

Górnictwo nadal objęte reżimem zamówień publicznych?

Czytelnik Biuletynu Górniczego zwrócił się o wyjaśnienie, czy po wejściu w życie nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „nowe PZP”), czyli po 1 stycznia 2021 r., sektor wydobywczy nadal będzie zobowiązany do organizowania procedur zamówieniowych.

Zarówno ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP z 2004 r.”), obowiązująca co do zasady do postępowań wszczętych do dnia 31 grudnia 2020 r., jak i przepisy nowego PZP - określają cechy charakterystyczne podmiotów, które podlegają pod reżim procedur udzielania zamówień publicznych. W chwili obecnej, w celu ustalenia czy dany podmiot kwalifikuje się jako zamawiający sektorowy z branży wydobywczej - należy zweryfikować dwa przepisy o zamówieniach publicznych, tj. art. 3 oraz 132 PZP z 2004 r. Natomiast, nowe PZP odsyła do jednego przepisu, tj. art. 5 nowego PZP. Ponadto, należy brać pod uwagę przepisy ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (dalej: „Prawo geologiczne i górnicze”).

Zamawiający sektorowi

Przepisy nowego PZP, podobnie jak PZP z 2004 r., 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.

Przepis art. 5 nowego PZP nie ma identycznego brzmienia, jak obecnie obowiązujący art. 3 ust. 1 pkt 4 PZP z 2004 r. - jednakże sens obu regulacji pozostaje ten sam - co zdecydowanie przyczyni się 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.

Warto nadmienić, że krajowi zamawiający sektorowi odpowiadają podmiotom zamawiającym w rozumieniu art. 4 dyrektywy sektorowej.

Działalność sektorowa - wydobywanie paliw

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.

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.

Ostatnia ze wskazanych branż zdefiniowana jako branża „wydobywania paliw” to działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych (art. 5 ust. 4 pkt 7 nowego PZP).

Zgodnie z obecnie obowiązującą regulacją PZP z 2004 r., jedną z działalności sektorowej jest: wydobywanie ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych (art. 132 ust. 1 pkt 1 PZP z 2004 r.).

Porównanie obu przepisów wskazuje, że zakres działalności związany z poszukiwaniem i wydobywaniem paliw - pozostaje bez zmian. Występująca różnica to jedynie nazwanie tej działalności sektorowej jako właśnie „wydoby-

cia paliw”. Tym samym, na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych, które wejdą w życie na początku stycznia 2021 r. - szeroko pojęty sektor wydobywczy - który dotychczas podlegał pod reżim zamówień publicznych - nadal będzie zobowiązany do stosowania procedur zamówieniowych.

Prawa szczególne lub wyłączne

Należy pamiętać, że możliwość poszukiwania i wydobywania paliw wymaga uzyskania odpowiedniej koncesji. Działalność tego sektora gospodarki prowadzona jest według zasad ściśle określonych w przepisach prawa, w szczególności w oparciu o Prawo geologiczne i górnicze. Oznacza to, że wykonywanie działalności związanej w wydobywaniem paliw - jest objęte prawem szczególnym lub wyłącznym (według znaczenia przypisanego tym prawom na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych). W treści art. 5 ust. 2 nowego PZP zdefiniowane zostały prawa szczególne lub wyłączne. Podobnie jak zakres działalności sektora „wydobywania paliw” - również i definicja praw szczególnych lub wyłącznych nie uległa zmianie względem odpowiednika z art. 3 ust. 2 PZP z 2004 r. Potwierdza to również, że na gruncie nowego PZP szeroko pojęty sektor wydobywczy nadal będzie zobowiązany do stosowania procedur zamówieniowych.

Konieczna weryfikacja

Mimo generalnej reguły, iż po dniu 1 stycznia 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 jedną z działalności sektorowej, co do której wprowadzono włączenia związane z działalnością uboczną.

Jeżeli zaistnieje taka potrzeba to również należy dokonać modyfikacji wewnętrznych dokumentów, w których przywoływano status zamawiającego w oparciu o przepisy PZP z 2004 r.

*Agnieszka Zaborowska
Adwokat specjalizująca się w procesie udzielania
i realizacji zamówień publicznych,
założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska*