

Część I

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Skutki nowelizacji ustawy Pzp z 12 października 2012

mgr inż. Andrzej Warwas

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wprowadziła między innymi istotne zmiany dotyczące udzielania zamówień na roboty budowlane.

Do art. 2 ustawy Pzp wprowadzono bowiem nowe definicje kluczowych dla przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pojęć, a mianowicie obiektu budowlanego i robót budowlanych.

Zgodnie z punktem 5d ww. artykułu wprowadzono nową definicję pojęcia **obiekt budowlany**, które oznacza „(...) wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną”.

Dotychczas pojęcie obiektu budowlanego w ustawie Pzp nie było zdefiniowane, gdyż zgodnie z podaną definicją robót budowlanych pojęcie to należało rozumieć i definiować zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane.

W omawianej nowelizacji ustawy Pzp zmianie uległa definicja **robót budowlanych**, którą ilustruje przedstawione dalej zestawienie.

Wg obowiązującej ustawy Pzp	Wg ustawy o zmianie ustawy Pzp
<p>Roboty budowlane oznaczają:</p> <ul style="list-style-type: none"> – wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także – realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego; 	<p>Roboty budowlane oznaczają:</p> <ul style="list-style-type: none"> – wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c, lub obiektu budowlanego, a także – realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

W konsekwencji powyższych regulacji w nowym art. 2c zobowiązano Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia wykazu robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 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, oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Przedmiotowe rozporządzenie zostało opublikowane w Dz.U. z dnia 7 grudnia 2012 r. poz. 1372 i wejdzie w życie razem z nowelizacją ustawy, tj. 20 lutego 2013 r.

Wprowadzenie ww. regulacji prawnych, zgodnie z uzasadnieniem, zarówno do samej ustawy, jak i rozporządzenia, ma zapewnić precyzyjne oraz spójne z postanowieniami dyrektyw unijnych, dotyczących zamówień publicznych, określenie zakresów pojęć obiekt budowlany oraz roboty budowlane, które pozwoli na uniknięcie rozbieżności interpretacyjnych

między przepisami polskiego i unijnego prawa, co jest szczególnie istotne m.in. z uwagi na odmienne wysokości kwot wartości zamówień dla robót budowlanych albo usług, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Z treści nowych przepisów ustawy oraz uzasadnienia wynika zatem, że intencją ustawodawcy było odejście od definiowania pojęcia obiekt budowlany i roboty budowlane na podstawie polskiego prawa budowlanego i doprowadzenie do pełnej zgodności naszych krajowych regulacji z treścią dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, poprzez przeniesienie wprost zapisów dyrektywy do ustawy Pzp oraz do ww. rozporządzenia dotyczącego wykazu robót budowlanych.

Było to z pewnością wynikiem bardzo burzliwej dyskusji, która została wywołana zaprezentowaną przez Urząd Zamówień Publicznych na stronie internetowej opinią prawną „Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym”.

W opinii tej stwierdzono bowiem między innymi, że:

- pomocną (a nie decydującą) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia może być definicja robót budowlanych zawarta w ustawie Pzp,
- dopuszczalne jest udzielanie zamówień oddzielnie dla każdego obiektu budowlanego, jednak z zastrzeżeniem art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE oraz art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE,
- nie jest wystarczającym oparcie się przy wykładni pojęcia „obiekt budowlany” wyłącznie na przepisach prawa krajowego,
- interpretacja zasad obowiązujących w związku z udzielaniem zamówień na roboty budowlane wymaga przede wszystkim uwzględnienia ich wspólnotowego źródła, albowiem pojęcia prawa UE podlegają wykładni autonomicznej.

Zaprezentowane w opinii stanowisko odnośnie udzielania zamówień na roboty budowlane oznacza zatem, że Urząd Zamówień Publicznym uznał,

że dotychczasowe regulacje zawarte w ustawie, dotyczące definiowania i określania pojęcia robót budowlanych jako jednego z rodzajów zamówień publicznych, nie jest w pełni zgodne z dyrektywami.

W konsekwencji podjęto decyzję o zmianach w ustawie polegających na wprowadzeniu zapisów zawartych w dyrektywie (choć nie dosłownie), pomimo szeregu protestów zgłaszanych na etapie prac legislacyjnych.

Nowe przepisy ustawy, jak również wspomniane wcześniej rozporządzenie, w istotny sposób zmieniają zasady podejścia do udzielania zamówień na roboty budowlane, w szczególności na etapie przygotowania postępowania, w tym w odniesieniu do określenia przedmiotu zamówienia, jego opisu oraz określania wartości.

Dotychczas bowiem, zgodnie z ustawą, **roboty budowlane** należy rozumieć jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Przepisy prawa budowlanego, do których odsyła ustawa Pzp przed nowelizacją, stanowią iż roboty budowlane, to:

- budowa, czyli wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, oraz odbudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektu budowlanego, a także prace polegające na:
 - przebudowie obiektu budowlanego,
 - montażu,
 - remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Obiektem budowlanym – w myśl prawa budowlanego – jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, a także obiekt małej architektury.

