

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

Komentarz

Aldona Kowalczyk, Anna Szymańska

KOMENTARZE PRAKTYCZNE



Wolters Kluwer

ZAMÓWIENIA SEKTOROWE

Komentarz

Aldona Kowalczyk, Anna Szymańska

KOMENTARZE PRAKTYCZNE



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

Stan prawny na 11 lutego 2022 r.

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne
Trzy kropki Joanna Maż

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

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|--|--|
| dyrektywa
97/67/WE | – dyrektywa 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.12.1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz.Urz. UE L 15 z 2018 r., s. 14, ze zm.) |
| dyrektywa
klasyczna
2014/24/UE | – dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze zm.) |
| dyrektywa
klasyczna
2004/18/WE | – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134, s. 114, ze zm.) |
| dyrektywa
koncesyjna
2014/23/UE | – dyrektywa 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94, s. 1, ze zm.) |

dyrektywa sektorowa 2014/25/UE	– dyrektywa 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 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, s. 243, ze zm.)
dyrektywa sektorowa 2004/17/WE	– dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134, s. 1, ze zm.)
dyrektywa węglowodorowa	– dyrektywa 94/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 30.05.1994 r. w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badanie i produkcję węglowodorów (Dz.Urz. UE L 164, s. 3, ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.)
k.s.h.	– ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
pr. bud.	– ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.)
pr. energ.	– ustawa z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 716 ze zm.)
pr. lot.	– ustawa z 3.07.2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1970 ze zm.)
pr. przed.	– ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.)

pr. przew.	– ustawa z 15.11.1984 r. – Prawo przewozowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 8)
rozporządzenie 1370/2007	– rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315, s. 1, ze zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
u.f.p.	– ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.)
u.g.k.	– ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679)
u.g.t.	– ustawa z 26.10.2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 170)
u.i.b.	– ustawa z 30.04.2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. z 2022 r. poz. 498 ze zm.)
u.o.k.k.	– ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
u.p.g.g.	– ustawa z 9.06.2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2021 r. poz. 1420 ze zm.)
u.p.p.	– ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1041)
u.p.p.p.	– ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 407 ze zm.)
u.p.t.z.	– ustawa z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1371 ze zm.)

u.p.z.p.	– ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)
u.p.z.p. z 2004 r.	– ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
u.r.	– ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217 ze zm.)
u.s.g.	– ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1372 ze zm.)
u.s.p.	– ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 528 ze zm.)
u.s.w.	– ustawa z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2020 r. poz. 1668 ze zm.)
u.t.d.	– ustawa z 6.09.2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 180 ze zm.)
u.t.k.	– ustawa z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1984)
u.u.k.r.b.u.	– ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2021 r. poz. 541 ze zm.)
u.z.n.k.	– ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.)
u.z.z.w.	– ustawa z 7.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2020 r. poz. 2028)
ustawa OZE	– ustawa z 20.02.2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2021 r. poz. 610 ze zm.)
zasady techniki prawodawczej	– załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283)

Czasopisma

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

MZP	– Monitor Zamówień Publicznych
OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	– Prawo Zamówień Publicznych

Inne

CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
EFTA	– Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu
JEDZ	– jednolity europejski dokument zamówienia
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
NACE	– statystyczna klasyfikacja działalności gospodarczej
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
PPP	– partnerstwo publiczno-prywatne
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
URE	– Urząd Regulacji Energetyki
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

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 postulaty *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 przepływu

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”.

gnięty. 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, przysługuje im jednak swoboda co do wyboru konkretnych rozstrzygnięć, byleby rezultat był zgodny z dyrektywą. Przepisy dyrektywy sektorowej 2014/25/UE często mają charakter ogólny, pozostawiając państwom członkowskim dużą swobodę działania, jak na przykład w zakresie organizacji wyboru usługodawców niektórych usług społecznych, zdrowotnych i edukacyjnych ze względu na ich nadal ograniczony wymiar transgraniczny (w motywie 120 preambuły dyrektywy sektorowej 2014/25/UE wskazano, iż w tym zakresie obowiązują wyższe progi stosowania unijnych zasad udzielania zamówień, a uwzględniono jedynie obowiązek przestrzegania podstawowych zasad przejrzystości i równego traktowania, oraz gwarantujące określone kryteria jakości przy wyborze usługodawców, takie jak kryteria określone w dobrowolnych europejskich ramach odniesienia na rzecz zapewniania jakości usług społecznych, opublikowanych przez Komitet Ochrony Socjalnej). Celem dyrektywy nie jest bowiem pełna i wyczerpująca harmonizacja krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych, a jedynie wprowadzenie minimalnych wspólnych reguł 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) niektórych aspektów realizacji zamówienia,
- 7) 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 sądy¹¹ i organy administracji¹². Obowiązek ten wynika też z **zasady lojalności** (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. Pośrednia skuteczność dyrektyw jest także ściśle związana z zasadą wykładni prounijnej, tj. obowiązkiem sądów krajowych oraz organów administracji interpretacji prawa krajowego w świetle brzmienia oraz

