

Zakres podmiotowy nowego Pzp. Kogo dotyczy nowa ustawa?

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Przepisy określają cechy charakterystyczne podmiotów, które podlegają pod reżim procedur udzielania zamówień publicznych. Dotychczasowa ustawa¹ obowiązująca, co do zasady, w odniesieniu do postępowań wszczętych do dnia 31.12.2020 r. – katalog zamawiających określa w jednym przepisie, tj. w art. 3 Pzp.

Natomiast, nowa ustawa² obowiązująca, co do zasady, w odniesieniu do postępowań wszczętych od dnia 01.01.2021 r. – wyodrębnia trzy przepisy określające podmioty zobowiązane do stosowania procedur zamówieniowych (tj. art. 4, 5 i 6 nowego Pzp).

Wprowadzono następujący podział podmiotów obowiązanych do stosowania procedur zamówieniowych:

1. zamawiających publicznych (art. 4),
2. zamawiających sektorowych (art. 5) oraz
3. zamawiających subsydiowanych (art. 6).

Zwiększenie ilości norm może sprawiać wrażenie, że katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych znacznie się poszerzył. Nie można jednak zapominać, że główna myśl przewodnia jaka przyświecała opracowaniu nowego Pzp, to uproszczenie regulacji. Ta idea została zachowana w zakresie uporządkowania katalogu zamawiających, poprzez wprowadzenie jasnej kwalifikacji trzech rodzajów podmiotów zamawiających (a co za tym idzie – trzech odrębnych przepisów odnoszących się do każdej kategorii zamawiających osobno).

I. Zamawiający publiczni **art. 4**

Krąg zamawiających publicznych został określony w art. 4 nowego Pzp. Ich klasyfikacja nie uległa zmianie względem obecnie obowiązujących odpowiedników, tj. art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Pzp. Zamawiający publiczni to podmioty mieszczące się w zakresie definicji „instytucji zamawiających” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektyw klasycznej³.

Zamawiających publicznych można podzielić na następujące podkategorie:

1. jednostki sektora finansów publicznych;
2. państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (inne niż jednostki sektora finansów publicznych);
3. osoby prawne (inne niż jednostki sektora finansów publicznych) – utworzone w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego;
4. związki podmiotów, o których mowa we wszystkich powyższych punktach – o ile takie związki występują.

JEDNOSTKI SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH LUB ICH ZWIĄZKI

art. 4 pkt 1

Do największej grupy zamawiających publicznych zalicza się jednostki sektora finansów publicznych (art. 4 pkt 1 nowego Pzp, odpowiednik obecnie obowiązującego art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp).

Do określenia czy dany podmiot należy do sektora finansów publicznych punkt wyjścia stanowi ustawa o finansach publicznych⁴. Przepisy wskazanej ustawy, w zakresie podmiotowym nie zmieniły się – wobec czego, modyfikacji nie uległ również katalog zamawiających, którzy należą do sektora finansów publicznych.

¹ Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej: „Pzp”.

² Ustawa z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r.), dalej: „nowe Pzp”.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia z dnia 27.08.2009 r. (Dz. U. 2019 r., poz. 869 ze zm.).

Będą to zatem:

1. organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej⁵ i ochrony prawa oraz sądy i trybunały, czyli: Sejm, Senat, Prezydenta RP, Rada Ministrów, Prezes Rady Ministrów, ministrowie kierujący poszczególnymi resortami, kierownicy urzędów centralnych, wojewodowie, organy rządowej administracji terenowej, NIK, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Trybunał Konstytucyjny, Trybunał Stanu, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, administracyjne oraz wojskowe;
2. jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki (związki metropolitarne), do których należą: gminy, powiaty, województwa, a także związki międzygminne i związki powiatów, które posiadają osobowość prawną;
3. jednostki budżetowe, takie jak np.: urzędy administracji państwowej, urzędy administracji samorządowej, prokuratury, jednostki policyjne i wojskowe;
4. samorządowe zakłady budżetowe powołane przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu wykonania wyłącznie zadań własnych gminy, powiatu lub województwa w zakresie: gospodarki mieszkaniowej i lokali użytkowych, dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji i ścieków komunalnych, utrzymania czystości oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz, lokalnego transportu zbiorowego, targowisk, zieleni gminnej, kultury fizycznej i sportu, pomocy społecznej, reintegracji zawodowej i społecznej oraz rehabilitacji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych, utrzymywania różnych gatunków zwierząt, a także cmentarzy;
5. agencje wykonawcze, do których przykładowo zaliczamy: Agencje Mienia Wojskowego, Agencje Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Agencje Rezerw Materiałowych, Centralny Ośrodek Badań Odmian Roślin Uprawnych, Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, Narodowe Centrum Nauki, Polska Agencja Kosmiczna, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości;
6. instytucje gospodarki budżetowej; według ustawy budżetowej – w 2018 r. taki status posiadały: m.in.: Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP, Centrum Zakupów dla Sądownictwa, Centrum Obsługi Administracji Rządowej, Centralny Ośrodek Informatyki, Centrum Badań i Edukacji Statystycznej GUS;
7. państwowe fundusze celowe, np. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej;
8. ZUS i zarządzane przez niego fundusze oraz KRUS i fundusze zarządzane przez Prezesa KRUS;
9. NFZ;
10. samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
11. uczelnie publiczne;
12. Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
13. państwowe i samorządowe instytucje kultury, np.: teatry, opery, muzea, biblioteki, domy kultury;
14. inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego. Przykładowo – Polska Organizacja Turystyczna.

