyczące kręgu podmiotów zwolnionych ze stosowania pzp. Powstaje bowiem pytanie, czy omawiana norma ma zastosowanie do każdego zamawiającego (określonego w art. 3 pzp), chcącego zorganizować wydarzenie kulturalne, czy też jest ona skierowana wyłącznie do instytucji kulturalnych. Analizie poddać zatem należy charakter omawianego wyłączenia i rozstrzygnąć, czy jest on wyłącznie przedmiotowy, czy też podmiotowo-przedmiotowy.

Instytucje kultury

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (dalej: uopdk) działalność kulturalna polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury.

Taką formę działalności mogą prowadzić osoby prawne, osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 uopdk), o ile nie ma ona charakteru działalności gospodarczej (art. 3 ust. 2 uopdk).

Wskazana ustawa, jako formy organizacyjne działalności kulturalnej wymienia w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury.

Katalog podmiotów prowadzących działalność kulturalną (o której stanowi uopdk) jest więc katalogiem otwartym. Odbiorcami norm zawartych w uopdk są m.in. instytucje kultury (np. muzea, teatry, domy kultury),

a więc podmioty, których podstawowym i niezarobkowym przedmiotem funkcjonowania jest działalność kulturalna.

Analiza, czy dany podmiot należy zakwalifikować do grona zamawiających pełniących funkcje instytucji kulturalnych, powinna zostać przeprowadzona w szczególności na podstawie aktu utworzenia oraz statutowego zakresu działalności takiego podmiotu (art. 13 uopdk).

Jednostki samorządu terytorialnego jako instytucje kulturalne

Warto zaznaczyć, że prowadzenie działalności kulturalnej jest zadaniem własnym jednostek samorządu terytorialnego (dalej: jst) o charakterze obowiązkowym. Nie oznacza to jednak,

że np. gmina organizująca koncert jubileuszowy (na potrzeby danego przedsięwzięcia) może zostać uznana za instytucję kulturalną.

W art. 9 ust. 1 uopdk wskazuje się, że jst organizują działalność kulturalną, tworząc samorządowe instytucje kultury, dla których prowadzenie takiej działalności jest podstawowym celem statutowym. Działalność ta przybiera różną formę, np. gminnej biblioteki publicznej, miejskiego ośrodka kultury. W konsekwencji instytucja kultury, jako osoba prawna, jest całkowicie odrębnym (np. w stosunku do gminy) podmiotem prawa, z własnym majątkiem, środkami trwałymi, przychodami oraz kosztami, samodzielnie gospodarującą w ramach posiadanych środków (zob. wyrok WSA w Warszawie z 20 marca 2008 r., I SA/Wa 134/08). Tym samym jst nie mogą być kwalifikowane jako instytucje kulturalne.

Biblioteki jako instytucje kulturalne

Objętość niniejszego artykułu nie pozwala na odniesienie się do wszystkich rodzajów instytucji kulturalnych jako zamawiających. Jako przykład zostanie więc przedstawiona interpretacja oddziaływania art. 4 pkt 8b pzp na biblioteki. Jak wynika ze strony internetowej Biblioteki Narodowej, w Polsce istnieje ponad 10 000 bibliotek, z czego ponad 8000 to podmioty publiczne. Rodzi się zatem podstawowe pytanie, czy w świetle omawianego wyłączenia zakupy materiałów bibliotecznych przez biblioteki (w postaci książek, czasopism, elektronicznych źródeł informacji) zwolnione są ze stosowania pzp.

Z pewnością biblioteki należy zakwalifikować jako instytucje kultury w świetle uopdk. W treści art. 3 tej ustawy wskazuje się bowiem bibliotekę jako jedną z form prowadzenia działalności kulturalnej. Ponadto z analizy ustawy o bibliotekach (dalej: uob) wynika, że biblioteki służą zaspakajaniu potrzeb

Podstawowe akty prawne regulujące działalność kulturalną

Działalność kulturalna uregulowana jest w kilku aktach prawnych.

