

Warszawa, 2008 r.

UZP/DP/O-JDU/

Szanowny Pan

Bronisław Komorowski

Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej

W odpowiedzi na zapytanie Posła na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej Pana Kazimierza Gwiazdowskiego z dnia 26 maja 2008 r. w sprawie interpretacji przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w zakresie dostawy energii elektrycznej, przesłaną pismem z dnia 11 września 2008 r. (znak: SPS-024-2360/08), pragnę przedstawić w porozumieniu z Ministrem Gospodarki następujące stanowisko.

I. Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 552) w art. 1 w zw. z art. 22 pkt 1 wprowadziła zmianę art. 4j ustawy Prawo energetyczne, która ma od dnia 1 lipca 2007 r. zastosowanie również do odbiorców paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwach domowych.

Stosownie do art. 4j ww. ustawy, od dnia 1 lipca 2007 r. odbiorcy paliw gazowych lub energii mają prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy. Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika, że obecnie wszyscy odbiorcy energii mają niczym nie ograniczone prawo wyboru sprzedawcy energii spośród funkcjonujących na rynku podmiotów zajmujących się sprzedażą tej energii na zasadach konkurencyjnych. Na skutek zmian w prawie energetycznym należy przyjąć, iż ustała przeszkoda techniczna o obiektywnym charakterze, uzasadniająca stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do

udzielania zamówień publicznych i zamawiający powinni przy udzielaniu zamówienia na dostawę energii elektrycznej stosować regulacje dotyczące konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych. Tym samym, co do zasady brak jest obecnie podstaw do udzielenia zamówienia na dostawę energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy.

Oceny, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej przy braku zaistnienia przewidzianych w art. 67 ust. 1 ustawy przesłanek dopuszczalności zastosowania tego trybu, dokonuje się wyłącznie w odniesieniu do określonego zamawiającego oraz w konkretnych okolicznościach faktycznych. Zasadniczo powyższe ustalenia mogą stanowić przedmiot postępowania wyjaśniającego albo kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jeżeli zostałyby stwierdzone naruszenia, to w przypadku jednostek samorządu terytorialnego (gmin) Prezes Urzędu może zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, samodzielnie wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej lub wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy. Należy jednakże podkreślić, iż ostateczne ustalenie podstaw odpowiedzialności kierownika zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych należy do właściwej komisji orzekającej a stwierdzenie nieważności umowy może nastąpić wyłącznie na podstawie prawomocnego wyroku właściwego sądu. Z uwagi na fakt, iż jednostki sektora finansów publicznych, w tym również jednostki samorządu terytorialnego zostały wymienione w katalogu podmiotów, na które Prezes Urzędu nie może nałożyć kary pieniężnej (por. art. 199 ustawy Prawo zamówień publicznych – przepisów odnoszących się do nakładania kar pieniężnych nie stosuje się do zamawiających m.in. o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy), nie jest dopuszczalne ukaranie karą pieniężną gminy z powodu udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania tego trybu.

II. W art. 5 ust. 3 i 4 ustawy Prawo energetyczne przewidziana została możliwość zawarcia przez sprzedawcę na rzecz i w imieniu odbiorcy końcowego z przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się przesyłaniem lub dystrybucją energii tzw. umowy kompleksowej, która zawiera postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. Wskazać należy, iż o ile istnieje w takiej sytuacji możliwość wyboru sprzedawcy energii, to brak jest możliwości wyboru przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się świadczeniem usług dystrybucji lub przesyłu energii elektrycznej, ponieważ przedsiębiorstwa te nadal działają w obszarze monopolu naturalnego. W takiej sytuacji, podmioty objęte obowiązkiem udzielania zamówień

publicznych na dostarczanie energii elektrycznej od dnia 1 lipca 2007 r. mają następujące możliwości:

- 1) dokonanie wyboru przedsiębiorstwa zajmującego się obrotem energią elektryczną z zastosowaniem podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, a następnie udzielenie zamówienia z wolnej ręki na usługę dystrybucji lub przesyłu energii elektrycznej;
- 2) udzielenie przedsiębiorstwu obrotu na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia na usługę kompleksową w rozumieniu art. 3 pkt 30 ustawy Prawo energetyczne, realizowaną na podstawie umowy kompleksowej, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne.

