

Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień w przedmiocie nabywania, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie

Stosownie do przepisu art. 4 pkt 3 lit. g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, ustawy tej nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie.

Przepis art. 4 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog zamówień, do których udzielenia ustawa Pzp nie ma zastosowania. Odstąpienie od obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp może zatem nastąpić tylko i wyłącznie w okolicznościach wymienionych enumeratywnie w tym przepisie. Przepisy wyłączające obowiązek stosowania ustawy Pzp do udzielania zamówień należą do kategorii szczególnych, gdyż tworzą wyjątek od ogólnej zasady, że podmioty określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp udzielają zamówień publicznych po przeprowadzeniu postępowań w sprawie ich udzielenia zgodnie z przepisami tej ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) w utrwalonym orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych wyraźnie wskazał, że każdy wyjątek od obowiązku stosowania procedur przetargowych należy interpretować ściśle i zawężająco, a podmiot, który się na niego powołuje, musi być w stanie wykazać okoliczności, które uzasadniają jego zastosowanie.

Z uwagi na fakt, iż treść przepisu art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp stanowi implementację postanowienia art. 16 lit. b 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 (Dz. U. UE z 30.4.2004 r. L 134, str. 114), dalej „dyrektywa 2004/18/WE”, przy interpretacji art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp należy mieć na uwadze konieczność zachowania zgodności rozumienia treści tego przepisu z regulacją unijną dotyczącą przedmiotowej materii.

Stosownie do postanowienia art. 16 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, który jest implementowany przez art. 4 pkt 3 lit g i h ustawy Pzp, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi dotyczące nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do transmisji przez nadawców oraz dotyczących czasu transmisji. W myśl motywu 25 preambuły dyrektywy 2004/18/WE udzielanie zamówień na pewne nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym i społecznym, co sprawia, że zasady udzielania zamówień nie mają w tym przypadku zastosowania. Z tych właśnie powodów za wyjątek od stosowania tych zasad należy uznać zamówienia publiczne na usługi w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej, niezbędnymi w produkcji programów oraz zamówienia dotyczące czasu antenowego. Wyłączenie to nie ma jednak zastosowania wobec dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów. Pojęcie „nadawanie” należy przy tym zdefiniować jako transmisję i rozpowszechnianie za pośrednictwem dowolnej sieci elektronicznej.

Ponieważ w myśl omówionego wyżej motywu 25 dyrektywy 2004/18/WE „nadawanie” („transmisja”) powinno być rozumiane jako transmisja i rozpowszechnianie za pośrednictwem dowolnej formy sieci elektronicznej, może obejmować również emisję przy pomocy dynamicznie rozwijającego się obecnie sposobu dystrybucji materiałów programowych, tj. Internetu. Doprecyzowanie w art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp kolejnego rodzaju środka przekazu, za pośrednictwem którego materiały programowe są nadawane, mieści się zatem w zakresie wyłączenia zdefiniowanego w postanowieniu art. 16 lit. b dyrektywy 2004/18/WE i jest związane z postępującym rozwojem technologii internetowych i popularyzacją Internetu jako środka masowego przekazu w Polsce.

Podobnie w literaturze dotyczącej zamówień publicznych w Unii Europejskiej wskazuje się, iż dyrektywa 2004/18/WE dokonuje wyłączenia zamówień dotyczących nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do transmisji przez nadawców oraz zamówień dotyczących czasu transmisji. Dotyczy to zarówno produkcji materiałów audio-wizualnych, takich jak filmy, nagrania video, nagrania dźwiękowe, w tym reklamy, jak również nabywania usług związanych z nabyciem, opracowaniem, produkcją lub koprodukcją programów gotowych do użycia oraz innych usług o charakterze przygotowawczym, jak np. usług dotyczących scenariuszy lub innych rodzajów twórczości artystycznej koniecznych do wyprodukowania programów. Wyłączenie to obejmuje też formy realizowania transmisji, tj. transmisja drogą powietrzną, satelitarną bądź kablową, obecnie definiowana jako wszelkiego rodzaju transmisja i dystrybucja z wykorzystaniem dowolnej formy sieci elektronicznej. Zlecenie produkcji materiałów programowych do celów informacyjnych, szkoleniowych lub reklamowych podlegałoby przepisom dyrektywy, niemniej zostało objęte wyłączeniem w zakresie, w jakim są one związane z działalnością nadawczą organizacji będących instytucjami publicznymi. Wyłączenie to jest uzasadnione kulturalnym i społecznym znaczeniem materiałów programowych. Nie dotyczy natomiast dostaw sprzętu technicznego potrzebnego do produkcji, koprodukcji i transmisji tego rodzaju programów.