PAŃSTWOWE JEDNOSTKI ORGANIZACYJNE NIEPOSIADAJĄCE OSOBOWOŚCI PRAWNEJ LUB ICH ZWIĄZKI art. 4 pkt 2

W kręgu zamawiających publicznych mieszczą się państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej – inne niż należące do sektora finansów publicznych. Brzmienie art. 4 pkt 2 nowego Pzp jest tożsame z obecnie obowiązującą normą art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Państwowa jednostka prawna nieposiadająca osobowości prawnej powołana jest przez władzę rządową dla realizacji zadań państwa i całkowicie utrzymywana z jego budżetu (niedotowana lub dotowana częściowo z określonej części budżetu państwa). Przykładem będzie Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”.

INSTYTUCJE PRAWA PUBLICZNEGO LUB ICH ZWIĄZKI art. 4 pkt 3

Kolejna podkategoria zamawiających publicznych została wskazana w art. 4 pkt 3 nowego Pzp. Są to osoby prawne (inne niż należące do sektora finansów publicznych) utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego – jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 4 pkt 1 i 2 nowego Pzp, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w po-

⁵ W artykule przywołano jedynie konstytucyjne organy kontroli.

nad 50%, lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. W obecnie obowiązującym odpowiedniku (tj. art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp) ustawodawca wprowadził dodatkowy wymóg, zgodnie z którym dany podmiot będzie zamawiającym, o ile nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, a jego celem nie jest wypracowanie zysku oraz nie ponosi on strat wynikających z prowadzenia działalności. Zgodnie z opinią UZP⁶ nie należało tego wymogu traktować jako odrębnej przesłanki ustawowej, tylko przez jego pryzmat interpretować przesłankę realizacji przez podmiot „potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”. W praktyce wskazany wymóg sprawiał wiele problemów interpretacyjnych, stąd też powyższe zastrzeżenie nie znalazło się w nowym Pzp.

Przykładowo instytucjami prawa publicznego są: instytuty badawcze, państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej takiej jak np.: Poczta Polska.

II. Zamawiający sektorowi **art. 5**

Zamawiający sektorowi objęci regulacją nowego Pzp zostali określani w art. 5 nowego Pzp. Krajowi zamawiający sektorowi odpowiadają podmiotom zamawiającym w rozumieniu art. 4 dyrektywy sektorowej⁷.

Regulacja art. 5 nowego Pzp nie ma identycznego brzmienia, jak obecnie obowiązujący art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp – jednakże sens obu regulacji pozostaje ten sam. Powyższe zdecydowanie przyczyni się do poprawnej weryfikacji czy na gruncie nowego Pzp dotychczasowi zamawiający sektorowi nadal podlegają pod reżim zamówień publicznych.

Przepisy art. 5 nowego Pzp – poprzez wyodrębnienie punktów i podział treści przepisu – jest bardziej klarowny niż dotychczasowa regulacja. Przepisy nowego Pzp, podobnie jak Pzp, stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są:

1. zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, której zakresy zostały wskazane w art. 5 ust. 4 nowego Pzp;
2. inne podmioty, niż określone w pkt 1 powyżej, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności: posiadają ponad połowę udziałów

albo akcji lub posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

3. inne podmioty, niż określone w pkt 1 i 2 powyżej, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (definicja wskazana w art. 7 ust. 2 nowego Pzp).