¹¹ Zob. np. orzeczenie TSUE z 10.04.1984 r., C-14/83, Von Colson i Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:1984:153.

¹² Dyrektywy stosują też wszystkie instytucje europejskie, w tym Komisja Europejska, Rada Europejska, Parlament Europejski i TSUE. Przyjęły je także Norwegia, Islandia i Liechtenstein – kraje Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA).

celu dyrektywy dla osiągnięcia rezultatu, o którym mowa w art. 288 TFUE. Jak już jednak wcześniej podkreślono, nie może to prowadzić do interpretacji *contra legem*, tzn. wbrew oczywistej treści przepisu krajowego, czy też naruszenia ogólnych zasad prawnych, w tym m.in. pewności prawa, zasady *lex retro non agit* itp.

10. Jeśli prawidłowo zostały wykonane wszystkie niezbędne do implementacji działania, które zapewnią warunki dla efektywnego stosowania i przestrzegania prawa unijnego (w szczególności zmiana adresata norm dyrektyw), nie ma potrzeby stosować norm dyrektywy bezpośrednio lub pośrednio. Dopiero gdy a) dyrektywa nie została implementowana do momentu upływu wyznaczonego terminu, b) dyrektywa została implementowana w sposób nieprawidłowy w wyznaczonym czasie – dyrektywy powinny być **bezpośrednio stosowane** jako podstawa aktów prawodawczych i aktów indywidualnych.
11. 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 krajowego¹³. Dla podmiotów prywatnych zasada ta oznacza, że mogą one powoływać się na prawa i obowiązki wynikające z danego aktu unijnego, 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.).
12. Z wypracowanej linii orzeczniczej wynika jednak, iż w pewnych przypadkach zasada pośredniej skuteczności dyrektyw może zostać złamana,

¹³ A. Bartosiewicz, *Koncepcja skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług*, EPS 2006/1, s. 12.

co oznacza, że dyrektywa może być skuteczna bezpośrednio¹⁴. Orzecznictwo TSUE oraz doktryna wypracowały następujące przesłanki bezpośredniej skuteczności dyrektyw:

- 1) dyrektywa **nie** została **implementowana** mimo upływu wyznaczonego terminu lub została implementowana niewłaściwie¹⁵;
- 2) norma, której ma dotyczyć bezpośrednia skuteczność, jest **precyzyjna, bezwarunkowa oraz zupełna**¹⁶. 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 krajowe¹⁷;
- 3) dana norma dyrektywy przyznaje prawa podmiotowe jednostkom wobec państwa czy też wyraźnie **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.

¹⁴ Por. np. wyrok TSUE z 14.01.2021 r., C-387/19, RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, ECLI:EU:C:2021:13, w której Trybunał orzekł, iż prawo wykonawców do self-cleaningu jest bezpośrednio skuteczne, oraz A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Unijny Trybunał dał jasne wskazówki do wykładni przepisów ws. self-cleaningu w zamówieniach*, „Rzeczpospolita” z 27.01.2021 r., nr 11872, a także wyrok TSUE z 19.11.1991 r., C-6/90 i C-9/90, Francovich i inni, ECLI:EU:C:1991:428, oraz wyrok TSUE z 4.12.1974 r., C-41/74, Van Duyn, ECLI:EU:C:1974:133.

¹⁵ Zob. np. orzeczenie TSUE z 6.05.1980 r., C-102/79, Komisja przeciwko Belgii, ECLI:EU:C:1980:120. Państwo nie może odnosić korzyści z własnego bezprawnego zachowania, polegającego na niedokonaniu transpozycji dyrektywy lub nieprawidłowej transpozycji (por. wyrok TSUE z 5.04.1979 r., C-148/78, Ratti, ECLI:EU:C:1979:110).

