



Kiedy prace w wyrobisku górnictwa należy uznać za roboty budowlane w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych

When the work in a mining excavation should be considered as construction works according to Public procurement regulations

Dr Włodzimierz Dzierżanowski*)

Treść: Ustawa Prawo zamówień publicznych wdrażająca dyrektywy UE dotyczące udzielania zamówień w górnictwie zobowiązuje zamawiających do stosowania zawartych w niej procedur, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi przekracza kwoty ustalone w dyrektywach. Kwoty te dla dostaw i usług to 443 000 euro, zaś dla robót budowlanych 5 448 000 euro. Roboty górnicze, w rozumieniu ustawy Prawo geologiczne i górnicze nie stanowią robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, są jednak nabywane, jako roboty budowlane w znaczeniu tego pojęcia ustalonym w Prawie zamówień publicznych. Ta autonomia pojęciowa sprawia, że obowiązek stosowania procedur przetargowych do wyłaniania wykonawcy robót powstaje przy znacznie wyższych wartościach zamówienia.

Abstract: The Public Procurement Act, implementing EU directives on the award of contracts in mining, obliges Contracting Authorities to apply their procedures when the value of works, supply or service contracts exceeds the amounts set in the directives. These amounts for supplies and services are 443 000 eur, and for construction works 5 448 000 eur. Mining work, within the meaning of the Geological and Mining Law, are not construction works according to the Polish Construction Law. According to the Public Procurement Act, mining works are construction works. A special definition in PPL makes that obligation to use tender procedures to select contractors arise at much higher order values.

Słowa kluczowe:

roboty górnicze, Wspólny Słownik Zamówień, główny przedmiot zamówienia

Keywords:

mining works, Common Procurement Vocabulary, main subject of contract

1. Wprowadzenie

Zamówienia sektorowe to zamówienia publiczne, których celem ich udzielenia jest wykonywanie, co najmniej jednej z działalności wymienionej art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa ... 2004). Należy do nich m.in. poszukiwanie i wydobywanie węgla kamiennego i brunatnego. Ustawa nie daje wskazówki interpretacyjnej dotyczącej rozumienia pojęcia „celu”, w jakim udzielane jest zamówienie. Wykładnia tego pojęcia powinna następować w sposób dynamiczny, z pierwszeństwem wykładni funkcjonalnej przed gramatyczną (Dzierżanowski i in. 2016). Bez wątpienia w jego zakresie mieści się wykonywanie robót górniczych polegających na drażeniu wyrobisk, zabezpieczeniu kopalni, zamówienia, których przedmiotem jest wyposażenie zakładów górniczych w instalacje i urządzenia służące wydobyciu węgla, przeróbce węgla, remonty i utrzymanie maszyn i urządzeń, utrzymywanie kopalni w ruchu.

Zamawiający, wykonujący działalność polegającą na poszukiwaniu i wydobyciu węgla kamiennego i brunatnego zobowiązani są do stosowania ustawy tylko wtedy, gdy udzielają zamówienia w celu wykonywania tej działalności, a wartość tego zamówienia przekracza progi określone w przepisach rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Obecnie, od 1 stycznia 2018 wynoszą one 443 000 euro dla dostaw i usług oraz 5 448 000 euro dla robót budowlanych. Progi, do których odsyła art. 133 ustawy Pzp

wyznaczają minimalną wartość zamówienia zobowiązującą do stosowania ustawy, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienia sektorowe o wartości niższej nie będą w ogóle podlegać reżimowi ustawy.

2. Nabywanie zamówień na roboty górnicze

Ze względu na ponad 10 - krotną różnicę w wysokości kwoty zobowiązującej do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy nabywaniu robót budowlanych w stosunku do dostaw lub usług, szczególnego znaczenia nabiera prawidłowa kwalifikacja zamówienia.

Trudności następcza przede wszystkim kwalifikowanie zamówień niejednorodnych. Jeśli w zakres zamówienia wchodzi wiele różnych świadczeń – np. sporządzenie projektu budowlanego i projektów wykonawczych oraz wykonanie robót zakładu górniczego, ale także obiektów towarzyszących – np. dróg technologicznych, kupno lub dzierżawa oraz zabudowa maszyn i urządzeń wchodzących w skład układu wydobycia, usługi utrzymania urządzeń i zabezpieczenia należytego stanu obiektu. Nieprawidłowe ustalenie, że takie kompleksowe zamówienie stanowi robotę budowlaną, może przesądzić o niezastosowaniu przepisów ustawy Pzp i prowadzić tym samym do unieważnienia umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. ze względu na pominięcie stosowania właściwych przepisów ustawy do udzielenia zamówienia.

*) Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego, Warszawa

Rozpoznając zakres znaczenia pojęcia „robót budowlanych” konieczna jest ocena przepisów trzech ustaw:

1. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (*Ustawa ... 2004*),
2. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (*Ustawa ... 1994*),
3. ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze. (*Ustawa ... 2011*).

W art. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017. 1332) ustawodawca wskazał, iż normuje ono sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych. Natomiast w przepisie art. 2 tej ustawy wprost wyłączono stosowanie jej przepisów do wyrobisk górniczych, postanawiając jednocześnie, iż przepisy ustawy nie naruszają odrębnych przepisów, a w szczególności prawa geologicznego i górniczego w odniesieniu do obiektów budowlanych zakładów górniczych. Artykuł 3 powołanej ustawy prawo budowlane podaje m.in. definicję obiektu budowlanego oraz robót budowlanych wskazując, że należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7). Podaje też definicję terenu zamkniętego, którym jest m.in. teren bezpośredniego wydobywania kopaliny ze złóż będący w dyspozycji zakładu górniczego.

Z kolei art. 106 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze stanowi, że przepisy prawa budowlanego stosuje się do projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych zakładu górniczego. Natomiast obiektami budowlanymi zakładu górniczego są obiekty budowlane w rozumieniu prawa budowlanego zlokalizowane podziemnym wyrobiskiem, służące do bezpośredniego wydobywania kopaliny ze złoża. Z powołanych przepisów jasno wynika, że prawo budowlane ma zastosowania tylko do obiektów budowlanych zakładu górniczego zlokalizowanych na powierzchni. Zatem definicje ustawowe zamieszczone w prawie budowlanym mogą się odnosić jedynie do robót w tych zakładach. Nie będą więc właściwe do prac wykonywanych pod ziemią. Zastosowanie znajdzie natomiast pojęcie roboty górniczej, którą jest m.in. wykonywanie, zabezpieczanie utrzymywanie, lub likwidowanie wyrobisk górniczych (art. 6 pkt 12 Prawa geologicznego i górniczego). Aby ustalić, czy robota górnicza będzie stanowiła robotę budowlaną w rozumieniu ustawy Pzp konieczne jest sięgnięcie do autonomicznej definicji zawartej w tej ustawie.

Definicja robót budowlanych w ustawie Pzp obejmuje trzy procesy: wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c tej ustawy lub obiektu budowlanego, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego w ramach jednego procesu inwestycyjnego, zlecenie jednemu wykonawcy oraz realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Kluczowe dla definicji jest odesłanie do przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 2c. (*Rozporządzenie ... 2016*) Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych w załączniku zawiera tabelę stanowiącą wykaz czynności kwalifikowanych jako roboty budowlane dla potrzeb zamówień publicznych. Tabela ta jest wiernym odzwierciedleniem załącznika I do dyrektywy 2014/25/UE (*Dyrektywa 2014*).

Zgodnie z tabelą do robót budowlanych należy zaliczyć wykonywanie czynności, które zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 3037/90 z 9.10.1990 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej, tj. NACE, zostały włączone do sekcji F Budownictwo (*Rozporządzenie ... 1990*). Odpowiada jej, co

do zasady, dział 45 rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. (*Rozporządzenie ... 2008*) zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (*Rozporządzenie ... 2008*).

Dział 45 dzieli się na pięć grup, a te dzielą się na kategorie. Dla każdej klasy w tabeli podano komentarz wskazujący na czynności, które dana klasa obejmuje, a które choć powiązane lub zbliżone, są zakwalifikowane do innej klasy bądź wykraczają poza definicję robót budowlanych. Dodatkowo w ostatniej kolumnie znajduje się odwołanie do kodów CPV, które jeszcze bardziej szczegółowo wskazuje czynności objęte daną klasą. Jeżeli więc zamówienie obejmuje wymienione w tabeli czynności, które można opisać za pomocą kodu CPV rozpoczynającego się od cyfr 45, to należy zakwalifikować je jako roboty budowlane.