Z powyższego wynika, że roboty budowlane – zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo budowlane – zawsze są związane z wykonywaniem prac na konkretnym obiekcie budowlanym, usytuowanym w określonym miejscu, co powinno być brane pod uwagę przy ustaleniach, co jest zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy Pzp, a co częścią

zamówienia, gdy przedmiotem zamówienia są roboty o podobnym charakterze wykonywane na różnych obiektach lub roboty zróżnicowane, tj. różne branżowo, wykonywane są na tym samym obiekcie.

Dotychczas obowiązujące definicje wskazywały zatem, że:

- wykonywanie robót (nawet identycznych) na różnych obiektach stanowi odrębne przedmioty zamówienia, które mogą, ale nie muszą być w wyniku połączenia objęte jednym postępowaniem,
- wykonywanie robót związanych z budową, przebudową lub remontem określonego obiektu budowlanego, niezależnie od złożoności i zakresu robót, stanowi przedmiot zamówienia, które powinno być objęte jednym postępowaniem, a zlecenie różnych rodzajów robót – specjalistycznych oddzielnie – stanowi podział zamówienia, o którym mowa w art. 32 ustawy Pzp.

Wyżej przedstawione zasady w świetle nowych definicji robót budowlanych nie będą jednak mogły być dalej stosowane i nie ulega wątpliwości, iż konieczne będzie wypracowanie – na podstawie opinii UZP i orzecznictwa KIO – zasad postępowania przy określaniu przedmiotu zamówienia uwzględniających problem dzielenia zamówienia na części.

Powyższy problem wynika z faktu, że wg nowych przepisów – w definicji robót budowlanych wprowadzono bardzo wyraźny podział na wykonanie robót budowlanych, określonych we wspomnianym rozporządzeniu Prezesa RM z 3 grudnia 2012 r., i na wykonanie obiektu budowlanego.

Na dzień dzisiejszy należy uznać, w świetle nowych przepisów, że tylko w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie obiektu budowlanego, można przyjmować i stosować przy przygotowaniu i prowadzeniu postępowania dotychczasowe zasady, gdyż nowa definicja obiektu budowlanego zawarta w nowelizacji ustawy Pzp jest w zasadzie zbieżna z definicją obiektu budowlanego z ustawy Prawo budowlane, pomimo wcześniej opisanego stanowiska UZP o konieczności innego rozumienia tego pojęcia na gruncie dyrektywy oraz ustawy Prawo budowlane. Wykonanie obiektu budowlanego zarówno w rozumieniu ustawy Pzp, jak i ustawy Prawo budowlane, oznacza bowiem powstanie nowego obiektu, który może spełniać samodzielnie funkcję gospodarczą lub techniczną i obejmuje wykonanie całości prac, zaliczanych zgodnie

z klasyfikacją działalności gospodarczej do budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej.

Poważne wątpliwości pojawiają się, gdy przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie obiektu budowlanego, lecz odbudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektu budowlanego, które są kwalifikowane na podstawie prawa budowlanego jako budowa.

W związku z brzmieniem definicji, wprowadzonych w ramach nowelizacji ustawy Pzp, wykonanie robót budowlanych oznacza wykonanie tylko tych robót, które zostały określone w wykazie stanowiącym załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 3 grudnia 2012 r.

Z nowych regulacji ustawy Pzp wynika zatem, że określenie „wykonanie robót budowlanych” nie jest tożsame z „wykonaniem robót budowlanych” w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. W konsekwencji może to prowadzić do sytuacji, gdy zgodnie ze nowelizowaną ustawą Pzp, przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane, gdyż są wymienione w załączniku do ww. rozporządzenia, a nie będą robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Mogą wystąpić również przypadki odwrotne, tj. zgodnie z prawem budowlanym – przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane, a na podstawie wykazu robót budowlanych nie będzie ich można zaliczyć do robót budowlanych w rozumieniu ustawy Pzp.

W konsekwencji, tego rodzaju rozbieżności oznaczają problemy związane z opisem przedmiotu zamówienia oraz określeniem wartości zamówienia publicznego.

Należy bowiem przypomnieć, że w obowiązującej ustawie są określone przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalenia jego wartości, które są właściwe dla definicji obiektu budowlanego oraz robót budowlanych zawartych w ustawie Prawo budowlane, a mianowicie:

- obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia – za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,

- obowiązek ustalenia wartości zamówienia – na podstawie kosztorysu inwestorskiego, sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej, albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, oraz planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

W ustawie pozostały ww. regulacje, zawarte odpowiednio w art. 31 i art. 33, w których jest mowa o robotach budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Z przebiegu prac legislacyjnych oraz uzyskanych informacji wynika, że nie było to świadome i zamierzone działanie, ale wynika z przeoczenia, co nie zmienia jednak faktu, że rodzi określone skutki prawne.

Szczegółowe ich omówienie, jak również analiza rozporządzenia w sprawie wykazu robót budowlanych zostanie przedstawiona w kolejnym numerze Zeszytu.