¹⁶ Por. orzeczenie TSUE z 19.01.1982 r., C-8/81, Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt, ECLI:EU:C:1982:7.

¹⁷ Por. orzeczenie TSUE z 23.02.1994 r., C-236/92, Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava i in. v. Regione Lombardia i in., ECLI:EU:C:1994:60. Por. jednak także orzeczenie TSUE z 10.09.2002 r., C-141/00, Ambulanter Pflegedienst Kügler GmbH v. Finanzamt für Körperschaften I in Berlin, ECLI:EU:C:2002:473, w której TSUE odszedł od zasady bezwarunkowości przepisu dyrektywy dotyczącej zwolnienia podatkowego, przyznając mu bezpośrednią skuteczność, mimo że przepis ten był jasny i warunkowy.

13. Z powyższego wynika, że dyrektywy unijne mają bardzo duży wpływ na wykładnię przepisów rangi ustawowej, w tym przepisy Prawa zamówień publicznych, 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**, czyli o to, które podmioty oraz w stosunku do kogo mogą powoływać się na dyrektywę.
14. Aby odpowiedzieć na postawione pytanie, należy wyjaśnić, że skuteczność bezpośrednia dyrektyw doznaje kolejnych ograniczeń. Jest ona bowiem dopuszczalna jedynie w określonych układach podmiotowych, które zostały wykreowane przez orzecznictwo TSUE. Istnieją następujące układy podmiotowe.

- **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 TSUE, gdyż przyjmuje się, że państwo nie może czerpać korzyści z nieprzestrzegania (braku implementacji) prawa unijnego¹⁸. Skutek bezpośredni dotyczy stosunków obywateli i osób prawnych z szeroko rozumianym państwem, a więc także organami będącymi emanacją państwa, samorządu itd.¹⁹. W odniesieniu do zamówień publicznych, TSUE w wyroku z 7.07.2016 r., C-46/15, wskazał, iż artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy klasycznej 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy

¹⁸ Por. np. wyrok TSUE z 22.06.1989 r., C-103/88, *Fratelli Constanzo SpA v. Commune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256.

¹⁹ Por. wyrok TSUE z 26.02.1986 r., C-152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI: ECLI:EU:C:1986:84.

i usługi należy interpretować w ten sposób, iż spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami²⁰. Oznacza to, iż co do zasady instytucje zamawiające spełniają – pod wyżej wskazanymi warunkami – definicję państwa w kontekście ewentualnej bezpośredniej skuteczności dyrektyw w układzie wertykalnym.

- **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 TSUE wynika jednak, że taka sytuacja jest niedopuszczalna, tj. państwo nie może się powoływać na bezpośrednią skuteczność dyrektyw wobec jednostek²¹. To bowiem państwo, a nie jednostka jest związane dyrektywą. Skutek bezpośredni jest zatem drogą jednokierunkową (*one way street*), a mianowicie – dyrektywa odnosi skutek w relacji jednostka – państwo, a nie na odwrót. Zgodnie z orzecznictwem TSUE państwo członkowskie, które nie podjęło w nakreślonym terminie działań

²⁰ Por. także M. Sieradzka, *Glosa do wyroku TS z 7.07.2016 r., C-46/15*, LEX 2016.

²¹ Por. przy tym uchwałę KIO z 24.07.2012 r., KIO/KD 65/12, LEX nr 1217618, według której: „W żadnym przypadku dyrektywa nie może zostać uznana za bezpośrednie źródło obowiązku nałożonego na jednostkę – dla powstania takiego obowiązku po stronie jednostki w relacji z państwem członkowskim konieczna jest implementacja dyrektywy do prawa krajowego i to prawo krajowe staje się źródłem tegoż obowiązku”. Izba uznała, że przepisy dyrektywy sektorowej 2004/17/WE nie mogłyby stanowić podstawy dla uznania istnienia po stronie zamawiającego obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Za wyłączne źródło tego obowiązku, w ocenie Izby, należałoby uznać jedynie przepisy Prawa zamówień publicznych – tylko te przepisy w tym przypadku mogłyby stanowić materialną podstawę dla uznania danego podmiotu za zamawiającego sektorowego.