Definicja robót budowlanych przybrała więc formę listy wraz z opisem czynności, np. „rozbiórka”, „rekultywacja”, „wykonywanie”, „kładzenie” lub bardziej ogólnie „roboty w zakresie”, związanych z przygotowaniem terenu pod budowę. Z jej wykorzystaniem należy zawsze dokonywać weryfikacji, czy planowane czynności odpowiadają czynnościom zawartym w definicji „roboty budowlanej” wg ustawy Pzp, a jeśli nie w pełni to czy planowane do udzielenia przez PGG zamówienie obejmujące swym zakresem wiele czynności, które udzielenie odrębnie mogłyby stanowić zarówno dostawy (wraz z ich montażem), usługi jak też roboty budowlane będzie łącznie mogło być uznane za zamówienie na roboty budowlane. W przypadku zamówień mieszanych, o kwalifikacji zamówienia przesądza tzw. główny przedmiot zamówienia (art. 5c ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym pojęciem *główny przedmiot zamówienia* posłużył się ustawodawca europejski w dyrektywie 2014/25/UE (*Dyrektywa 2014*).

Zarówno w dyrektywach europejskich, jak i w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie została zawarta ogólna definicja terminu *główny przedmiot zamówienia*. Wiadomo jedynie, że pojęcia tego nie można utożsamiać z zakresem świadczenia o największej wartości. Tę cechę można stosować jedynie pomocniczo, z daleko posuniętą ostrożnością. Trzeba bowiem wskazać, iż gdyby ustawodawca chciał, aby ta zasada miała szersze zastosowanie, to takie unormowanie zostałyby wprost zawarte w dyrektywach europejskich, a w konsekwencji także w polskiej ustawie Pzp.

Oznacza to, iż w przypadku pozostałych zamówień mieszanych, do których winno znaleźć zastosowanie kryterium głównego przedmiotu zamówienia, oceny należy dokonywać indywidualnie, uwzględniając konkretne okoliczności danej sprawy.

W sytuacji, w której w ramach jednego przedmiotu zamówienia mamy do czynienia z dostawami i robotami budowlanymi o charakterze montażowo-instalacyjnym, należy rozważyć, czy w danym przypadku chodzi o dostawy gotowych lub prawie gotowych urządzeń i roboty polegające na ich instalacji, czy też chodzi o dokonanie bardziej skomplikowanych prac budowlano-montażowych (demontażowych) mających na celu realizację określonego przedsięwzięcia, w ramach którego dokonywane są dostawy poszczególnych części składających się na całość zamierzenia, które ostatecznie powstaje dopiero na skutek wykonanych prac instalacyjnych.

Zamówieniem będą albo dostawy, albo roboty budowlane, w zależności od tego co stanowi istotę świadczenia – nabycie urządzeń, których instalacja jest wyłącznie czynnością pomocniczą (uzupełniającą), czy też roboty budowlane

polegające na budowie ciągu technologicznego (instalacji), a które zabudowywane są jako jej elementy nabytego wcześniej urządzenia. Możliwe jest też, że czynności instalacyjne nie stanowią robót budowlanych i są wówczas usługami. Wtedy zamówienie będzie zamówieniem na dostawę lub usługę – analogicznie, w zależności od tego czy istotą jest nabycie urządzeń, a montaż ma charakter wtórny, czy też istotą jest osiągnięcie całościowego efektu, w którym to właśnie usługa pozwala go osiągnąć, a dostarczane i montowane urządzenia są jedynie składową całości zamierzenia.

Dokonując kwalifikacji rodzaju zamówienia i przesądzenia czy stanowią one roboty budowlane dla górnictwa, należy w pierwszej kolejności sięgnąć do rozporządzenia CPV i czynności, które są w nim opisane.

Kodem CPV 45254100-3 opisano *roboty budowlane dla górnictwa*, a jego podkategorią są oznaczone kodem 45254110-6 *Roboty budowlane w zakresie nadszybi*. Są to więc roboty budowlane dla górnictwa, a nie górnicze roboty budowlane. Dotyczą budowy obiektów, które górnictwo będzie wykorzystywać. Z kolei kodem 45252150-4 oznaczono *roboty budowlane w zakresie zakładów przerobu węgla*. Te dotyczą jednak prac naziemnych, gdyż tak lokowane są zakłady przerobcze. Wykonywanie typowych robót górniczych w rozumieniu art. 6 pkt 12) prawa geologicznego i górniczego, tj. dotyczących wyrobisk, będzie wg ustawy Pzp robotą budowlaną oznaczaną kodem 45255500-4 jako *roboty wiertnicze i górnicze* (kod 45255500-4).

Wykonywanie, zabezpieczanie, utrzymywanie, lub likwidowanie wyrobisk górniczych będzie więc nabywane w reżimie ustawy Pzp jako robotą budowlaną, czyli począwszy od wartości 5 448 000 euro. Ponieważ wykonywaniu wyrobisk, jako przedmiotowi głównemu towarzyszą czynności pomocnicze – np. transport materiałów, przewietrzanie, odwodnienie, drażnienie wyrobisk przygotowawczych ([Zajac http://...](#)), to także te czynności pomocnicze będą kwalifikowane jako składnik robót budowlanych zgodnie z zasadą przesądzenia o rodzaju zamówienia wg „głównego przedmiotu” (art. 5c ust. 1 stawy Pzp).

