

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

KOMENTARZ

Aldona Kowalczyk
Anna Szymańska

PRAKTYCZNE KOMENTARZE



LEX

a Wolters Kluwer business

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

KOMENTARZ

Aldona Kowalczyk
Anna Szymańska



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2011

Stan prawny na 15 kwietnia 2011 r.

Wydawca:
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący:
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne:
Studio Diament

Skład, łamanie:
Studio Diament

Układ typograficzny:
Marta Baranowska

Autorstwo poszczególnych części komentarza:
Aldona Kowalczyk: rozdz. 2 pkt 1.1 (wspólnie z Anną Szymańską)
rozdz. 3–12 (rozdz. 6 pkt 1 i 2 wspólnie z Anną Szymańską)
Anna Szymańska: rozdz. 1
rozdz. 2 (rozdz. 2 pkt 1.1 wspólnie z Aldoną Kowalczyk)
rozdz. 6 pkt 1 i 2 (wspólnie z Aldoną Kowalczyk)

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2011

ISBN 978-83-264-1215-8

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Ksiązek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

*Przekazując niniejszą książkę,
chciałybyśmy dołączyć
nasze szczególne podziękowania
dla Moniki Kucharczyk,
Moniki Kumanek
oraz Michała Motylewskiego
za cenny wkład
w powstanie tego komentarza.*

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
Rozdział 1	
Wprowadzenie do zamówień sektorowych – WETT, prawo unijne	17
Rozdział 2	
Artykuł 132	33
1. Zamawiający sektorowy	35
1.1. Podmioty prawa publicznego	39
1.2. Podmioty <i>stricto</i> sektorowe	59
1.3. Relacja pomiędzy zamówieniem sektorowym a zamówieniem klasycznym	86
2. Przedmiot zamówienia sektorowego – rodzaje działalności	119
2.1. Poszukiwanie, rozpoznawanie lub wydobywanie gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych	126
2.2. Zarządzanie lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianie przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym	130
2.3. Tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczanie energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami	137
2.4. Tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczaniem wody pitnej do takich sieci lub kierowaniem takimi sieciami	148
2.5. Obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych	155

2.6. Obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego	173
2.7. Świadczenie usług pocztowych	180
Rozdział 3	
Artykuł 133	189
Rozdział 4	
Artykuł 134	198
Rozdział 5	
Artykuł 135	207
Rozdział 6	
Artykuł 136	212
1. Zagadnienia ogólne	213
2. Wyłączenia w ramach grupy kapitałowej	217
3. Wyłączenia dla zamówień udzielanych przez podmiot utworzony przez kilku zamawiających	229
4. Wyłączenia dla zamówień udzielanych podmiotowi utworzonemu przez kilku zamawiających	231
5. Obowiązek informacyjny	234
Rozdział 7	
Artykuł 137	235
Rozdział 8	
Artykuł 138	241
Rozdział 9	
Artykuł 138a	246
Rozdział 10	
Artykuł 138b	251
Rozdział 11	
Artykuł 138c	253
Rozdział 12	
Artykuł 138f	262
Literatura	271

Wykaz skrótów

Akty prawne

Dyrektywa klasyczna	dyrektywa 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 (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114 z późn. zm.)
Dyrektywa sektorowa	dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1 z późn. zm.)
Dyrektywa węglowodorowa	dyrektywa 94/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 1994 r. w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badanie i produkcję węglowodorów (Dz. Urz. WE L 164 z 30.06.1994 r., s. 3 z późn. zm.)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
Konstytucja	ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.s.h.	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)

- pr. bud.** ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.)
- pr. energ.** ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.)
- pr. lot.** ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 z późn. zm.)
- pr. przew.** ustawa z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 z późn. zm.)
- TFUE** Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 47)
- TUE** Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.)
- TWE** Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 325 z 24.12.2002, s. 1)
- u.f.p.** ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.)
- u.g.k.** ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.)
- u.i.b.** ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618)
- u.k.r.b.u.** ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.)
- u.p.g.g.** ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.)
- u.p.p.** ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.)

- u.p.t.z.** ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13)
- u.p.z.p.** ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 758 z późn. zm.)
- u.r.** ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 z późn. zm.)
- u.s.d.g.** ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.)
- u.s.g.** ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.)
- u.t.d.** ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874 z późn. zm.)
- u.t.k.** ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.)
- u.z.n.k.** ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)
- u.z.z.w.** ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 z późn. zm.)

Czasopisma

- EPS** Europejski Przegląd Sądowy
- FK** Finanse Komunalne
- M. Praw.** Monitor Prawniczy

MZP	Monitor Zamówień Publicznych
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	Prawo Zamówień Publicznych

Inne

CPV	Wspólny Słownik Zamówień
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
NACE	Statystyczna klasyfikacja działalności gospodarczej
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

Wstęp

Kiedy w 1994 roku Sejm uchwalał ustawę o zamówieniach publicznych, mało kto zdawał sobie sprawę, jak wielkie znaczenie mają zawarte w niej normy. System zamówień publicznych, którego budowę zapoczątkowało wejście w życie tej ustawy, wniósł nową jakość w relacje sektora publicznego i świata biznesu. Obowiązujące w jego ramach twarde wymogi proceduralne, oceniane początkowo jako biurokratyczna uciążliwość, powoli, ale skutecznie porządkowały sferę zakupów finansowanych z pieniędzy podatnika. Zmieniały także mentalność urzędników i przedsiębiorców, wprowadzając jako podstawę ich działania jawność oraz transparentność. Do lamusa odeszła sakramentalna niegdyś formułka „przetarg może być unieważniony bez podania przyczyn”. Stosunkowo szybko powstał też wyraźnie wydzielony sektor rynku, który zaczęto określać mianem „rynku zamówień publicznych”. Ilość trafiających tam pieniędzy budżetowych stanowiła miernik efektywności systemu oraz dynamiki, z jaką się on rozwijał. W pierwszych latach jego wartość kształtowała się na poziomie kilkunastu miliardów złotych, obecnie na polski rynek zamówień publicznych trafia blisko sto czterdzieści miliardów.

Specjalne miejsce, zarówno w systemie, jak i na rynku zamówień publicznych, zajmują zamówienia „sektorowe”, czyli te, które udzielane są przez przedsiębiorstwa działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu oraz usług pocztowych. Jest to strefa szczególnej wrażliwości społecznej, dotyczy bowiem podstawowych potrzeb życiowych każdego obywatela. Nie bez racji mówi się, że przedsiębiorstwa te działają w sferze „użyteczności publicznej”. Szczególna jest także ich pozycja jako „zamawiających sektorowych”, ponieważ mają zadanie zaspokajania tych potrzeb. Korzystają przy tym ze szczególnych uprawnień, udzielonych przez państwo, bowiem w interesie publicznym leży to, aby wykonywały je jak najlepiej.

Ustawa o zamówieniach publicznych w pierwotnym brzmieniu nie odnosiła się do problematyki zamówień sektorowych. Po raz pierwszy kwestie dotyczące tych zamówień zostały do niej wprowadzone nowelizacją

z dnia 22 czerwca 2001 r., przy czym przepis art. 4a, który je regulował, wszedł w życie w dniu 1 stycznia 2003 r. Można zatem powiedzieć, że jest to data graniczna, od której zamówienia i zamawiający sektorowi „zaistnieli” w przepisach dotyczących zamówień publicznych. Stało się tak za sprawą implementacji dyrektywy 93/38/EWG, niestety, przeprowadzonej w bardzo ograniczonym zakresie. Próbę naprawy tej sytuacji podjęto w ramach kolejnej nowelizacji uchwalonej w dniu 29 sierpnia 2003 r., jednakże dopiero przyjęte przez Sejm kilka miesięcy później Prawo zamówień publicznych całościowo uregulowało tę problematykę. Został jej poświęcony odrębny rozdział, stanowiący swego rodzaju *lex specialis* w stosunku do całości zawartych w tej ustawie przepisów. W krótkiej historii zamówień sektorowych data 29 stycznia 2004 r., dzień uchwalenia Prawa zamówień publicznych, stanowi więc kolejną, najważniejszą jak dotąd cezurę, wyznaczającą ich właściwy, zgodny z prawem europejskim, status w systemie zamówień publicznych.

Przepisy normujące sferę zamówień publicznych nie należą do łatwych. Zapewne także dlatego, że w ciągu szesnastu lat ich istnienia podlegały permanentnym zmianom. Bywały lata, w których nowelizowano je kilkakrotnie. Taka praktyka nie służy dobrze żadnemu prawu, a zwłaszcza temu, które dotyczy szczególnie ważnych i wrażliwych obszarów funkcjonowania państwa. Powszechnie oczekiwaną stabilizację w tym zakresie oraz poczucie pewności prawnej miało przynieść uchwalenie Prawa zamówień publicznych. Niestety, tak się nie stało i dzisiaj nic nie wskazuje na to, aby proces zmian tego prawa miał się zakończyć. Nie jest to dobry prognostyk, zmiany bowiem, nawet wówczas, gdy wydają się potrzebne, wprowadzane w cyklu niekończących się nowelizacji, czynią więcej szkody, niż przynoszą korzyści.

Wdrażaniu nowych przepisów, a także ich kolejnych nowelizacji towarzyszyło niezwykle bogate orzecznictwo instytucji służących ochronie prawnej uczestników postępowań o zamówienia publiczne – w pierwszych latach Zespołów Arbitrów z listy prowadzonej przez Prezesa UZP, obecnie Krajowej Izby Odwoławczej. Ich dorobku oraz wpływu na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych nie da się przecenić. Rozstrzygając tysiące sporów zaistniałych w toku procedur przetargowych pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wskazywały jednocześnie, jak rozumieć i stosować w praktyce zmieniające się nieustannie przepisy. Obrazu tego nie zmienia fakt, iż zdarzały się i zdarzają wyroki kontrowersyjne. Istotne jest to, że ich orzecznictwo, obok orzeczeń sądów powszechnych

i administracyjnych, miało dominujący wpływ na praktyczną sferę funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Jest to sprawa niebywale ważna, ponieważ przepisy o zamówieniach publicznych, rozstrzygające kwestie o charakterze zasadniczym, często przy tym nowelizowane, dużo miejsca pozostawiają właśnie praktyce. Sięgając pamięcią do nieodległej przeszłości, bez trudu można stwierdzić, jak wielkie i pozytywne zmiany zaszły w tym zakresie. Dziś nikt nie kwestionuje jawności dokumentacji przetargowej, udostępniania złożonych ofert firmom konkurencyjnym, przyłączenia się do odwołania itp. Tak się po prostu postępuje i nikogo ze „świata zamówieniowego” to nie dziwi. Zapewne poczekamy jeszcze trochę na ukształtowanie się niepisanego (a może „pisanego”?) kodeksu etyki uczestników postępowań o zamówienia publiczne, ale z pewnością został zrobiony w tym kierunku nie tylko pierwszy krok.

Procesowi tworzenia oraz przeobrażania prawa dotyczącego zamówień publicznych, a także kształtowania się praktyki jego stosowania towarzyszyło niezwykle bogate piśmiennictwo wywierające wyraźny wpływ na obie te sfery. Dziesiątki komentarzy, setki poradników i podręczników, informatorów i broszur, tysiące publikacji oraz artykułów, głos do wyroków, specjalistyczne wydawnictwa periodyczne czy okazjonalne z pewnością zapełniłyby dziś całkiem sporą bibliotekę.

To bardzo dobrze, bowiem decydujące znaczenie podczas przygotowywania i prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne mają wiedza, fachowość oraz kompetencje. Te same kryteria decydują o właściwym przygotowaniu oferty, a co za tym idzie – o możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający muszą być w tych sprawach profesjonalistami. Dzisiaj jest to jeden z warunków koniecznych efektywnej obecności na rynku zamówień publicznych. O prawdziwości tej tezy przekonało się wielu organizatorów przetargów, a zapewne jeszcze więcej przedsiębiorców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, kiedy to na skutek błędów formalnych trzeba było unieważnić postępowanie bądź pogodzić się z odrzuceniem oferty. Profesjonalizm w każdej dziedzinie, w tym także w zamówieniach publicznych, kosztuje. Ponoszenie tych kosztów stanowi jednak inwestycję wyjątkowo opłacalną, ponieważ inwestowanie „w wiedzę” zwróci się wcześniej czy później.

Wśród wydawnictw poświęconych zamówieniom publicznym szczególne znaczenie mają bez wątpienia komentarze, przy czym niewiele spośród wydanych dotychczas szerzej odnosi się do zamówień sektorowych. Stosunkowo niewiele jest również wydawnictw książkowych oraz innych

publikacji poświęconych tej problematyce, dlatego też tak cenna jest pozycja, która trafia dziś do rąk Czytelników.

Każdy, kto próbował kiedykolwiek pisać o kwestiach prawnych, dobrze wie, jak trudno jest oddać ich sens, posługując się przystępnym, zrozumiałym językiem, wyjaśniać i *ratio legis* przepisu, i pokazywać jego praktyczne zastosowanie. Autorkom tego Komentarza udało się to osiągnąć. Dzięki ich wiedzy oraz doświadczeniu praktycznemu powstało opracowanie o szczególnych walorach. Obszerne, niekiedy wręcz drobiazgowo odniesienie się do poszczególnych norm zawartych w przepisach dotyczących zamówień sektorowych, w wielu miejscach wspierane ciekawymi przypisami, częste przywoływanie i cytowanie orzecznictwa oraz bogata bibliografia czynią je szczególnie przydatnym. Dzięki temu z opracowania korzystać mogą zarówno zamawiający, nie tylko zresztą „sektorowi”, jak i wykonawcy, zwłaszcza ci, którzy poważnie i profesjonalnie traktują swoją obecność na rynku zamówień publicznych. Komentarz dobrze napisany dobrze służy wszystkim.

Trudno nie wskazać na jeszcze jeden, z punktu widzenia czytelnika, wyjątkowo istotny walor tego Komentarza. Jeśli wydawnictwa odnoszące się do jakiegokolwiek prawa mogą być bardziej lub mniej „przyjazne” Czytelnikowi, to ten komentarz zdecydowanie należy do pierwszej kategorii. Jest „przyjazny”, chciałoby się powiedzieć – łatwy i miły w użytkowaniu. Przekona się o tym każdy, kto zechce z niego korzystać.

Tomasz Czajkowski

Rozdział 1

Wprowadzenie do zamówień sektorowych – WETT, prawo unijne

1. Zamówienia sektorowe historycznie obejmowały tzw. **WETT sektor**, czyli sektor gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (WETT – *Water – Energy – Transport – Telecommunication*). Obecnie 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 rozdz. 2.7).

2. Pierwsze regulacje dotyczące zamówień w sektorach pojawiły się w 1988 r., kiedy to została opublikowana **Dyrektywa 88/301** z dnia 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz. Urz. WE L 131 z 27.05.1988, s. 73 z późn. zm.). Następnie w 1992 r. weszła w życie **Dyrektywa Rady 90/531/EWG** z dnia 17 września 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 z 29.10.1990, s. 1 z późn. zm.). Jako że dyrektywa ta nie zawierała szczegółowych przepisów zapewniających skuteczne stosowanie ww. zasad, uzupełniono ją postanowieniami **Dyrektywy Rady 92/13/EWG** z dnia 25 lutego 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 z 23.03.1992, s. 14 z późn. zm.). Przedmiotowe kwestie były następnie regulowane postanowieniami **Dyrektywy Rady 93/38/EWG** z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki

wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 199 z 09.08.1993, s. 84 z późn. zm.) oraz **Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE** z dnia 16 lutego 1998 r. zmieniającej Dyrektywę 93/38/WEG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 101 z 01.04.1998, 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. Ostatecznie kompleksowa regulacja sektorowa została zawarta w **Dyrektywie sektorowej**. Jest ona uzupełniona jedynie postanowieniami Dyrektywy Rady 92/13/WE z dnia 25 lutego 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/WE odnosi się do naruszeń w zakresie zamówień sektorowych oraz środków ochrony prawnej mających przeciwdziałać wskazanym naruszeniom, przez co jest często przeciwstawiana Dyrektywie Rady 89/665 z dnia 21 grudnia 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. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33 z późn. zm.) odnoszącej się do naruszeń w zakresie zamówień klasycznych. Obie ostatnio powołane dyrektywy zostały zmodyfikowane Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/WE i 92/12/WE w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31).

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

Ponadto Dyrektywa sektorowa została zmodyfikowana poprzez przepisy tzw. dyrektywy obronnej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 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 z 20.08.2009, s. 76), a także poprzez Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 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 214 z 01.12.2009, s. 64).

5. Dyrektywa sektorowa jest autonomiczna i funkcjonuje obok Dyrektywy klasycznej, przez co w doktrynie przyjmuje się często, że rynek zamówień publicznych tworzy dwa reżimy – **reżim klasyczny** oraz **reżim sektorowy**².

6. 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 założycielskie³, umowy międzynarodowe 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 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – dalej „TFUE” (art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – dalej „TWE”), 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**⁴. 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

² Por. np. komentarz do preambuły dyrektywy 2004/17/WE (w:) A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006.

³ Na kształt unormowań sektorowych niebagatelny wpływ mają postanowienia traktatowe, które odnoszą się do zasady niedyskryminacji oraz zasad swobodnego przepływu towarów, usług, pracowników i swobody przedsiębiorczości (art. 18, art. 34, art. 45, art. 49, art. 56 TFUE oraz odpowiednio art. 12, art. 28, art. 39, art. 43 i art. 49 TWE).

⁴ W odróżnieniu np. od rozporządzenia, które wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich.

od postanowień Dyrektywy sektorowej. Wynika to nie tylko z obowiązku pro wspólnotowego interpretowania norm prawa krajowego, ale i z innych reguł unijnych. Na tle art. 288 TFUE (art. 249 TWE) orzecznictwo europejskie (szczególnie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) wypracowało szereg zasad umożliwiających nie tylko zhierarchizowanie unijnych i krajowych norm prawnych, lecz także ustalenie ich wzajemnych relacji w zakresie obowiązywania oraz skuteczności.

7. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę na **zasadę prymatu prawa unijnego** wobec prawa krajowego⁵, co oznacza, że w razie sprzeczności z prawem krajowym prawo unijne ma pierwszeństwo przed prawem krajowym, a państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia skuteczności prawa unijnego.

8. Dyrektywy są normami adresowanymi do państw członkowskich, które wiążą te państwa w odniesieniu do rezultatu/celu, który ma być osiągnięty. Odnosi się do nich **zasada bezpośredniego obowiązywania**, co oznacza, że dyrektywa w momencie jej wejścia w życie funkcjonuje obok norm prawa krajowego i jest z nimi funkcjonalnie związana. Nie należy jednak utożsamiać pojęcia bezpośredniego obowiązywania z bezpośrednim stosowaniem, tj. brakiem konieczności implementacji dyrektywy do porządku prawnego oraz możliwością bycia podstawą rozstrzygnięć krajowych organów zarówno w ramach wydawania aktów indywidualnych, jak i aktów normatywnych. W odniesieniu do dyrektyw, co do zasady, nie znajduje bowiem zastosowania reguła bezpośredniego stosowania – dyrektywa jest stosowana za pośrednictwem prawa krajowego – zgodnie z **zasadą implementacji**. Oznacza to, że państwa członkowskie mają obowiązek dostosować przepisy krajowe (ustawy, rozporządzenia) do norm dyrektywy w terminie wyznaczonym na implementację,

⁵ Zasada ta była wielokrotnie podkreślana w orzeczeniach ETS, zwłaszcza w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* z dnia 15 lipca 1964 r. (CELEX 61964J0006) – „Prawo wynikające z Traktatu, będącego niezależnym źródłem prawa, nie może być z samej swej natury uchylone przez prawo wewnętrzne, niezależnie od jego rangi, bez podważania jego charakteru jako prawa wspólnotowego i bez podawania w wątpliwość podstaw prawnych Wspólnoty”; por. też orzeczenie ETS w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* z dnia 17 grudnia 1970 r. (CELEX 61970J0011), w którym ETS podkreślił, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo również przed normami konstytucyjnymi państw członkowskich, a ważność aktu prawa wspólnotowego można badać tylko w stosunku do wyższego rangą prawa wspólnotowego, a nie w stosunku do prawa wewnętrznego – „Prawo wspólnotowe wynikające z Traktatu, jako niezależnego źródła prawa, ze względu na swą istotę nie może być uchylone przez przepisy prawa krajowego, i to niezależnie od ich rangi. Ważność działań instytucji Wspólnoty lub skutki takich działań w państwie członkowskim nie mogą być podważane ze względu na niezgodność z prawami podstawowymi wynikającymi z konstytucji państwa członkowskiego”.

przysługuje im jednak swoboda co do wyboru konkretnych rozstrzygnięć, byleby rezultat był zgodny z dyrektywą. Przepisy Dyrektywy sektorowej często mają charakter ogólny, pozostawiający Państwom Członkowskim dużą swobodę działania. Przykładowo, Państwa Członkowskie mogą, lecz nie muszą, dokładnie implementować postanowienia Dyrektywy sektorowej odnośnie centralnych jednostek zakupujących (zgodnie z pkt 24 preambuły do Dyrektywy sektorowej: „Z uwagi na różne okoliczności występujące w Państwach Członkowskich, należy pozostawić im wybór, czy podmioty zamawiające mogą korzystać z centralnych jednostek zakupujących, dynamicznych systemów zakupów, czy aukcji elektronicznych, zdefiniowanych i uregulowanych niniejszą dyrektywą”). Celem dyrektywy nie jest bowiem pełna i wyczerpująca harmonizacja krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych, a jedynie wprowadzenie minimalnych wspólnych zasad udzielania zamówień publicznych gwarantujących realizację fundamentalnych zasad swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody przepływu towarów i usług oraz równości i zakazu dyskryminacji we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej. Wspólne reguły dotyczą:

- 1) zakresu podmiotowego i przedmiotowego dyrektyw,
- 2) trybów udzielania zamówień publicznych,
- 3) zasad ogłoszeń o zamówieniach publicznych,
- 4) zasad niedyskryminacji i wykorzystania europejskich standardów technicznych przy tworzeniu specyfikacji technicznych i opisie przedmiotu zamówienia,
- 5) wspólnych zasad uczestnictwa (selekcji kandydatów do wykonania zamówienia) i wyboru najkorzystniejszej oferty (opierając się na obiektywnych kryteriach),
- 6) obowiązku przekazywania określonych informacji statystycznych o zamówieniach publicznych do Komisji Europejskiej.

W pozostałym zakresie państwa członkowskie dysponują swobodą ustawodawczą – pod warunkiem jednak przestrzegania generalnych zasad traktatowych.

Obowiązek implementacji celów dyrektywy wiąże wszystkie organy państw członkowskich, włączając w to sądy⁶ i organy administracji⁷.

⁶ Zob. np. orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 *von Colson i Kamann*, Zb. Orz. 1984, s. 01891.

⁷ Dyrektywy stosują też wszystkie instytucje europejskie, w tym Komisja Europejska, Rada Europejska, Parlament Europejski i Trybunał Sprawiedliwości. Przyjęły je także Norwegia, Islandia i Liechtenstein – kraje Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu EFTA.

Obowiązek ten wynika też z **zasady lojalności** (art. 10 TWE oraz art. 4 ust. 3 TUE), zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązane są dołożyć wszelkich starań, aby zapewnić skuteczność norm prawa unijnego w wewnętrznej przestrzeni prawnej oraz do powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby utrudnić stosowanie prawa unijnego w ich wewnętrznych porządkach prawnych.

9. Jak wskazano powyżej, co do zasady, dyrektywa jest stosowana za pośrednictwem prawa krajowego, tj. zgodnie z zasadą implementacji. Dopiero gdy (i) dyrektywa nie została implementowana do momentu upływu wyznaczonego terminu, (ii) dyrektywa została implementowana w sposób nieprawidłowy w wyznaczonym czasie, dyrektywy powinny być **bezpośrednio stosowane** jako podstawa aktów prawodawczych i aktów indywidualnych. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, że organy czy sądy krajowe nie mogą jednak dokonywać wykładni *contra legem*, tzn. wbrew oczywistej treści przepisu krajowego.

10. Z regułą bezpośredniego stosowania wiąże się ponadto **zasada bezpośredniego skutku**, która oznacza możliwość powoływania się w danej sytuacji przez jednostkę na normę prawa unijnego także (a nawet przede wszystkim) wówczas, gdy daną sytuację odmiennie reguluje norma prawa krajowego⁸. Dla podmiotów prywatnych zasada ta oznacza, że mogą one powoływać się na prawa i obowiązki wynikające z danego aktu wspólnotowego, który jest samodzielnym źródłem tych praw i obowiązków. Co do zasady jednak dyrektywa nie wywołuje skutku bezpośredniego wobec jednostki, nie jest bowiem do niej adresowana. Skuteczność dyrektyw jest pośrednia. Zatem wykluczona jest możliwość powoływania się na postanowienia tego aktu przed sądami i organami krajowymi, a organy państw członkowskich nie mogą wymagać od swoich obywateli postępowania zgodnego z dyrektywą. Dopiero przepisy krajowe wydane na podstawie dyrektyw stanowią źródło praw i obowiązków dla jednostek (np. osób fizycznych, spółek itd.).

11. Z wypracowanej linii orzeczniczej wynika jednak, iż w pewnych przypadkach zasada pośredniej skuteczności dyrektyw może zostać złamana, co oznacza, że dyrektywa może być skuteczna bezpośrednio⁹.

⁸ A. Bartosiewicz, *Koncepcja skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług*, EPS 2006, nr 1.

⁹ Por. np. orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Van Duyn*, Zb. Orz. 1974, s. 01337; orzeczenie ETS z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawie C-6/90 i C-9/90 *Francovich i inni*, Zb. Orz. 1991, s. I-05357.

Orzecznictwo ETS oraz doktryna wypracowały następujące przesłanki bezpośredniej skuteczności dyrektyw:

- 1) dyrektywa **nie** została **implementowana** mimo upływu wyznaczonego terminu lub została implementowana niewłaściwie¹⁰;
- 2) norma, której ma dotyczyć bezpośrednia skuteczność, jest **precyzyjna, bezwarunkowa oraz zupełna**¹¹. Taka norma powinna w sposób wystarczający nadawać się do zastosowania przez sąd krajowy (*is sufficiently operational to be applied*). Powinna jasno określać, kto i czego (działania albo zaniechania) może wymagać od określonych podmiotów. Bezwarunkowość normy oznacza, że nie jest uzależniona od wydania jakichkolwiek środków prawnych przez organy unijne lub krajowe¹²;
- 3) dana norma dyrektywy przyznaje prawa podmiotowe jednostkom wobec państwa czy też wyrażnie **nakłada na jednostkę obowiązek lub uprawnienie**. Prawo podmiotowe jest rozumiane nie tylko jako konkretne zindywidualizowane uprawnienie jednostki, lecz także jako szeroko rozumiany interes prawny jednostek, tj. dobro generalne.