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” 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 odpowiedzialność za świadczenie usług publicznych i aby działały one pod nadzorem tych władz²².

- **Układ horyzontalny**

Układ horyzontalny oznacza powoływanie się bezpośrednio na treść dyrektywy w stosunkach pomiędzy jednostkami (podmiotami prywatnymi). Taki układ jest zabroniony przez orzecznictwo europejskie²³ 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 jednostce²⁴.

²² Por. wyrok TSUE z 4.12.1997 r., C-253–258/96, H. Kampelmann i inni v. Landeschaftsverband Westfalen-Lippe i inni, ECLI: ECLI:EU:C:1997:585.

²³ Por. np. wyrok TSUE z 26.02.1986 r., C-152/84, Marshall, ECLI:EU:C:1986:84; wyrok TSUE z 14.07.1994 r., C-91/92, Faccini Dori v. Recreb, ECLI:EU:C:1994:292; wyrok TSUE z 7.03.1996 r., C-192/94, El Corte Inglés S.A. v. C. Blázquez Rivero, ECLI:EU:C:1996:88.

²⁴ Por. wyrok TSUE z 14.07.1994 r., C-91/92, Faccini Dori: „Możliwość powoływania się na dyrektywę wobec podmiotu publicznego opiera się na fakcie, że zgodnie z art. 189 Traktatu (przenumerowanym przez Traktat z Amsterdamu na art. 249 WE [a po wejściu w życie Traktatu z Lizbony – na art. 288 TFUE]) dyrektywa wiąże tylko w stosunku do każdego Państwa Członkowskiego, do którego jest skierowana, i została ustanowiona w celu uniemożliwienia Państwu czerpania korzyści z własnego nieprzestrzegania prawa wspólnotowego. Byłoby niedopuszczalne, gdyby państwo, zobowiązane przez prawodawcę wspólnotowego do przyjęcia niektórych przepisów regulujących stosunki państwa – lub stosunki instytucji państwowych – z jednostkami i przyznających tym jednostkom, pewne prawa, mogło powoływać się na własne naruszenie swoich obowiązków, i w ten sposób pozbawiać jednostek korzyści wynikających z tych praw. (...) Wynika stąd, że w przypadku braku środków dokonujących transpozycji w wyznaczonym terminie, jednostka nie może powoływać się na dyrektywę żądając uznania

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 TSUE²⁵.

- **Układy trianglarne/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 odszkodowawcza²⁶. Niemniej, zwyczajne negatywne skutki dla praw osób trzecich, nawet jeśli da się je w sposób oczywisty przewidzieć, nie uzasadniają pozbawienia jednostki możliwości powołania się na postanowienia dyrektywy przeciwko państwu członkowskiemu²⁷.

istnienia prawa wobec innej jednostki i domagając się egzekwowania tego prawa przed sądem krajowym”. Por. także 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.

²⁵ Por. Wyrok TSUE z 26.09.2000 r., C-443/98, Unilever Italia SpA v. Central Food SpA, ECLI:EU:C:2000:496.

²⁶ Por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 569.

²⁷ Por. wyrok TSUE z 7.01.2004 r., C-201/02, Wells, ECLI:EU:C:2004:12: „w przypadku, gdy na Państwie Członkowskim spoczywa obowiązek zapewnienia, że właściwe organy przeprowadzają ocenę skutków środowiskowych funkcjonowania kamieniołomu, które to zobowiązanie nie jest bezpośrednio związane z realizacją obowiązku nałożonego zgodnie z dyrektywą 85/337 na właścicieli kamieniołomu, okoliczność, że właściciele kamieniołomu muszą, ze względu na opóźnienie w realizacji tego zobowiązania przez Państwo, wstrzymać działalność wydobywczą w oczekiwaniu na wynik tej oceny, nie może uniemożliwiać jednostce powołania się na art. 2 ust. 1 przywołanej dyrektywy, w związku z jej art. 1 ust. 2 oraz art. 4 ust. 2”.

Wszystkie powyższe zasady stosowania dyrektyw unijnych mogą potencjalnie dotyczyć także reżimu sektorowego, w tym dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Postulat prounijnej wykładni przepisów o zamówieniach sektorowych 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 rozagę z urzędu.

15. W orzecznictwie europejskim wielokrotnie wskazywano przepisy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które wywierają skutek bezpośredni w krajowych porządkach prawnych. W świetle orzecznictwa TSUE 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 precyzyjne²⁸.

²⁸ Por. np. na tle dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. UE L 209, s. 1, ze zm.) orzeczenie TSUE z 24.09.1998 r., C-76/97, *Walter Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, ECLI:EU:C:1998:432: „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., *Beentjes v. Holandia*, C-31/87, 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 TSUE z 22.06.1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*: „Zawsze ilekroć przepisy dyrektywy, biorąc pod uwagę ich treść, mają charakter bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, przepisy takie mogą być powoływane przez osoby

16. W wyroku w sprawie C-324/14 z 7.04.2016 r. (Partner Apelski Dariusz) TSUE poruszył także ważną kwestię stosowania dyrektywy przed upływem terminu jej implementacji. Jakkolwiek jako zasadę można przyjąć, iż zgodnie z zasadą lojalności (art. 4 ust. 3 TUE) przed implementacją postanowień dyrektywy państwa członkowskie zobowiązane są do powstrzymania się od działań niweczających cel dyrektywy, to w ww. orzeczeniu TSUE podkreślił, że „w kwestii zamówień publicznych co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybiera tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzyga kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie”²⁹.

występujące przeciwko państwu, o ile państwo to nie wdrożyło dyrektywy do swojego porządku prawnego do końca przewidzianego terminu lub 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 TSUE w wyroku z 23.02.1994 r., C-236/92, *Comitato di Coordinamento per la Difesa della Cava i inni v. Regione Lombardia i inni*. Por. także np. na tle dyrektywy klasycznej 2004/18/WE wyrok TSUE z 7.07.2016 r., C-46/15, dotyczący środków dowodowych w celu wykazania możliwości technicznych i/lub zawodowych wykonawcy.

²⁹ „W tym względzie, co się dotyczy procedury udzielania zamówień publicznych opublikowanej przed przyjęciem dyrektywy 2014/24, nie można dokonywać wykładni przepisów art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24. O ile jest bowiem prawdą, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, o tyle jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego. Zatem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego przepisu – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym. W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu. (por. pkt 83, 90–92, 94; pkt 5 sentencji)”, LEX nr 2015062.

17. Przy omawianiu instytucji unijnych mających wpływ na kształt zamówień sektorowych nie sposób pominąć rolę **Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**. Zadaniem TSUE jest czuwanie nad poszanowaniem prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów UE (art. 267 TFUE). 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 TSUE 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 TSUE 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 TSUE. Mimo że orzeczenie wstępne wiąże tylko w danej sprawie oraz tylko sąd, który zadał pytanie prejudycjalne (skutek *inter partes*), to jednak przypisywany TSUE prestiż powoduje, że orzeczenia tego trybunału są uznawane za najważniejsze źródło wytycznych w sprawie interpretacji prawa unijnego. To właśnie TSUE 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 wypowiadał się też bardzo często w kwestii zamówień sektorowych. Orzeczenia TSUE powinny być zatem brane pod uwagę w drodze wykładni dyrektywy sektorowej oraz prawa zamówień publicznych.

18. Trybunał Sprawiedliwości UE w swoim orzecznictwie odwołuje się do **wykładni językowej**³⁰, **systemowej**³¹, **celowościowej oraz funkcjonalnej**, przy czym główny nacisk wywiera na te ostatnie metody wykładni. Wykładnia celowościowo-funkcjonalna ma bowiem za zadanie odzwierciedlenie celu i funkcji danego przepisu, zatem najpełniej wyraża zamiar ustawodawcy unijnego. W literaturze³² 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 interpretacja”³³. 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. Wykładnia celowościowa oraz funkcjonalna często oparta jest na celach traktatowych (tzw. duchu traktatów), zarówno w ujęciu historycznym (geneza UE, danego aktu prawnego itd.), jak i przyszłościowym (aktualne cele i wyzwania stanowiące *ratio legis* danego przepisu). Należy także przywołać w tym miejscu tzw. wykładnię efektywną (*effet utile*), kładącą nacisk na osiągnięcie jak największej efektywności prawa UE w wyniku interpretacji danej normy prawnej.
19. 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 dyspono-

³⁰ Na podstawie analizy znaczenia i konstrukcji sformułowań zawartych w normie prawnej.