Jako roboty budowlane traktowane będą też czynności przygotowawcze do wykonywania robót górniczych, opisane w klasie 45.11 CPV jako roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych, roboty ziemne. W komentarzu do tej klasy CPV wskazano, że obejmuje ona m.in. przygotowanie terenu do robót górniczych, a także zdejmowanie nadkładu oraz inne roboty związane z zagospodarowaniem oraz przygotowaniem terenów złóż. Jednakże, aby za robotę budowlaną uznać przygotowanie terenu do robót górniczych, to oczywistym jest, że po przygotowaniu takiego terenu muszą mieć miejsce roboty górnicze – rozumiane jako wykonywanie, zabezpieczanie, utrzymywanie, lub likwidowanie wyrobisk.

Nie każda czynność, która ma miejsce w wyrobisku będzie jednak robotą górniczą. Nie wymaga szerszej argumentacji, że dostawa materiałów zabezpieczających pracę (np. dostawa pyłu wapiennego przeciwwybuchowego) do wyrobiska nie będzie robotą budowlaną. Podobnie jak szereg innych czynności, które mimo tego, że są dokonywane w wyrobisku są, zgodnie z klasyfikacją rozporządzenia CPV, usługą lub dostawą. Mogą być to *dostawy urządzeń górniczych* (kod CPV 43100000-4) lub objęte kodem CPV 51541000-6 *usługi instalowania maszyn górniczych, kopalnianych*. Zasada, która obowiązuje przy stosowaniu rozporządzenia CPV wymaga, aby przesądzać o tym, którym kodem oznaczyć planowane

zamówienie, wybrać kod najbliższy zakresowi czynności (Jeżeli stopień dokładności CPV okaże się niewystarczający, wówczas instytucje zamawiające powinny znaleźć dział, grupę, klasę lub kategorię, które w najlepszy sposób będą opisywać planowane zamówienie; kod bardziej ogólny można rozpoznać po większej liczbie zer ([Wyjaśnienia ... https:// ...](#)))

3. Podsumowanie

Udzielanie zamówień publicznych w celu wydobycia węgla kamiennego, musi respektować reguły ustawy Pzp, gdy wartość zamówienia przekracza kwoty ustalone przez ustawodawcę unijnego. Niedopuszczalne jest jednak by w celu obejścia przepisów kwalifikować prace w kopalni jako roboty budowlane, gdy winny być one traktowane jako usługa lub dostawa, zobowiązujące do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych od wielokrotnie niższej wartości. Nie ulega jednak wątpliwości, że mimo niejasności prawnych roboty górnicze polegające na wykonywaniu, utrzymaniu lub likwidacji wyrobisk będą traktowane jako roboty budowlane, mimo iż przepisy krajowej ustawy prawo budowlane stanowią odmiennie. Do przesądzenia o rodzaju zamówienia stosuje się bowiem autonomiczne definicje ustawy Pzp, a ta odsyłając do klasyfikacji sporządzonej w oparciu o rozporządzenie UE w sprawie CPV, roboty górnicze klasyfikuje wśród robót budowlanych.

Literatura

- DZIERŻANOWSKI W., JERZYKOWSKI J., STACHOWIAK M. 2018 - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE Dz. U. L 94 z 28 marca 2014 r. s. 243-374.
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U 2016 r. poz. 1125).
- Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 z 9.10.1990 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (Dz. Urz. WE z 1990 r. seria L 293, str. 1).
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (rozporządzenie CPV). Dz. Urz UE z 2008 r. seria L Nr 74/301.
- Ustawa z dnia 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U.2017 r. poz. 1579 ze zm.).
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (tj. Dz.U.2017 r.1332 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz.U.2017 r. poz. 2126).
- Wyjaśnienia służb Komisji Europejskiej znajdujące się na stronach wykorzystywanych do publikacji ogłoszeń w Dz. Urz. UE, <https://simap.ted.europa.eu/pl/web/simap/cpv>.
- ZAJĄC C., Zasady Założenia Kopalni, <http://www.czek.eu/strona%20eksploatacji/strona%20zaszyfrowana/04zasady%20zalozenia%20kopalni.htm>.

Artykuł wpłynął do redakcji – kwiecień 2019
Artykuł akceptowano do druku – 7.07. 2019