12. Z powyższego wynika, że dyrektywy unijne mają bardzo duży wpływ na wykładnię przepisów rangi ustawowej, w tym ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), a nawet – hipotetycznie rzecz ujmując – mogłyby mieć bezpośredni skutek w prawie krajowym, oczywiście po uprzednim wykazaniu trzech wyżej wskazanych przesłanek, w tym nieprawidłowej implementacji. Na tym tle powstaje jednak dalsze pytanie o **zasięg podmiotowy bezpośredniej skuteczności dyrektywy**, a mianowicie pytanie: które podmioty oraz w stosunku do kogo mogą powoływać się na dyrektywę?

13. Aby odpowiedzieć na postawione pytanie, należy wyjaśnić, że skuteczność bezpośrednia dyrektywy doznaje kolejnych ograniczeń. Jest

¹⁰ Zob. np. orzeczenie ETS z dnia 6 maja 1980 r. w sprawie 102/79 *European Commission v. Belgium*, Zb. Orz. 1980, s. 01473.

¹¹ Por. orzeczenie ETS z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie C-8/81 *Ursula Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt*, Zb. Orz. 1982, s. 00053.

¹² Por. orzeczenie z dnia 23 lutego 1994 r. w sprawie C-236/92 *Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava* (CELEX 61992J0236). Por. jednak także orzeczenie ETS z dnia 10 września 2002 r. w sprawie C-141/00 *Ambulanter Pflegedienst Kugler GmbH*, Zb. Orz. 2002, s. I-06833, w której ETS odszedł od zasady bezwarunkowości przepisu dyrektywy dotyczącej zwolnienia podatkowego, przyznając mu bezpośrednią skuteczność, mimo że przepis ten był jasny i warunkowy.

ona bowiem dopuszczalna jedynie w określonych układach podmiotowych, które zostały wykreowane przez orzecznictwo ETS. Istnieją następujące układy podmiotowe:

1) układ wertykalny zwykły

Jest to sytuacja, w której jednostka (obywatel lub inny podmiot prywatny) powołuje się na dyrektywę nakładającą na państwo obowiązek w stosunkach jednostka – państwo. Jednostka żąda więc wykonania przez państwo obowiązku płynącego bezpośrednio z dyrektywy. Taki stan rzeczy jest dopuszczony przez orzecznictwo ETS, gdyż przyjmuje się, że państwo nie może czerpać korzyści z nieprzestrzegania (braku implementacji) prawa unijnego¹³. Skutek bezpośredni dotyczy stosunków obywateli i osób prawnych z szeroko rozumianym państwem, a więc także organami będącymi emanacją państwa, samorządu itd.¹⁴;

2) układ wertykalny odwrócony

Jest to sytuacja, w której państwo dochodzi roszczeń przeciwko jednostce z powołaniem się bezpośrednio na dyrektywę. W takim wypadku dyrektywa miałaby być wyłącznym (z uwagi na brak prawidłowej implementacji) źródłem obowiązku jednostki. Z orzecznictwa ETS wynika jednak, że taka sytuacja jest niedopuszczalna, tj. państwo nie może się powoływać na bezpośrednią skuteczność dyrektyw wobec jednostek. To bowiem państwo a nie jednostka jest związane dyrektywą. Skutek bezpośredni jest zatem drogą jednokierunkową (*one way street*), a mianowicie – odnosi skutek w relacji jednostka – państwo, a nie na odwrót. Zgodnie z orzecznictwem ETS państwo członkowskie, które nie podjęło w nakreślonym terminie działań transponujących wskazanych w dyrektywie, nie może zarzucać jednostce, iż nie wypełniła ona zobowiązań wynikających z dyrektywy.

W tym miejscu należy także podnieść, że prawo europejskie traktuje pojęcie „państwo” bardzo szeroko. Obejmuje ono zarówno organy rządowe, jak i samorządowe, a także organizacje i instytucje, które znajdują się pod kontrolą lub nadzorem państwa – niezależnie od przyjętej formy. Ważne, aby władze publiczne powierzyły im odp-

¹³ Por. np. sprawę 103/88 *Fratelli Constanzo v. Commune di Milano* z dnia 22 czerwca 1989 r., ECR 1989, s. I-1839.

¹⁴ Por. wyrok ETS z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 *Marshall v. Southampton & South-West Hampshire Area Health Authority*, Zb. Orz. 1986, s. 00723.

wiedzialność za świadczenie usług publicznych i aby działały pod nadzorem władz publicznych¹⁵;

3) układ horyzontalny

Układ horyzontalny oznacza powoływanie się bezpośrednio na treść dyrektywy w stosunkach pomiędzy podmiotami prywatnymi. Taki układ jest zabroniony przez orzecznictwo europejskie¹⁶ z uwagi na fakt, że podmiot prywatny nie może ponosić odpowiedzialności za bezprawność, której źródłem jest zachowanie państwa w postaci braku implementacji dyrektywy. Zatem jednostki nie mogą, co do zasady, powoływać się bezpośrednio na normy dyrektywy przeciwko innej jednostce¹⁷.

