

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

Komentarz

Aldona Kowalczyk, Anna Szymańska

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

Komentarz

Aldona Kowalczyk, Anna Szymańska

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 11 lutego 2022 r.

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne
Trzy kropki Joanna Maź

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-155-6

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluger.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Przedmowa	15
Rozdział 1. Wstęp do zamówień sektorowych	17
Rozdział 2. Przepisy ogólne	40
Art. 2. [Zamówienia objęte regulacją]	40
Art. 5. [Zamawiający sektorowi objęci regulacją]	47
Art. 7. [Definicje]	172
Art. 26. [Zamówienia służące równocześnie wykonywaniu działalności sektorowej oraz innych rodzajów działalności]	182
Rozdział 3. Zamówienia sektorowe	192
3.1. Zakres stosowania	192
Art. 362. [Przepisy stosowane do udzielania zamówień sektorowych]	192
Art. 363. [Zamówienia sektorowe nieobjęte ustawą]	199
Art. 364. [Wyłączenie stosowania przepisów ustawy w przypadku zamówień sektorowych związanych z m.in. dostawą energii lub paliw lub dystrybucją paliw gazowych]	204
Art. 365. [Zamówienia sektorowe na dostawy, usługi lub roboty budowlane wyłączone spod regulacji]	209

Art. 366.	[Wyłączenie stosowania przepisów ustawy do zamówień sektorowych udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej]	225
Art. 367.	[Przychód uwzględniany w przypadku świadczenia na rzecz zamawiającego takich samych usług, dostaw lub robót budowlanych przez więcej niż jeden podmiot]	233
Art. 368.	[Obowiązek przekazywania Komisji Europejskiej informacji w zakresie zamówień sektorowych nieobjętych regulacją ustawową]	238
3.2.	Okresowe ogłoszenia informacyjne	239
Art. 369.	[Publikacja okresowego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych]	239
Art. 370.	[Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe; termin publikacji i elementy ogłoszenia]	242
3.3.	System kwalifikowania wykonawców	247
Art. 371.	[Warunki ustanowienia i stosowania systemu kwalifikowania wykonawców]	247
Art. 372.	[Publikacja ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców]	255
Art. 373.	[Dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców]	258
Art. 374.	[Wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców]	261
Art. 375.	[Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia o systemie kwalifikowania wykonawców]	262
3.4.	Tryby udzielania zamówień sektorowych	265
Art. 376.	[Tryby udzielania zamówień sektorowych]	265
Art. 377.	[Zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe]	267
Art. 378.	[Przetarg nieograniczony]	269

Art. 379. [Przetarg ograniczony]	273
Art. 380. [Sektorowe negocjacje z ogłoszeniem]	281
Art. 381. [Postępowanie prowadzone w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem]	283
Art. 382. [Dialog konkurencyjny]	290
Art. 383. [Partnerstwo innowacyjne]	294
Art. 384. [Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego]	298
Art. 385. [Ograniczenie liczby wykonawców]	301
Art. 386. [Negocjacje bez ogłoszenia]	304
Art. 387. [Zamówienie z wolnej ręki]	308
Art. 388. [Warunki udzielenia zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki]	316
3.5. Szczególne instrumenty i procedury	329
Art. 389. [Zawarcie umowy ramowej]	329
Art. 390. [Przekazywanie ogłoszeń dotyczących udzielenia zamówienia objętego umową ramową]	338
Art. 391. [Dynamiczny system zakupów]	339
Art. 392. [Udzielanie zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi]	349
3.6. Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego	352
Art. 393. [Uprawnienia zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego]	352
Art. 394. [Wyłączenie stosowania przepisów ustawy w przypadku decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej działania zamawiającego na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony]	373
Literatura	389

PRZEDMOWA

Ponad dekadę temu napisaliśmy komentarz do zamówień sektorowych, życzliwie przyjęty przez Czytelników – praktyków i teoretyków prawa zamówień publicznych. Od czasu jego wydania sporo się zmieniło; uchwalone zostały nowe dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, rozwinęło się orzecznictwo zarówno polskie, jak i europejskie, w końcu weszła w życie nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi. Wiele instytucji prawnych było w okresie ostatnich lat przedmiotem ożywionej dyskusji w doktrynie oraz judykaturze.