Zasadniczo wydaje się, iż w przypadku udzielania zamówień na usługi kompleksowe zamawiający są zobligowani do stosowania konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych. Wydaje się bowiem, iż wartość dostawy energii elektrycznej z reguły przekracza wartość usług przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej. Jedynie w przypadku jeżeli stosownie do art. 6 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wartościowy udział usługi dystrybucji lub przesyłu energii elektrycznej w udzielanym zamówieniu na usługę kompleksową w rozumieniu art. 3 pkt 30 ustawy Prawo energetyczne byłby większy od wartościowego udziału dostawy tej energii, zamawiający byłiby uprawnieni do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki.

III. W odpowiedzi na kolejne pytanie należy rozważyć dwie sytuacje. Pierwsza sytuacja dotyczy zawarcia umowy bez określenia sposobu zmiany cen dostarczanej energii elektrycznej. Druga sytuacja odnosi się do zastosowania taryfy w celu ustalenia wynagrodzenia dostawcy energii elektrycznej.

W świetle przepisów Kodeksu cywilnego strony posiadają swobodę wprowadzania zmian do umów. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych są przepisami szczególnymi w stosunku do Kodeksu cywilnego i dopuszczają możliwość dokonywania zmian umowy o zamówienie publiczne tylko i wyłącznie w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.

Cytowany przepis gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zapewnia pewność i stabilność systemu zamówień publicznych.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy dopuszcza możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy gdy spełniona zostanie jedna z następujących przesłanek:

- zmiany te są korzystne dla zamawiającego.
- konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy;

Samoistną przesłanką uzasadniającą wprowadzenie zmian do umowy jest fakt, iż zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana treści umowy polegająca na podwyższeniu ceny za dostawę energii nie jest korzystna dla zamawiającego, gdyż prowadzi do zwiększenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Tym samym, ocena dopuszczalności dokonywania zmian umowy w związku ze zmianą stawek za dostawę energii elektrycznej powinna zostać dokonana w oparciu o drugą z przesłanek, wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą uzasadnione są zmiany treści umowy o zamówienie publiczne, jeżeli konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Co do zasady konieczność dokonania zmiany ceny energii elektrycznej w związku ze zmianami taryf obowiązujących na rynku energii elektrycznej nie jest trudna do przewidzenia w chwili zawierania długoterminowej umowy o zamówienie publiczne. W związku z powyższym zmiana umowy, w której nie określono sposobu zmiany cen dostarczanej energii elektrycznej, zasadniczo nie jest dopuszczalna na gruncie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, z wyjątkiem nadzwyczajnej zmiany okoliczności.

Wydaje się jednak, że sytuacja taka, tj. zawarcie umowy na czas nieoznaczony i nieprzewidzenie w niej mechanizmu zmiany ceny energii elektrycznej, w szczególności poprzez ustalenie, iż będzie ona określana na podstawie taryf, występowała sporadycznie. Zasadniczo opłaty za dostarczanie zamawiającym energii elektrycznej ustalane były na podstawie taryf. W związku z tym w przypadku zmiany taryf (zatwierdzanych dotychczas przez Prezesa URE) zmianie ulegała również cena za dostarczaną energię elektryczną. Wydaje się, iż ten mechanizm może być stosowany również aktualnie, kiedy zatwierdzanie taryf przez Prezesa URE zostało zastąpione przez samodzielne określanie taryf przez dostawców energii elektrycznej, z możliwością cofnięcia przez Prezesa URE obowiązywania tych taryf w określonych przypadkach.