³¹ Na podstawie analizy znaczenia normy prawnej z uwagi na jej usytuowanie w systemie danego aktu prawnego czy systemu prawnego (biorąc pod uwagę całokształt prawa UE).

³² Np. w orzeczeniu z 10.04.1984 r., C-14/83, Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:1984:153, TSUE 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.

³³ A. Zawidzka, *Celowościowa wykładnia prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, materiał naukowy z konferencji wydziałowej WPiA UW pt. „Wykładnia prawa”, 24.02.2004 r., Warszawa.

waniem przez podmiot sektorowy tzw. urządzeniami użyteczności publicznej lub też z przyznawaniem przez państwo innych szczególnych uprawnień przedsiębiorcom sektorowym (por. komentarz do art. 5) 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 2014/25/UE 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 zasadach. Ten specyficzny charakter przesądził również o konieczności wyodrębnienia zamówień sektorowych z tzw. zamówień klasycznych i uregulowania ich w odrębnym akcie unijnym, jakim jest obecnie dyrektywa sektorowa 2014/25/UE. Jednakże stwierdzenie, że dana działalność sektora podlega bezpośrednio konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, umożliwia wyłączenie danego sektora ze stosowania dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Kwestie te reguluje art. 34 i 35 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE, zgodnie z którymi wyłączenie takie jest możliwe na podstawie aktu wykonawczego Komisji Europejskiej lub w przypadku niewydania przez Komisję Europejską aktu wykonawczego w terminach, o których mowa w załączniku IV w zw. z art. 35 ust. 3 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE (por. też komentarz do art. 394).

20. Wdrożenie dyrektywy sektorowej 2014/25/UE do polskiego porządku prawnego nastąpiło pierwotnie poprzez nowelizację odrębnego rozdziału w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. poświęconego zamówieniom sektorowym – **rozdziału 5 „Zamówienia sektorowe” w dziale III u.p.z.p. z 2004 r.**³⁴. Systematyka u.p.z.p. z 2004 r., w tym ujęcie

³⁴ Ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020) weszła w życie 28.07.2016 r. Warto podkreślić, iż poprzednio obowiązujące przepisy implementowały dyrektywę sektorową 2004/17/WE.

zamówień sektorowych w dziale zatytułowanym „Przepisy szczególne”, podkreślały wyjątkowy charakter tego rodzaju zamówień oraz konieczność ich wyraźnego wyodrębnienia spośród klasycznych zamówień publicznych. Przepisy sektorowe stanowiły *lex specialis* w stosunku do pozostałych przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. Nie oznacza to jednak, że pozostałe przepisy tej ustawy nie miały zastosowania do zamówień sektorowych. Wręcz przeciwnie, postanowienia rozdziału 5 działu III miały na celu uwypuklenie różnic pomiędzy zamówieniem klasycznym a sektorowym, nie regulowały jednak tych drugich w sposób wyczerpujący, tak jak to czyni dyrektywa sektorowa 2014/25/UE. W analizowanym rozdziale Prawa zamówień publicznych z 2004 r. zawarte były postanowienia systemowe, takie jak np. określenie przedmiotowego i podmiotowego, a także kwotowego zakresu zastosowania przepisów sektorowych. Ponadto wskazane były także odmienności dotyczące poszczególnych trybów udzielenia zamówienia sektorowego oraz w zakresie publikacji ogłoszeń. Wykładnia systemowa, celowościowa oraz funkcjonalna prowadzi jednak do wniosku, że pozostałe przepisy tej ustawy również miały zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego. Przepisy ogólne Prawa zamówień publicznych z 2004 r. musiały być – rzecz jasna – stosowane z uwzględnieniem specyfiki zamówień sektorowych oraz nie mogły prowadzić do sprzeczności z postanowieniami art. 132–138f u.p.z.p. z 2004 r. Należy mieć jednak na uwadze fakt, że **zamówienie sektorowe mieściło się w definicji zamówienia publicznego** wyrażonej w art. 2 pkt 13 u.p.z.p. z 2004 r., zgodnie z którą były to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z kolei krąg zamawiających, tj. podmiotów zobowiązanych do stosowania Prawa zamówień publicznych z 2004 r., był określony w art. 3 u.p.z.p. z 2004 r. Podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia sektorowego miały także pod rządami Prawa zamówień publicznych z 2004 r. status wykonawcy zdefiniowanego w art. 2 pkt 11 u.p.z.p.

