

Poznań, dnia 29 stycznia 2019 r.

**Szanowny Pan Minister**

Mariusz Haładyj

Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii

**Szanowny Panie Ministrze,**

W związku z toczącym się procesem legislacyjnym dotyczącym **projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (numer z wykazu prac legislacyjnych UD472)**, Kancelaria Radców Prawnych Zygmunt Jerzmanowski i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Opiniujący”), wpisana do rejestru podmiotów wykonujących zawodową działalność lobbingsową pod numerem 00368 (sygn. akt DAP-WAR-0234-16/2016), działając na rzecz Stowarzyszenia Wodociągi Wielkopolskie z siedzibą w Lesznie (KRS: 0000143798), niniejszym zgłasza następującą uwagę do projektu.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 opublikowanego projektu ustawy Prawo zamówień publicznych, działalnością sektorową w zakresie gospodarki wodnej jest:

- 1) udostępnianie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej;
- 2) dostarczanie wody pitnej do sieci, o których mowa w pkt 1, chyba że:
  - a) produkcja wody pitnej przez zamawiającego sektorowego, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, jest niezbędna do prowadzenia działalności innej niż określona w ust. 1-4, oraz
  - b) dostarczanie wody pitnej do sieci uzależnione jest wyłącznie od własnego zużycia zamawiającego i w okresie ostatnich 3 lat łącznie z rokiem, w którym udziela się zamówienia, nie przekracza 30% wielkości jego łącznej produkcji;
- 3) związane z działalnością, o której mowa w pkt 1 i 2, działania w zakresie:
  - a) projektów dotyczących inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20% łącznej ilości wody dostępnej dzięki tym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym,
  - b) odprowadzania lub oczyszczania ścieków.

Pragniemy zwrócić uwagę, iż w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, w polskim systemie prawnym dokonano zmiany definicji legalnej pojęcia „ścieki”.

Z definicji tej (zawartej nie tylko w art. 16 pkt 61 przywołanej ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, ale również w art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz art. 3 pkt 38 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska) wyłączono wody opadowe lub roztopowe.

Jednocześnie w art. 16 pkt 69 Prawa wodnego ustawodawca wprowadził odrębną definicję tego typu substancji wskazując, iż za wody opadowe lub roztopowe, uznawać należy wody będące skutkiem opadów atmosferycznych.

Przytoczone zmiany definicyjne nie doprowadziły jednak do zmian w aktualnie obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w szczególności w art. 132 przywołanej ustawy, definiującym działalność sektorową.

W rezultacie powstały bardzo poważne wątpliwości dotyczące właściwych zasad udzielania zamówień związanych z działalnością polegającą na eksploatacji i utrzymaniu sieci kanalizacji stricte deszczowych tj. służących wyłącznie do odprowadzania opadów atmosferycznych, przez przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjne, które taką działalność prowadzą obok działalności z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

Skoro bowiem działalność z zakresu odprowadzania wód opadowych lub roztopowych jest formalnie odrębną działalnością, wyłączoną spod reżimu ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, to wykładnia systemowa nakazywałaby uznać zamówienia związane z tą działalnością także za wyłączone z zakresu zamówień sektorowych. To zaś nakazywałoby stosować do udzielania przedmiotowych zamówień zasady ogólne ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednakże wykładnia logiczna i celowościowa przemawia za przyjęciem przeciwnej koncepcji.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż w przypadku przedsiębiorstw wodociągowo – kanalizacyjnych, ze względu na specyfikę ich działania w przypadku kiedy z jednej strony obsługują sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej z drugiej zaś sieci kanalizacji stricte deszczowej, przeważająca część zamówień służy równocześnie wykonywaniu obu wymienionym rodzajom działalności i nie sposób ich rozdzielić.

Dla przykładu dokonując zakupu samochodu specjalistycznego do czyszczenia kanalizacji, narzędzi dla służb sieciowych, wyposażenia biurowego, systemu komputerowego czy choćby zlecając usługi telekomunikacyjne, prawne czy księgowe, przedsiębiorstwo dokonuje tych zamówień wspólnie dla obu rodzajów działalności.

W rzeczywistości działalność z zakresu zbiorowego odprowadzania ścieków i działalność polegająca na eksploatacji zbiorowych systemów kanalizacji deszczowej, tylko od strony formalnej stanowią dwie różne działalności. W praktyce zakres przedmiotowy działań składających się na wykonywanie obu tych działalności jest tożsamy.

Także Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi w szeregu interpretacji potwierdził, iż również aktualnie (tj. po wejściu w życie opisanych wyżej zmian definicyjnych) usługi odprowadzania wód opadowych lub roztopowych grupowane są jako usługi o symbolu PKWiU 37.00.11., czyli usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków.

W tym stanie rzeczy, wydaje się uzasadnione i konieczne takie ukształtowanie rozumienia pojęcie ścieki na gruncie procedowanej nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, które pozwoli uniknąć analizowanych problemów interpretacyjnych, nie doprowadzając do sytuacji, w której znaczna część przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjnych mogłaby być de facto pozbawiona możliwości stosowania zamówień sektorowych, a to ze względu na równoległą obsługę systemów służących do odprowadzania wód opadowych lub roztopowych. W naszej ocenie najwłaściwszym sposobem uniknięcia zarysowanych problemów byłoby wyraźne wskazanie, iż na potrzeby ustawy Prawo zamówień publicznych za ścieki uznaje się także wody opadowe lub roztopowe w rozumieniu art. 16 pkt 69 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne.

Zabieg taki realizowałby również założenia prawodawcy wspólnotowego stanowiące podstawę przyjęcia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.), gdzie brak jest zawężającej definicji ścieków.

Warto zwrócić uwagę, iż artykuł 10 przedmiotowej Dyrektywy przewiduje, iż znajduje ona zastosowanie do zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności związanej z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków. Ze względu na użycie spójnika „lub” nie ma wątpliwości, iż za działalność sektorową prawodawca unijny uznaje także działalność, która swym zakresem (tak jak w przypadku wód opadowych lub roztopowych) nie obejmuje oczyszczania a samo odprowadzanie substancji. To zaś wskazuje również, iż nieprawidłowe byłoby stosowanie zawężającej wykładni pojęcia „ścieki” zawartego w analizowanej Dyrektywie. Co więcej w pkt 24 wstępu do dyrektywy czytamy wprost, iż *podmioty*

*zamawiające, które prowadzą działalność w sektorze wody pitnej, mogą być również zaangażowane w inne działania związane z wodą, takie jak projekty z zakresu inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji albo odprowadzania i oczyszczania ścieków. W takim przypadku podmioty zamawiające powinny mieć możliwość stosowania procedur udzielania zamówień przewidzianych w niniejszej dyrektywie w odniesieniu do wszystkich rodzajów swojej działalności związanych z wodą, niezależnie od tego, której części cyklu wodnego to dotyczy.*

Reasumując, w celu uniknięcia nieuzasadnionego zawężenia możliwości stosowania zamówień sektorowych przez przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjne eksploatujące równocześnie sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej i sieci kanalizacji stricte deszczowej, konieczne jest wyraźne włączenie do zakresu pojęcia „ścieki” użytego w art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. „b” projektu ustawy Prawo zamówień publicznych wód opadowych lub roztopowych. Zabieg taki pozwoli również uczynić zadość założeniom stanowiącym podstawę przyjęcia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r., którym prawodawca unijny dał wyraz w szczególności w pkt 24 wstępu do Dyrektywy.

RADCA PRAWNY  
*Zygmunt Jerzmanowski*  
Zygmunt Jerzmanowski