Wzrastające zainteresowanie tematyką zamówień sektorowych, które dotyczą szeroko rozumianej sfery użyteczności publicznej, a których wartość stanowi znaczny udział w ogólnej wartości rynku zamówień publicznych, skłoniły nas do podjęcia się opracowania komentarza do aktualnie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych w tym zakresie. Nie jest to jednak zwykła aktualizacja poprzednio wydanego opracowania. Stanowiąc jego kontynuację, uwzględnia nasze rozważania na gruncie wykładni prawa, praktyczne doświadczenia związane z zamówieniami sektorowymi, a także zawiera ocenę rozwiązań przyjętych w nowej ustawie oraz postulatory *de lege ferenda*.

Mamy nadzieję, że komentarz okaże się przydatny dla praktyków prawa zamówień publicznych oraz interesujący dla teoretyków tej dziedziny prawa.

Aldona Kowalczyk i Anna Szymańska

Rozdział 1

WSTĘP DO ZAMÓWIEŃ SEKTOROWYCH

1. Zamówienia sektorowe historycznie obejmowały tzw. **WETT sektor**, czyli sektor gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (*WETT – Water – Energy – Transport – Telecommunication*). Aktualnie jednak skrót ten nie jest w pełni adekwatny do zakresu przedmiotowego zamówień sektorowych z uwagi na fakt, iż obecnie z zakresu tego wyłączony jest sektor telekomunikacyjny, natomiast reżimem sektorowym został objęty sektor pocztowy (por. komentarz do art. 5).
2. Pierwsze regulacje dotyczące zamówień w sektorach pojawiły się w 1988 r., kiedy to została przyjęta **dyrektywa Komisji 88/301/EWG** z 16.05.1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz.Urz. UE L 131, s. 73, ze zm.). Następnie w 1992 r. weszła w życie **dyrektywa Rady 90/531/EWG** z 17.09.1990 r. w sprawie procedur zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji określająca zasady dotyczące procedur udzielania zamówień mające na celu zapewnienie równych szans potencjalnym dostawcom i wykonawcom (Dz.Urz. UE L 297, s. 1, ze zm.). Jako że dyrektywa ta nie zawierała szczegółowych przepisów zapewniających skuteczne stosowanie ww. zasad, uzupełniono ją postanowieniami **dyrektywy Rady 92/13/EWG** z 25.02.1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się

do stosowania w zakresie przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. UE L 76, s. 14, ze zm.). Przedmiotowe kwestie były następnie regulowane postanowieniami **dyrektywy Rady 93/38/EWG** z 14.06.1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. UE L 199, s. 84, ze zm.) oraz **dyrektywy 98/4/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.02.1998 r. zmieniającej dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. UE L 101, s. 1).

3. W doktrynie podkreśla się, że to stosunkowo późne uregulowanie kwestii sektorowych wynika z faktu, iż nowe regulacje wkraczają w sferę swobody przedsiębiorczości¹. Analiza ustawodawstwa unijnego wskazuje, że państwa członkowskie bardzo poważnie traktują prawa i wolności związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez przedsiębiorców prywatnych. Tymczasem regulacje sektorowe nakładają pewne ograniczenia w kwestii zamówień dokonywanych przez podmioty zaliczane do kręgu przedsiębiorców sektorowych, w tym podmiotów prywatnych. Ustawodawca unijny musiał zatem podjąć się trudnego zadania wyważenia wartości podlegających ochronie w ramach regulacji w sektorach oraz oceny, do jakiego stopnia wartości te uzasadniają ograniczenie swobody przedsiębiorczości.
4. Następnie kompleksowa regulacja sektorowa została zawarta w **dyrektywie sektorowej 2004/17/WE**. Została ona uzupełniona jedynie postanowieniami **dyrektywy Rady 92/13/EWG** z 25.02.1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Dyrektywa 92/13/EWG odnosi się do naruszeń w zakresie zamówień sektorowych oraz środków

¹ Por. A. Niedziela, *Zamówienia sektorowe. Poradnik*, Warszawa 2004, s. 12.