Ponadto, również uprzednio obowiązująca ustawa z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) zawierała przepisy dotyczące sektora energetycznego, transportu, telekomunikacji i gospodarki wodnej, jednak regulacja te nie miała charakteru kompleksowego, przez co nie stanowiła pełnej implementacji unijnych przepisów sektorowych.

z 2004 r. Skoro zatem zamówieniem publicznym było także zamówienie sektorowe będące umową zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to należy konkludować, że zarówno do postępowania, jak i samych zamówień w sektorach stosowało się wszystkie przepisy Prawa zamówień publicznych z 2004 r., o ile nie były sprzeczne z przepisami działu III rozdziału 5 tej ustawy (które miały charakter *lex specialis* wobec pozostałych jej przepisów) oraz o ile nie były sprzeczne z naturą zamówienia o charakterze sektorowym.

21. Obecnie obowiązujące Prawo zamówień publicznych zawiera odmienną systematykę w odniesieniu do zamówień sektorowych. Ustawodawca zdecydował się wydzielić w dziale I przepisy ogólne, mające zastosowanie do wszystkich reżimów udzielania zamówień publicznych (w tym sektorowych), a następnie uregulować w sposób kompleksowy zasady udzielania zamówień klasycznych, z podziałem na postępowania unijne oraz tzw. krajowe (por. dział II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne” oraz dział III „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne”). Natomiast zamówieniom sektorowym poświęcono przede wszystkim dział V „Zamówienia sektorowe”, zawierający – oprócz własnych regulacji – także w dużej mierze odesłania do działu II („Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”) oraz działu IV („Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych”) – por. art. 362. Zastosowanie techniki odesłań wynika z faktu, iż także dyrektywa sektorowa 2014/25/UE zawiera wiele odniesień do dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. Z kolei odesłanie do tzw. zamówień unijnych (o wartości progów unijnych lub wyższej) jest uzasadnione faktem, iż przepisy Prawa zamówień publicznych stosuje się do zamówień sektorowych, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne określone w art. 3 ust. 1 pkt 2 (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p.). W konsekwencji interpretacja Prawa zamówień publicznych w zakresie zamówień sektorowych wymaga uwzględnienia aspektu systemowego oraz wielu odesłań, w tym odniesienia do:

- **przepisów ogólnych z działu I**, w tym zakresu spraw regulowanych Prawem zamówień publicznych (w szczególności zakres

podmiotowy i progi wartościowe), wyłączeń od stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, naczelnych zasad udzielania zamówień, polityki zakupowej państwa oraz planów postępowań o udzielenie zamówień, zamówień o charakterze mieszanym, szacowania wartości zamówień i konkursu, zamawiających i wykonawców, komunikacji zamawiającego z wykonawcami, dokumentowania przebiegu postępowania;

- **przepisów działu II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”** (z wyjątkami wskazanymi w art. 362 u.p.z.p.), w tym w odniesieniu do przygotowania postępowania, kwalifikacji podmiotowej wykonawców, składania i otwarcia ofert, oceny ofert, aukcji elektronicznej, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zakończenia postępowania;
- **przepisów działu IV „Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych”** (z wyjątkami wskazanymi w art. 362 u.p.z.p.), w tym w odniesieniu do dynamicznego systemu zakupów, konkursu oraz zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi;
- **przepisów działu V „Zamówienia sektorowe”** w całości, w tym w odniesieniu do zakresu zastosowania, okresowego ogłoszenia informacyjnego, systemu kwalifikowania wykonawców, trybów udzielenia zamówień sektorowych, szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień sektorowych oraz niektórych uprawnień zamawiającego sektorowego;
- **przepisów działu VII „Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie”**, w tym w zakresie przepisów ogólnych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zmiany umowy, odstąpienia od umowy oraz jej unieważnienia i podwykonawstwa;
- **przepisów działu VIII „Organy właściwe w sprawach zamówień”**, w tym w zakresie przepisów o Prezesie Urzędu, Krajowej Izbie Odwoławczej, Komitecie do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych oraz Rady Zamówień Publicznych;
- **przepisów działu IX „Środki ochrony prawnej”**, w tym w zakresie przepisów ogólnych, postępowania odwoławczego oraz postępowania skargowego;

- **przepisów działu X „Pozasądowe rozwiązywanie sporów” oraz przepisów działu XI „Kontrola udzielania zamówień”,** w tym zakresie przepisów ogólnych oraz kontroli Prezesa Urzędu;
- **przepisów działu XII „Przepisy o karach pieniężnych”;**
- **przepisu końcowego z działu XIII.**

22. Istota zamówień sektorowych została przedstawiona w preambule dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Zgodnie z motywem 12 preambuły dyrektywy „termin «instytucje zamawiające», a w szczególności termin «podmioty prawa publicznego» były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmieniony, celowe jest zachowanie definicji, na której oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęcia wypracowanego w ramach orzecznictwa”. Z kolei według motywu 19 preambuły tej dyrektywy „w celu zapewnienia rzeczywistego otwarcia rynku i uczciwej równowagi w stosowaniu przepisów dotyczących zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych niezbędne jest określenie podmiotów objętych niniejszą dyrektywą na innej podstawie niż ich status prawny. Należy więc zadbać o równe traktowanie podmiotów zamawiających działających w sektorze publicznym oraz podmiotów zamawiających działających w sektorze prywatnym. Należy również zapewnić, z poszanowaniem art. 345 TFUE, aby nie zostały naruszone zasady regulujące system praw majątkowych w państwach członkowskich”. Wynika stąd, że zamówienia sektorowe charakteryzuje szeroki krąg zamawiających, są nimi zarówno podmioty publiczne, jak i niekiedy podmioty prywatne. Działalność zamawiających publicznych różni się zdecydowanie od działalności przedsiębiorców prywatnych, którzy nie podlegają reżimowi prawa publicznego, w tym – co do zasady – dyscyplinie finansów publicznych. Jest to bardzo poważne rozróżnienie powodujące, że zakresy podmiotowe zamówień klasycznych i zamówień sektorowych nie pokrywają się. Fakt, iż w ramach zamówień sektorowych mogą występować także spółki prawa

handlowego, a nawet jednostki prywatne, powoduje dalsze konsekwencje, mianowicie – przyznanie zamawiającym sektorowym większej swobody w kontraktowaniu. Reżim sektorowy nie jest bowiem tak restrykcyjny jak reżim klasyczny.

23. Sektory gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, ze względu na swój specyficzny charakter użyteczności publicznej lub niekiedy uprzywilejowanie przez szeroko pojęte państwo, zostały objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy sektorowej 2014/25/UE, co oznacza obowiązek dokonywania zakupów przez zamawiających z tych sektorów zgodnie z postanowieniami tej dyrektywy. W motywie 2 preambuły dyrektywy wskazuje się, że „aby zapewnić otwarcie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, należy opracować przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień powyżej określonej wartości. Taka koordynacja jest potrzebna, aby zapewnić skuteczność zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych koordynacją procedur udzielania zamówień na poziomie Unii powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwiać maksymalną elastyczność”. Zatem celem dyrektywy sektorowej 2014/25/UE jest opracowanie obiektywnych, uczciwych zasad kontraktowania w sektorach, jednakże z poszanowaniem do pewnego stopnia zasady swobody przedsiębiorczości, czemu ma służyć stworzenie maksymalnie elastycznych przepisów. Cele te należy mieć na uwadze przy wykładni przepisów o zamówieniach sektorowych.

Rozdział 2

PRZEPISY OGÓLNE

Art. 2. [Zamówienia objęte regulacją]

1. Przepisy ustawy stosuje się do udzielania:

[...]

- 2) zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych;

[...]

1. **Progi unijne.** Możliwy wpływ organów krajowych na zachowanie podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz zamknięty charakter rynków, na których prowadzą one działalność, spowodowały konieczność poddania zamówień w tych sektorach reżimowi prawa zamówień publicznych celem otwarcia ich na konkurencję (por. motyw 1 i motyw 2 preambuły dyrektywy sektorowej 2014/25/UE). Na temat pojęć „zamówienie sektorowe”, „zamawiający sektorowy” oraz „działalność sektorowa” – por. komentarz do art. 5 i art. 7 pkt 35 u.p.z.p.

Zamówienia sektorowe cechują się wieloma odrębnościami w stosunku do pozostałych zamówień. Już pierwszy przepis ustawy odnoszący się do zamówień sektorowych wskazuje na jedną z istotnych cech