W tym miejscu należy zwrócić również uwagę, iż w wyroku z dnia 5 października 2006 r. (sygn. akt IV CSK 153/06) Sąd Najwyższy stwierdził, iż zawarcie umowy o dostawę (sprzedaż) energii cieplnej w trybie zamówień publicznych nie wyłącza możliwości jej zmiany w zakresie ceny i stawek opłat w razie późniejszego zatwierdzenia taryfy zawierającej

wyższe stawki od umówionych. Nie zawsze bowiem modyfikacja umowy o zamówienie publiczne wywołana zmianą taryfy (wzorca) koliduje z zakazem, określonym w art. 76 nieobowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.), którego odpowiednikiem jest art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych¹.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, iż dopuszczalne jest stosowanie zatwierdzonej taryfy do rozliczeń między stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Przemawia za tym treść art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz art. 45 i 47 ustawy Prawo energetyczne. Zdaniem Sądu najwyższego nie dochodzi do merytorycznej kolizji między art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych) a ww. przepisami ustawy Prawo energetyczne, które narzucają władczą ingerencję organów publicznych państwa w treść i skutki umowy cywilnoprawnej między podmiotami prawa prywatnego. Przepisy art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych oraz art. 45 i 47 ustawy Prawo energetyczne nie są względem siebie przepisami szczegółowymi i ogólnymi, ponieważ ich hipotezy pokrywają się tylko częściowo. W omawianej sytuacji występuje więc bardziej skomplikowany przykład kolizji niedającej się rozwiązać według prostych reguł wyłączenia. Moc wiążącą kolizyjnych przepisów należy w takim wypadku określić przy użyciu wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Zaznaczyć należy, iż Prawo energetyczne reguluje jeden z ważniejszych segmentów życia gospodarczego i społecznego, wiążący się z wykorzystaniem energii, będącej w pewnych warunkach dobrem niezastępowalnym. Celem ustawy Prawo energetyczne jest tworzenie warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii. Ustawa o zamówieniach publicznych miała mniejszy zakres podmiotowy i przedmiotowy choć regulowała ważną społecznie i ekonomicznie kwestię racjonalnego i przejrzystego wydatkowania środków publicznych oraz zachowania konkurencyjności. Przepis art. 76 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych) chronią procedury zamówień publicznych przed zagrożeniami wynikającymi ze zmowy lub wykorzystania środków prawnych w celu eliminacji konkurentów oraz osiągnięcia nieuprawnionych korzyści. Ochrona tych wartości, istotna również w zobowiązaniach

¹ R. Szostak. Głosa do wyroku SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 153/06. Orzecznictwo Sądów Polskich 2007/10/120.

ciągłych, musi uwzględniać ponadto zmienność zjawisk gospodarczych uwzględnianą przez Prawo energetyczne. W dziedzinie energetyki znajomość ich przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, wynikająca z działalności orzeczniczej (decyzyjnej), stanowi dostateczną gwarancję, że zmiany umowy zawartej w trybie zamówień publicznych dotyczące ceny i stawek opłat będą oceniane przy uwzględnieniu również danych z oferty będącej podstawą udzielenia zamówienia. Dlatego zawarcie umowy w trybie zamówienia publicznego nie wyklucza późniejszej zmiany umowy ze względu na zatwierdzenie taryfy.

IV. Zgodnie z harmonogramem prac legislacyjnych Komitetu Europejskiego Rady Ministrów na 2009 r. planuje się znowelizować ustawę Prawo zamówień publicznych w I półroczu 2009 r. w związku ze zmianą ustawy mającą na celu wdrożenie dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. Przy okazji tej nowelizacji planuje się również rozważenie konieczności dokonania zmian odnoszących się do kwestii udzielania zamówień publicznych na dostawy energii elektrycznej. Niemniej należy zwrócić uwagę, iż postulowane zmiany mają ścisły związek z przepisami Prawa energetycznego co będzie należało uwzględnić w ramach planowanych zmian legislacyjnych.