Są to m.in.:

- ustawa z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 987);
- ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 642);
- ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (DzU nr 162, poz. 1568) – w zakresie ochrony dóbr kultury;
- ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (DzU nr 132, poz. 111) i ustawa z dnia 16 lipca 1987 r. o państwowych instytucjach filmowych (tekst jedn. DzU z 2007 r. nr 102, poz. 710) – przepisy odnoszące się do sztuki filmowej.

kulturalnych. Co więcej, w treści przepisów uopdk wymienia się wprost, że znajduje ona zastosowanie do tego rodzaju podmiotów. Stąd też, pod względem podmiotowym, art. 4 pkt 8b pzp z całą pewnością dotyczy bibliotek.

Na pierwszy rzut oka również pod względem przedmiotowym omawiana norma ma zastosowanie do zbiorów bibliotecznych nabywanych przez biblioteki. Co więcej, w treści art. 4 pkt 8b pzp zbiory te są wprost wymienione. Nie ma również problemu z zakwalifikowaniem danego przedmiotu zamówienia jako materiału bibliotecznego. W art. 5 uob wprost bowiem wskazuje się, że „materiałami bibliotecznymi są w szczególności dokumenty zawierające utrwalony wyraz myśli ludzkiej, przeznaczone do rozpowszechniania, niezależnie od nośnika

fizycznego i sposobu zapisu treści, a zwłaszcza: dokumenty graficzne (piśmiennicze, kartograficzne, ikonograficzne i muzyczne), dźwiękowe, wizualne, audiowizualne i elektroniczne”.

Należy jednak pamiętać, że hipoteza omawianego przepisu przewiduje dwa ograniczenia w jego stosowaniu. Po pierwsze, wartość zamówienia nie może przekroczyć tzw. progów unijnych. Po drugie, przedmiot zamówienia nie może służyć wyposażaniu zamawiającego w przeznaczone do bieżącej działalności środki trwałe.

Działalność bibliotek polega w głównej mierze na gromadzeniu zbiorów naukowych i dydaktycznych zgodnie z profilem danej biblioteki, a także na ich przechowywaniu i ochronie, a następnie na udostępnianiu tych zasobów wszystkim zainteresowanym użytkownikom (na określonych przez nie wewnętrznych zasadach). Nie ulega wątpliwości, że zakupione zbiory stanowią majątek tego rodzaju placówek. Są one przeznaczone do bieżącej działalności bibliotek. Czy zatem taki majątek należy traktować jako „środki trwałe przeznaczone do bieżącej działalności”, co ograniczałoby stosowanie art. 4 pkt 8b pzp?

Pojęcie środków trwałych zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o rachunkowości. Zgodnie z podaną tam definicją środki trwałe to rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki. Stornując od interpretacji podatkowych, ale podejmując się czystko literalnej wykładni tej ustawy, należałoby stwierdzić, że materiały biblioteczne można zakwalifikować jako środki trwałe.

A zatem można dojść do przekonania, że zakup materiałów bibliotecznych będzie potraktowany jako środek trwały, na dodatek zakupiony na potrzeby funkcjonowania takiej instytucji.

Omawiana norma jest zatem wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony ustawodawca zezwala na zakup materiałów bibliotecznych z ominięciem pzp, z drugiej zaś zastrzega, że przedmiot zamówienia (w postaci np. książek) nie może służyć wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej działalności.

W takiej sytuacji – zdaniem autorów – należy posiłkować się liberalną interpretacją przepisów prawa i odwołać się do celów ostatniej nowelizacji pzp. Zgodnie z wcześniej przytoczonymi zamiarami ustawodawcy nowe przepisy mają ułatwić zamówienia związane z dostawami i usługami z zakresu działalności kulturalnej. Stąd też nie ma podstaw, aby zakładać, że ustawodawca w ten sposób uniemożliwia zakup materiałów bibliotecznych na podstawie omawianego przepisu.

Uzasadnienie projektu nowelizacji pzp

W treści uzasadnienia do projektu nowelizacji pzp nie wskazano charakteru wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 8b pzp, czy też kategorii podmiotów, do których został on skierowany.

W dokumencie tym wielokrotnie odnoszono się do działań podejmowanych przez instytucje kultury. Tytułem przykładu uzasadniano, że „(...) wyłączenie przedmiotowych postępowań spod reżimu Prawa zamówień publicznych powinno usunąć bariery biurokratyczne i przyczynić się

Artykuł 4 pkt 8b pzp

Ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

do znacznego powiększenia się zbiorów muzealnych, a także zwiększenia udziału zagranicznych artystów w koncertach, festiwalach, widowiskach oraz spektaklach teatralnych organizowanych przez polskie instytucje kultury”. W dalszej części uzasadnienia wskazywano, że „(...) instytucje kultury, organizując wystawę, znając jakość i profesjonalizm artysty, chcą właśnie jego pracy, a ogłoszenie postępowania przetargowego, tj. stosowanie Prawa zamówień publicznych, tego nie gwarantuje”. Zauważono również, że „(...) wybór wykonawcy w drodze

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie gwarantuje osiągnięcia celu zakładanego przez instytucje kultury (...)”.

Nie odnoszono się jednak do kwestii zamawiających wykonujących działalność w ramach innych dziedzin niż działalność kulturalna w rozumieniu uopdk. Z drugiej strony nie wskazano wprost, że art. 4 pkt 8b pzp takich podmiotów nie dotyczy. Przemawiałoby to za możliwością skorzystania z omawianego wyłączenia np. przez starostwo powiatowe przy organizacji festiwalu muzycznego o szacunkowej wartości nieprzekraczającej kwoty 207 000 euro (874 554,30 zł) netto.

Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych

Uwagi wymaga fakt, że w komunikacie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) dotyczącym omawianej nowelizacji pzp podano, że „zamawiający w dziedzinach nauki i kultury są od dzisiaj zwolnieni z obowiązku stosowania Pzp do udzielania zamówień o wartościach wyrażonych w złotych równowartości od 30 000 euro do 134 000 (zamawiający rządowi) lub 207 000 euro (uczelnie publiczne, państwowe instytucje kultury, państwowe instytucje filmowe, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, jednostki sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym są jednostki samorządu terytorialnego) (...)”¹.

Dyżur redakcyjny



Na pytania dotyczące problemów z zakresu zamówień publicznych odpowiadać będzie **Elżbieta Sobczuk**, redaktor naczelna „Przetargów Publicznych”

28 lipca 2014 r.
(poniedziałek)
godz. 12⁰⁰–14⁰⁰

zadzwoń i zapytaj
(+71) 797 28 36

„Przetargi Publiczne” profesjonalnie i praktycznie o zamówieniach publicznych



Z kolei w Informatorze UZP wskazano, że przedmiotowa nowelizacja pzp wprowadza dotyczące wąskiego grona zamawiających wyłączenia obowiązku stosowania pzp do zamówień z zakresu działalności kulturalnej. W dalszej części podano, że „powyższe zmiany oznaczają, iż zamawiający z sektora finansów publicznych oraz zamawiający będący innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, obowiązani będą do stosowania ustawy Pzp na dostawy lub usługi od wartości zamówienia wynoszącej 134 000 euro, natomiast obowiązek stosowania ustawy przez pozostałych zamawiających (z wyjątkiem zamawiających udzielających zamówień sektorowych i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) powstanie, jeżeli wartość zamówienia będzie równa lub przekroczy 207 000 euro”².

Trudno zatem wywieść jednoznaczne stanowisko UZP w zakresie kręgu podmiotów, które zwolnione są ze stosowania pzp na podstawie art. 4 pkt 8b pzp. Z jednej strony wskazano bowiem, że nowelizacja pzp dotyczy wąskiego grona zamawiających czy wręcz zamawiających z dziedziny kultury. Z drugiej strony wskazuje się na konieczność stosowania pzp w stosunku do wszystkich zamawiających, jeżeli wartość zamówienia przekroczy tzw. progi unijne (oczywiście przy założeniu, że przedmiot zamówienia będzie zgodny z art. 4 pkt 8b pzp).