ochrony prawnej mających przeciwdziałać wskazanym naruszeniom, przez co jest często przeciwstawiana **dyrektywie Rady 89/665/EWG** z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. UE L 395, s. 33, ze zm.) odnoszącej się do naruszeń w zakresie zamówień klasycznych. Obie ostatnie powołane dyrektywy zostały zmodyfikowane **dyrektywą 2007/66/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/12/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335, s. 31). Ponadto dyrektywa sektora 2004/17/WE została następnie zmodyfikowana poprzez przepisy tzw. dyrektywy obronnej, tj. **dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE** z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76, ze zm.), a także poprzez rozporządzenia w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień², czy inne przepisy dostosowawcze³.

² Por. np. rozporządzenie Komisji (UE) 2015/2341 z 15.12.2015 r. zmieniające dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 330, s. 16), rozporządzenie Komisji (UE) nr 1336/2013 z 13.12.2013 r. zmieniające dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 335, s. 17), rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z 30.11.2011 r. zmieniające dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 319, s. 43), rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z 30.11.2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 314, s. 64).

³ Por. dyrektywę Rady 2013/16/UE z 13.05.2013 r. dostosowującą niektóre dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych w związku z przystąpieniem Republiki Chorwacji (Dz.Urz. UE L 158, s. 184) czy dyrektywę Rady 2006/97/WE z 20.11.2006 r. dostosowującą niektóre dyrektywy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów, w związku z przystąpieniem Bułgarii i Rumunii (Dz.Urz. UE L 363, s. 107).

5. Dyrektywa sektorowa 2004/17/WE była aktem prawa o charakterze autonomicznym, funkcjonując obok dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, przez co w doktrynie wskazuje się często na funkcjonujące na rynku zamówień publicznych modele – **reżim klasyczny** oraz **reżim sektorowy**⁴.
6. Dyrektywa sektorowa 2004/17/WE została uchylona oraz zastąpiona obecnie obowiązującą **dyrektywą sektorową 2014/25/UE**. Z jednej strony, jak wywiedziono ze Sprawozdania KE z 27.06.2011 r. dotyczącego oceny skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych, należało zachować przepisy regulujące udzielanie zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, z uwagi na (i) możliwy wpływ organów krajowych na zachowanie tych podmiotów, oraz (ii) zamknięty charakter rynków, na których podmioty w tych sektorach prowadzą działalność⁵. Z drugiej jednak strony konieczna okazała się modernizacja dotychczasowych przepisów tak, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych⁶. Zaistniała również konieczność doprecyzowania podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia większej pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów związanego z tym utrwalonego orzecznictwa TSUE⁷.
7. Akt prawny, jakim jest dyrektywa, ma swoje szczególne miejsce w hierarchii prawa unijnego. Prawo unijne dzieli się bowiem na **prawo pierwotne**, którego źródłem są traktaty założycielskie⁸, umowy między-

⁴ Por. np. komentarz do preambuły dyrektywy 2004/17/WE [w:] A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006.

⁵ Motyw 1 preambuły dyrektywy sektorowej 2014/25/UE.

⁶ Por. np. Konwencję Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, zatwierdzoną decyzją Rady 2010/48/WE z 26.11.2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych (Dz.Urz. UE L 23, s. 35).

⁷ Motyw 4 preambuły dyrektywy sektorowej 2014/25/UE.

⁸ Na kształt unormowań sektorowych niebagatelny wpływ mają postanowienia traktatowe, które odnoszą się do zasady niedyskryminacji oraz zasad swobodnego przepły-

narodowe oraz umowy o stowarzyszeniu z UE i umowy akcesyjne, a także na tzw. **prawo pochodne** wydawane na podstawie traktatów, do których zaliczamy rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. W związku z tym dyrektywy stanowią źródło prawa europejskiego. Artykuł 288 TFUE stanowi, że **dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków**⁹. Należy mieć jednak na uwadze fakt, że prawo unijne ma autonomiczny charakter i niejednokrotnie bezpośrednio wpływa na stosowanie prawa krajowego. Dlatego wykładnia polskich przepisów o zamówieniach sektorowych nie może być oderwana od postanowień dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Wynika to nie tylko z obowiązku prounijnego interpretowania norm prawa krajowego¹⁰, ale także z innych reguł unijnych. Na tle art. 288 TFUE orzecznictwo europejskie (szczególnie orzecznictwo TSUE) wypracowało wiele zasad umożliwiających nie tylko zhierarchizowanie unijnych i krajowych norm prawnych, lecz także ustalenie ich wzajemnych relacji w zakresie obowiązywania oraz skuteczności.