W tym miejscu należy jednak podnieść, że orzecznictwo europejskie dopuszcza w pewnych przypadkach tzw. koncepcję incydentalnego skutku horyzontalnego. Nazywa się tak sytuację, w której prawo unijne działa jak tarcza (tzw. zastosowanie negatywne), a nie jak miecz (tzw. zastosowanie pozytywne). Działanie obronne, czyli działanie tarczy, oznacza, że jednostka odmawia zastosowania (w stosunkach z inną jednostką) prawa krajowego sprzecznego z dyrektywą. Taka odmowa jest w wyjątkowych przypadkach dopuszczana przez ETS¹⁸;

4) układy triangularne/multitriangularne

Są to sytuacje, w których na podstawie dyrektywy można dochodzić podjęcia pewnych działań, które z kolei nałożą obowiązki bądź uprawnienia na podmioty trzecie. Przyjmuje się jednak, że dyrektywy nie mogą wywierać skutku bezpośredniego, choćby przyznawały prawa jednostkom, jeśli takie stosowanie powodowałoby naruszenie praw podstawowych innej jednostki (nakładałoby obowiązki na podmioty trzecie). W takim przypadku możliwa byłaby ewentualnie jedynie droga odszkodowawcza¹⁹.

¹⁵ Por. wyrok ETS z dnia 4 grudnia 1997 r. w sprawie C-253-256/96 *H. Kampelmann i inni v. Landeschaftsverband Westfalen-Lippe i inni*, Zb. Orz. 1997, s. I-06907.

¹⁶ Por. np. wyrok ETS z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie C-152/84 *Marshall*, Zb. Orz. 1986, s. 00723; wyrok ETS z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 *Faccini Dori v. Recreb*, Zb. Orz. 1994, s. I-03325; wyrok ETS z dnia 7 marca 1996 r. w sprawie C-192/94 *El Corte Ingles S.A. v. C. Blazques*, Zb. Orz. 1996, s. I-01281.

¹⁷ Por. B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 221; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 568.

¹⁸ Por. sprawa C-443/98 *Unilever*.

¹⁹ Por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 569.

Wszystkie powyższe zasady stosowania dyrektyw unijnych mogą potencjalnie dotyczyć także reżimu sektorowego, w tym Dyrektywy sektorowej. Postulat prowsólnotowej wykładni przepisów o zamówieniach sektorowych, a także – w razie konieczności – bezpośredniego stosowania postanowień Dyrektywy sektorowej jest kierowany zwłaszcza do sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, organy te bowiem stosują prawo – w tym prawo UE – w ramach swojej działalności orzeczniczej i wszelkie zasady wykładni prawa biorą pod rozważę z urzędu.

14. W orzecznictwie europejskim wielokrotnie wskazywano przepisy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które wywierają skutek bezpośredni w krajowych porządkach prawnych. W świetle orzecznictwa ETS są to przykładowo postanowienia dyrektyw odnoszące się do: zakresu przedmiotowego i podmiotowego dyrektyw, warunków weryfikacji wiedzy, doświadczenia, zdolności technicznej i wiarygodności ekonomicznej i finansowej wykonawców, a także kryteriów oceny ofert, przesłanki odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz procedury wyjaśnień, kryteriów wyboru procedury, zasad konkurencji, wspólnych reguł technicznych i wspólnych zasad ogłoszeń i udziału w postępowaniu, a także zasad kwalifikacji oferentów i wyboru oferty – w zakresie, w jakim są bezwarunkowe oraz dostatecznie jasne i precyzyjne²⁰.

²⁰ Por. np. na tle dyrektywy Rady z dnia 18 czerwca 1992 r., 92/50/EWG odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. UE L 209 z 24.07.1992, s. 1) orzeczenie ETS z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 *Walter Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, Zb. Orz. 1998, s. I-05357: „Szczegółowe postanowienia Tytułów III do VI dyrektywy, dotyczące wyboru procedur przetargowych oraz zasad konkurencji, przepisów wspólnych dotyczących specyfikacji technicznych i ogłoszeń, jak również udziału w przetargu i kryteriów wyboru kwalifikacji udzielenia zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków i kwalifikacji wynikających w oczywisty sposób z ich treści, są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne, aby wykonawcy mogli się na nie powoływać przed sądami krajowymi. (...) Należy tutaj przypomnieć, że Trybunał konsekwentnie twierdził (por. orzeczenie z dnia 4 maja 1988 r. C-31/87 w sprawie *Beentjes v. Hollandia*, Zb. Orz. 1988, s. 04635, pkt 40), że jeżeli przedmiotowe postanowienia dyrektywy wydają się bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, to podmioty indywidualne mogą powoływać się na nie w postępowaniu przeciwko państwu, jeżeli państwo nie wdrożyło tej dyrektywy do prawa krajowego w ustalonym terminie lub też jeżeli nie wdrożyło tej dyrektywy prawidłowo”; także orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, Zb. Orz. 1989, s. 01839: „Zawsze ilekroć przepisy dyrektywy, biorąc pod uwagę ich treść, mają charakter bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, przepisy takie mogą być powoływane przez osoby występujące przeciwko państwu, o ile państwo to nie wdrożyło dyrektywy do swojego porządku prawnego do końca przewidzianego terminu lub