Podstawową przesłanką zastosowania przedmiotowego wyłączenia jest kwalifikacja nabywanego, przygotowywanego, produkowanego lub koprodukowanego przedmiotu zamówienia jako „materiału programowego”. Przy ustalaniu znaczenia tego terminu należy posiłkowo odwołać się do przepisu art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm.), który zawiera ustawową definicję m.in. pojęcia „program”. Zgodnie z ww. przepisem „programem” jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie. Przez „audycję” należy natomiast rozumieć ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, zwanym dalej „katalogiem” (art. 4 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji). Z kolei „reklamą” w rozumieniu ww. ustawy jest każdy przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja (art. 4 pkt 17 ustawy o radiofonii i telewizji). Wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp obejmuje zatem m.in. produkcję materiałów programowych, takich jak: programy, audycje, reklamy, które stanowią zazwyczaj: filmy, nagrania video, nagrania dźwiękowe. Ponadto nabycie, opracowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych obejmuje usługi służące przygotowaniu gotowych, nadających się do wyemitowania materiałów programowych oraz innych usług służących do ich przygotowania, w szczególności usługi w zakresie różnego rodzaju twórczości artystycznej koniecznej do powstania tych materiałów. Przedmiotowe wyłączenie nie ma jednak zastosowania do dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania itp. tych programów.

Omawiane wyłączenie dotyczy wyłącznie materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie. Z uwagi na fakt, iż przepisy ustawy o radiofonii i telewizji oraz przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „emisja”, do ustalenia jego znaczenia zasadne jest posiłkowe posłużenie się definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, zgodnie z którą przez „emisję” należy m.in. rozumieć nadawanie programu radiowego lub telewizyjnego, co odpowiada treścią definicji określonej w cytowanym wyżej motywie 25 preambuły dyrektywy 2004/18/WE. Tak rozumianej „emisji” nie mogą realizować dowolne podmioty, lecz wyłącznie dysponujący odpowiednimi możliwościami technicznymi, które pozwalają na emitowanie programu radiowego lub telewizyjnego w sposób umożliwiający jego odbiór w szczególności za pośrednictwem odbiorników radiowych lub telewizyjnych, tj. nadawcy radiowi lub telewizyjni.

Należy mieć na uwadze, iż materiały programowe, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp powinny być przeznaczone do emisji, która jak wskazano wyżej polega na nadawaniu programów radiowych lub

telewizyjnych. Wynika stąd, iż materiały programowe mogą być emitowane wyłącznie przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. Wykładnia ta znajduje potwierdzenie w literalnym brzmieniu postanowienia 16 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, iż objęte przedmiotowym wyłączeniem materiały programowe powinny być przeznaczone do emisji przez nadawców. Wskazuje na to również przywołane powyżej orzeczenie TSUE oraz doktryna. Powyższego nie zmienia fakt, iż materiały programowe mogą być również emitowane w Internecie, ponieważ w każdym przypadku emitentem powinien być nadawca radiowy lub telewizyjny. W konsekwencji przedmiotowe wyłączenie dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy materiał programowy nabywany, przygotowywany, produkowany lub koprodukowany przez zamawiającego (którym może być każdy podmiot wymieniony w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp) jest przeznaczony do emisji przez nadawcę radiowego lub telewizyjnego.

Art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp nie daje podstaw do stwierdzenia, iż brzmienie przepisu upoważnia zamawiających do skorzystania z tego wyłączenia także w przypadku nabycia, produkcji lub koprodukcji materiałów o dowolnej treści lub formie nadających się do zamieszczenia w Internecie nie mających jednak charakteru materiałów programowych w powyżej zaprezentowanym rozumieniu, tj. przeznaczonych do emisji w radiu lub telewizji przez nadawców radiowych lub telewizyjnych. W szczególności, wyłączenie z art. 4 ust. 3 lit. g ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania do udzielania zamówień na przygotowywanie publikacji internetowych przyjmujących formę plików tekstowych, a służących do uaktualniania serwisów informacyjnych, edukacyjnych, publicystycznych czy rozrywkowych, które zamawiający będzie samodzielnie umieszczał w ramach prowadzonego przez siebie portalu internetowego. „Materiał programowy” interpretować należy bowiem w sposób , który ogranicza rozumienie tego pojęcia jedynie do programów mających charakter programów radiowych i telewizyjnych, które emitowane są przez podmioty uprawnione do ich rozpowszechniania (nadawców). Ustawodawca krajowy wziął zatem pod uwagę fakt, że emisja materiałów programowych odbywa się coraz bardziej popularnym i powszechnie dostępnym kanałem dystrybucyjnym, jakim jest Internet, za pośrednictwem kanałów telewizji internetowej i radia on-line.