Zmiana uopdk

Nie można jednak zapominać, że prawodawca zdecydował się na wprowadzenie do uopdk rozdziału nr 4a: „Udzielanie zamówień na dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej”.

Refleksja nad formalną procedurą udzielania zamówień na gruncie wytycznych określonych w uopdk wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Stąd też na potrzeby dalszej analizy wystarczające jest wskazanie jej ogólnego zarysu. Zgodnie z dodanymi

przepisami podmiot prowadzący działalność kulturalną, udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 4 pkt 8b pzp, o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000,00 euro (126 747,00 zł netto, zamieszcza ogłoszenie o udzielanym zamówieniu w Biuletynie Informacji Publicznej (dalej: BIP). Po udzieleniu zamówienia podmiot ten zamieszcza niezwłocznie w BIP informację o udzieleniu zamówienia wraz z podaniem nazwy (firmy) albo imienia i nazwiska podmiotu, z którym zawarł umowę o wykonanie zamówienia. Podmiot prowadzący działalność kulturalną ma też obowiązek zamieszczenia na stronie BIP informacji o nieudzieleniu zamówienia.

Warto przypomnieć, że ustawodawca nakazał, aby takie zamówienia były udzielane w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie.

Wprowadzenie do uopdk przepisów formułujących szczegółowe zasady przeprowadzenia przez instytucje kultury wyboru wykonawcy zamówienia może prowadzić do wstępnego wniosku, że omawiane wyłączenie stosowania pzp zorientowane jest tylko na podmioty publiczne funkcjonujące w sferze kulturalnej. Chociaż z drugiej strony trudno zakładać, że uopdk reguluje udzielanie zamówień publicznych przez inne podmioty niż instytucje kulturalne.

Uwzględniając zatem całokształt nowo przyjętych regulacji prawnych dotyczących uopdk, należałoby przyjąć interpretację, zgodnie z którą art. 4 pkt 8b pzp odnosi się wyłącznie do podmiotów prowadzących działalność kulturalną.

Literalna interpretacja

Pozostawiając jednak pragmatyczną wykładnię omawianej normy

prawnej, należy podnieść, że treść art. 4 pkt 8b pzp nie wskazuje wprost, aby norma ta była skierowana wyłącznie do zamawiających prowadzących działalność kulturalną. Można zatem przyjąć, że założeniem prawodawcy było zaadresowanie normy art. 4 pkt 8b pzp do wszystkich podmiotów zobowiązanych do stosowania pzp (określonych w art. 3 pzp).

Jeżeli bowiem intencją ustawodawcy byłoby zawężenie kręgu adresatów do konkretnej, ściśle określonej grupy zamawiających, to z całą pewnością znalazłoby to odzwierciedlenie w treści art. 4 pkt 8b pzp.

W myśl sentencji łacińskiej „quod lege non prohibitum, licitum est”, a także zważywszy na to, że ani w uzasadnieniu do projektu nowelizacji pzp, ani w treści art. 4 pkt 8b pzp nie znalazło się takie wyłączenie, autorzy niniejszego opracowania skłaniają się właśnie ku liberalno-językowej interpretacji omawianej normy.

Przepisy przejściowe

Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych i niezakończonych przed 16 kwietnia 2014 r., a także do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed wskazaną datą stosuje się przepisy dotychczasowe. Omawiane normy prawne nie mają również zastosowania do umów zawartych po 16 kwietnia 2014 r., ale w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed tą datą.

Przypisy

- 1 Informacja zawarta w dziale aktualności pt. „Od dzisiaj zamawiający stosują pzp do udzielania zamówień publicznych od wartości 30 000 euro, a zamawiający z dziedziny nauki i kultury od 134 000 lub 207 000 euro”, dostępna na uzp.gov.pl.
- 2 Informator UZP nr 2-3/2014, s. 3-4.