15. Przy omawianiu instytucji unijnych mających wpływ na kształt zamówień sektorowych nie sposób pominąć rolę **Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości**. Zadaniem ETS jest czuwanie nad poszanowaniem prawa w wykładni i stosowaniu TWE, obecnie TFUE (art. 220 TWE oraz art. 19 TUE). Trybunał rozstrzyga spory pomiędzy instytucjami unijnymi oraz państwami członkowskimi i jednostkami, a także dokonuje wykładni prawa unijnego w trybie postępowania wszczętego pytaniem prejudycjalnym. W ten sposób tworzone są precedensy, które w sferze zamówień publicznych mają priorytetowe znaczenie, pomagają bowiem zrozumieć i prawidłowo zastosować postanowienia Dyrektyw i Traktatów. W trybie prejudycjalnym ETS dokonuje wykładni prawa unijnego, jednakże w istocie przesądza on o zgodności danego przepisu prawa krajowego z prawem unijnym. Zadawanie pytań prejudycjalnych jest prawem sądów krajowych, od których decyzji przysługuje odwołanie. Mogą one wystąpić do ETS z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego, jeśli uznają, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku. Z kolei sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, ma obowiązek wystąpić z pytaniem prejudycjalnym w sytuacji, kiedy zawiśnie przed nim sprawa dotycząca prawa unijnego (por. art. 267 TFUE). Procedura orzeczeń prejudycjalnych uważana jest za najważniejszą procedurę przed ETS. Mimo że orzeczenie wstępne wiąże tylko w danej sprawie oraz tylko sąd, który zadał pytanie prejudycjalne (skutek *inter partes*), to jednak przypisywany ETS prestiż powoduje, że orzeczenia tego trybunału są uznawane za najważniejsze źródło wytycznych w sprawie interpretacji prawa unijnego. To właśnie ETS sformułował w swoim orzecznictwie takie zasady systemowe prawa unijnego, jak np. zasada skutku bezpośredniego, pierwszeństwa prawa unijnego, skutku pośredniego prawa unijnego czy odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego wobec jednostki. Trybunał wypowiadała się też bardzo często w kwestii zamówień sektorowych. Orzeczenia ETS powinny być zatem brane pod uwagę w drodze wykładni Dyrektywy sektorowej oraz prawa zamówień publicznych.

jeżeli wdrożyło taką dyrektywę w nieprawidłowy sposób. O ile zostaną spełnione warunki, zgodnie z którymi osoby mogą powoływać się na postanowienia dyrektywy w postępowaniu przeciwko sądom krajowym, to wszystkie organy władz administracyjnych, wraz z władzami zdecentralizowanymi, takimi jak gminy, są zobowiązane do stosowania tych przepisów”; tak również ETS w wyroku z dnia 23 lutego 1994 r. w sprawie C-236/92 *Comitato di Coordinamento per la Difesa della Cava et al. v. Regione Lombardia* i inni, Zb. Orz. 1994, s. I-00483.

16. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie odwołuje się do **wykładni językowej, systematycznej i celowościowej**, przy czym główny nacisk wywiera na tę ostatnią metodę wykładni. Wykładnia celowościowa ma bowiem za zadanie odzwierciedlenie celu danego przepisu, zatem najpełniej wyraża zamiar ustawodawcy unijnego. W literaturze²¹ podkreśla się często, że „koncentrowanie się bardziej na celach niż literalnym brzmieniu danego przepisu jest więc pochodną charakterystycznych cech prawa wspólnotowego i szczególnych trudności, jakich nastręcza jego interpretacja²²”. Podkreślić należy, że Unia Europejska jest tworem wielokulturowym, a przez to niejednorodnym. Prawo europejskie cechuje więc wielojęzyczność, a także posługiwanie się terminami, które nie w każdym Państwie Członkowskim są rozumiane identycznie, np. „zamawiający”. Z tych głównie przyczyn nie zawsze literalna wykładnia przepisów unijnych jest możliwa lub wskazana.

17. Zgodnie z ustawodawstwem unijnym do zamówień sektorowych zalicza się taką działalność, która jest w pewien sposób uprzywilejowana przez państwo. Wynika to z charakteru tej działalności, która za cel ma zaspokajanie potrzeb ogółu, co z kolei wiąże się często z dysponowaniem przez podmiot sektorowy tzw. urządzeniami użyteczności publicznej lub też z przyznawaniem przez państwo innych szczególnych uprawnień przedsiębiorcom sektorowym (por. komentarz do rozdz. 2, pkt 1.2 w zakresie praw szczególnych lub wyłącznych). Stąd też potoczna nazwa zamówień dokonywanych przez przedsiębiorców prowadzących te szczególne rodzaje działalności – sektorowe, tj. dokonywane w ramach określonych sektorów użyteczności publicznej. Zakupy w sektorach zostały objęte reżimem Dyrektywy sektorowej z uwagi na brak dostatecznie rozwiniętej konkurencji, co potencjalnie może prowadzić do podejmowania działań nierynkowych. Sektory nie są poddane prawom rynku w tak dużym stopniu, jak podmioty prowadzące działalność na innych rynkach, dlatego też istnieje ryzyko udzielania zamówień na innych niż czysto ekonomiczne

²¹ Np. w orzeczeniu z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* (CELEX 61983J0014) ETS stwierdził, iż stosując prawo krajowe, w tym zwłaszcza przepisy wydane w celu wprowadzenia w życie dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo, uwzględniając brzmienie i cel dyrektywy.

²² A. Zawidzka, *Celowościowa wykładnia prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, materiał naukowy z konferencji wydziałowej WPIA UW, pt. „Wykładnia prawa”, 24 lutego 2004 r.