Przepis art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp nie będzie miał zatem zastosowania do nabywania dowolnego materiału nadającego się do upowszechnienia za pośrednictwem Internetu, w tym takiego, który zamawiający będzie mógł samodzielnie opublikować albo wyemitować np. za pośrednictwem własnej strony internetowej tudzież w swoim serwisie internetowym. Konieczność stosowania prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego nie pozwala, aby z definicji nadawania jako transmisji za pośrednictwem dowolnej formy sieci elektronicznej, wyciągać wniosek o zastosowaniu przepisów ustawy do szerokiego otwarcia na wszelkie materiały publikowane w sieci przez jakiegokolwiek podmioty. Zgodnie z przywołaną powyżej wykładnią, wyłączeniem stosowania przepisów ustawy mogą być objęte tylko te materiały programowe, których emisja następuje za pośrednictwem podmiotów uprawnionych do ich nadawania, tj. nadawców radiowych lub telewizyjnych. Jednocześnie, należy wskazać, że dla objęcia zakresem cytowanego przepisu niezbędne jest aby nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przez określony podmiot miało na celu ich emisję w radiu albo telewizji. Tym samym, powodem nabycia, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiału programowego musi być uzyskanie materiału programowego, który następnie zostanie wyemitowany w radiu, telewizji lub Internecie (w radiu lub telewizji internetowej), a więc udostępnienie określonych treści programowych za pośrednictwem tradycyjnych kanałów dystrybucyjnych, czyli nadawania bezprzewodowego – satelitarnego bądź naziemnego – lub nadawania w sieciach kablowych, jak również udostępniania takich materiałów programowych za pośrednictwem Internetu. Inaczej mówiąc, zamawiający nie nabywałby, czy też nie tworzyłby tego materiału programowego (np. filmu, programu, spotu reklamowego, audycji), gdyby nie był to materiał przeznaczony do wyemitowania w radiu, telewizji albo Internecie. W konsekwencji, jeżeli zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiotem jest nabycie, przygotowanie lub koprodukcja materiałów programowych w innym celu niż emisja w radiu, telewizji lub Internecie za pośrednictwem podmiotów uprawnionych do ich rozpowszechniania, nie będzie powodowało to jego objęcia zakresem wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp. Zamawiający w tej sytuacji będzie obowiązany do stosowania procedur przewidzianych ustawą Pzp. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż przeznaczenie zamawianego materiału programowego ocenia się na dzień udzielenia zamówienia z zastosowaniem

omawianego wyłączenia, a więc późniejsze zdarzenia, w szczególności nie wyemitowanie tego materiału w radiu, telewizji lub Internecie nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości zachowania zamawiającego w zakresie nie zastosowania przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu zamówienia w następstwie powołania się na przepis art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp.

Omawiane zwolnienie ma charakter przedmiotowy, dotyczy bowiem wszystkich podmiotów udzielających zamówień, w zakresie nabycia, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych. W konsekwencji, nie jest wymagane by zamawiający, który udziela zamówienia na nabycie, przygotowanie, produkcję lub koprodukcję materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie, posiadał status nadawcy radiowego, czy telewizyjnego w rozumieniu ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, tj. podmiotu (osoby fizycznej, osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej), która tworzy i zestawia program oraz rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania (art. 4 pkt 5 ustawy o radiofonii i telewizji).

Reasumując:

1. **wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp podlega wykładni zawężającej, zapewniającej efektywność postanowieniom prawa unijnego i może służyć wyłącznie do nabywania, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie;**
2. **przez „materiał programowy” należy rozumieć „program”, „audycję” albo inny materiał audiowizualny przeznaczony do emisji w radiu lub telewizji;**
3. **wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp może być stosowane przez wszystkie kategorie zamawiających;**
4. **zakresem wyłączenia z art. 4 pkt 3 lit. g ustawy Pzp objęte są wyłącznie materiały programowe, które są przeznaczone do emisji w radiu lub telewizji, a więc przeznaczone do emisji wyłącznie przez nadawców radiowych lub telewizyjnych, także w przypadku, gdy emisja taka będzie dokonywana za pośrednictwem Internetu.**

wytworzył:

data wytworzenia: 2014-01-02 11:07:00

opublikował: Izabela Łazuga

data publikacji: 2011-12-07 12:53:16

zmodyfikował:

data modyfikacji: 2014-01-02 11:07:00

Opinia pochodzi ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych:

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1552>