DZIAŁALNOŚĆ SEKTOROWA **art. 5 ust. 4**

Zamawiający sektorowi, odmiennie niż zamawiający publiczni, są wyodrębnieni nie tylko ze względu na kryteria podmiotowe, ale również ze względu na kryterium przedmiotowe – prowadzenie działalności w ściśle określonych w nowym Pzp – sektorach gospodarczych.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu nowego Pzp:

zakres działalności sektorowej został określony w nowym Pzp na wzór przepisów art. 7–14 dyrektywy sektorowej, łącznie z włączeniami dotyczącymi prowadzenia działalności sektorowej jako działalności ubocznej. Inaczej niż dotychczas wyłączenia te, w ślad za prawem europejskim, będą dotyczyły jedynie zamawiających sektorowych niebędących zamawiającymi publicznymi.

Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szczegółowe omówienie zakresu działalności sektorowej, w tym miejscu możliwe jest jedynie hasłowe wskazanie, że zgodnie z nowym Pzp z działalnością sektorową związane są następujące branże: gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej, transportu publicznego, portów, przystani i portów lotniczych, usług pocztowych, wydobywania paliw.

PRAWA SZCZEGÓLNE LUB WYŁĄCZNE

art. 5 ust. 2

Definicja praw szczególnych lub wyłączanych w rozumieniu art. 5 ust. 2 nowego Pzp nie uległa zmianie względem odpowiednika z art. 3 ust. 2 Pzp.

⁶ Źródło: www.uzp.gov.pl, dostęp: 11.02.2020 r.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 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 r., str. 243, ze zm.).

Pojęcie praw wyłącznych należy interpretować w świetle przepisów prawa unijnego i ich dotychczasowej wykładni (należy przy tym pamiętać o treści art. 4 dyrektywy sektorowej).

Zgodnie ze wskazanymi normami prawa szczególne lub wyłączne to prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty. Są to prawa związane z prowadzeniem działalności reglamentowanej przez państwo, np. wymagające uzyskania koncesji udzielanej przez właściwego ministra.

Prawem szczególnym lub wyłącznym nie będzie prawo przyznane w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

1. obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
2. prowadzonego na podstawie przepisów ogłoszonych w obwieszczeniu Prezesa UZP w Dz.U. Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski".

III. Zamawiający subsydiowani art. 6

Jako trzecią kategorię zamawiających ustawodawca wyodrębnił: zamawiających subsydiowanych. Ta grupa zamawiających została scharakteryzowana w art. 6 nowego Pzp. Obecnie cechy charakterystyczne tego zamawiającego są określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Identyczne brzmienie Pzp i nowego Pzp powoduje, iż wszelkie dotychczasowe interpretacje oraz orzeczenia dotyczące kwalifikacji zamawiających subsydiowanych pozostają aktualne.⁸

Według obu regulacji – zamawiający subsydiowani to podmioty inne niż zamawiający publiczni lub sektorowi. Ponadto, żeby zakwalifikować dany podmiot jako zamawiającego subsydiarnego, który jest zobowiązany do stosowania nowego Pzp muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy poniższe warunki, tj.:

1. ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających klasycznych i zamawiających sektorowych;
2. wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;

3. przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy klasycznej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, szkół wyższych lub wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Krąg zamawiających od 01.01.2021 r.

Przepisy nowego Pzp nie prowadzą do modyfikacji podmiotowego zakresu reżimu zamówień publicznych – wyjątkiem jest nowa formuła włączeń z zakresu działalności sektorowej. Można przyjąć zasadę, że jeżeli dany podmiot dotychczas był zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych – to na gruncie nowego Pzp – nadal takim podmiotem pozostanie. Wyjątkiem mogą być podmioty prowadzące działalność sektorową.

Mimo generalnej reguły, iż po dniu 01.01.2021 r. krąg dotychczasowych zamawiających nie ulegnie zmianie to – przed tą datą – każdy z podmiotów dotychczas zobowiązanych do stosowania prawa zamówień publicznych powinien zweryfikować, czy podlega pod rygor nowego Pzp, w szczególności dotyczy to zamawiających prowadzących działalność sektorową. Jeżeli zaistnieje taka potrzeba to również należy dokonać modyfikacji wewnętrznych dokumentów, w których przywoływano status zamawiającego w oparciu o dotychczasowe przepisy Pzp.

⁸ Przykładowo aktualne pozostają opinie UZP: „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”, źródło: www.uzp.gov.pl, dostęp: 11.02.2020 r. oraz „Finansowanie zamówień w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych”, źródło: www.uzp.gov.pl, dostęp: 11.02.2020 r.



AGNIESZKA ZABOROWSKA

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska.

Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor

medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.