8. Dyrektywy są normami adresowanymi do państw członkowskich, które wiążą te państwa w odniesieniu do rezultatu/celu, który ma być osią-

wu towarów, usług, pracowników i swobody przedsiębiorczości (art. 18, 34, 45, 49, 56 TFUE).

⁹ W odróżnieniu np. od rozporządzenia, które wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

¹⁰ Wykładnia polskich unormowań powinna mieć charakter prounijny, uwzględniający cele przepisów unijnych oraz orzecznictwo TSUE (por. m.in. wyrok TSUE z 17.01.2008 r., C-246/06, Navarro, pkt 31–35 i przywołane tam orzecznictwo, ECLI:EU:C:2008:19, ponadto wyrok TSUE z 5.10.2004 r., C-397/01, Pfeiffer, ECLI:EU:C:2004:584. Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym został potwierdzony przez Sąd Najwyższy w uchwale SN z 19.11.2010 r., III CZP 79/10, LEX nr 612168 oraz postanowieniu SN z 27.06.2008 r., III CZP 25/08, LEX nr 458126, jak również jest powszechnie przyjęty w orzecznictwie KIO – por. uchwała KIO z 24.04.2018 r., KIO/KU 15/18, LEX nr 2507632: „Stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, organ krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie, w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, zapewnić zgodność z art. 288 TFUE”.

W książce szczegółowo omówiono przepisy o zamówieniach udzielanych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Zamówienia sektorowe mają specyficzny charakter i różnią się od tzw. zamówień klasycznych w zakresie:

- odrębnie zdefiniowanego pojęcia zamawiającego sektorowego,
- wyższego progu wartości zamówienia,
- różnic proceduralnych,
- wyłączeń z reżimu Prawa zamówień publicznych oraz
- szczególnych uprawnień zamawiających sektorowych.

Wykładnia przepisów przedstawiona w opracowaniu uwzględnia regulacje prawa unijnego, a także dorobek orzecznicy sądów polskich oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Publikacja jest przeznaczona dla adwokatów, radców prawnych i sędziów, a także pracowników administracji, menedżerów, przedsiębiorców, wykonawców i zamawiających uczestniczących w procesie udzielania zamówień sektorowych.

Aldona Kowalczyk – radca prawny; współzałożycielka i Prezes Zarządu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych; partner w warszawskim biurze międzynarodowej kancelarii prawnej; jedna z najbardziej uznanych specjalistek w zakresie prawa zamówień publicznych i kontraktów rządowych; zajmuje się obsługą projektów infrastrukturalnych, w szczególności w sektorze energetycznym i transportu (w tym kolejowym); doradza i reprezentuje strony w postępowaniach odwoławczych i sądowych; autorka licznych publikacji dotyczących problematyki zamówień publicznych w prasie codziennej oraz polskiej i zagranicznej literaturze fachowej.

Anna Szymańska – radca prawny; współzałożycielka Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych; członek Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych; partner w warszawskim biurze międzynarodowej kancelarii prawnej; wieloletni wykładowca akademicki Podyplomowego Studium Zamówień Publicznych na Uniwersytecie Warszawskim; reprezentuje strony w postępowaniach przetargowych oraz procedurach odwoławczych, m.in. w projektach związanych z infrastrukturą, transportem, obroną i bezpieczeństwem, energią, budownictwem, utylizacją odpadów, medycyną i farmacją.



Kup e-book i czytaj
w aplikacji Smarteca



ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA: 801 04 45 45
ZAMOWIENIA@WOLTERSKLWER.PL
WWW.PROFINFO.PL



CENA 179 ZŁ (W TYM 5% VAT)