

Zasady wyboru przez jednostki samorządu terytorialnego właściwego reżimu prawnego udzielania zamówień publicznych w świetle rozwiązań przyjętych w ustawie Prawo zamówień publicznych w roku 2016

Jacek Sadowy

Wprowadzenie

W roku 2016 dokonane zostały zasadnicze zmiany w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „ustawa Pzp”). W związku z nowelizacją ustawy przyjęto także osiem nowych aktów wykonawczych² do ustawy Pzp oraz znowelizowano cztery rozporządzenia³. Instytucje zamawiające zostały także zo-

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24.08.2017 r., poz. 1579) zmieniona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)

² Rozporządzenie RM z dnia 20.07.2016 r. w sprawie wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu (Dz.U. poz. 1089); Rozporządzenie MR z dnia 26.07.2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. poz. 1125); Rozporządzenie MR z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126); Rozporządzenie MR z dnia 26.07.2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 1127); Rozporządzenie MR z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 1128); Rozporządzenie MR z dnia 28.07.2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym (Dz.U. poz. 1135); Rozporządzenie MRIF z dnia 15.12.2016 r. w sprawie informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz.U. poz. 2038); Rozporządzenie PRM z dnia 27.06.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320).

³ Rozporządzenie MR z dnia 22.08.2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 1386); Rozporządzenie PRM z dnia 20.12.2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017 r., poz. 14); Rozporządzenie PRM z dnia 19.12.2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47); Rozporządzenie RM z dnia 16.12.2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony (Dz. U. z 2017 r., poz. 48).

bowiązane do stosowania dwóch nowych rozporządzeń wydanych przez Komisję Europejską⁴.

Zakres zmian, których zasadnicza część weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 roku, wynikał przede wszystkim z konieczności implementacji do polskiego porządku prawnego dwóch nowych Dyrektyw⁵ harmonizujących proces udzielania zamówień w Unii Europejskiej tj. Dyrektywy 2014/24/UE⁶ zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” oraz Dyrektywy 2014/25/UE⁷ zwanej dalej „dyrektywą sektorową”.

Skala i znaczenie zmian jakie zaszły w dziedzinie zamówień publicznych na poziomie unijnym wskazują, iż bardziej właściwą formą ich wprowadzenia na płaszczyźnie prawa krajowego byłoby przyjęcie ustawy na nowo regulującej proces udzielania zamówień publicznych. Zastosowana forma nowelizacji siłą rzeczy ogranicza zakres implementowanych zmian jedynie do tych niezbędnych, nie pozwalając w pełni wykorzystać potencjału jaki niosą ze sobą nowe dyrektywy UE.

Niniejsze opracowanie dotyczy jednego z istotniejszych zagadnień związanych z nowo wprowadzonymi przepisami

⁴ Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z dnia 12.11.2015 s. 1) oraz Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 05.01.2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z dnia 06.01.2016, s. 16). Rozporządzenia te, instytucje zamawiające zobowiązane były stosować dla zamówień o wartości wyższej niż progi unijne najpóźniej od dnia 18.04.2016 roku, a więc z chwilą upływu terminu implementacji dyrektyw UE.

⁵ Z wyjątkiem niektórych norm (np. dotyczących elektronicznej zamówień publicznych) państwa członkowskie miały obowiązek implementacji dyrektyw nie później niż do 18 kwietnia 2016 roku.

⁶ Dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65).

⁷ Dyrektywa 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 243).

ustawy, a mianowicie wyborem reżimu prawnego właściwego do udzielania zamówienia publicznego przez jednostkę samorządu terytorialnego (dalej: j.s.t.). Waga tego zagadnienia dla praktyki udzielania zamówień publicznych wrosła z uwagi na obecne możliwości stosowania przez j.s.t. przepisów właściwych dla tzw. „zamówień sektorowych”. Biorąc pod uwagę szersze możliwości stosowania różnych reżimów prawnych przez j.s.t. przy udzielaniu zamówień publicznych istotne jest omówienie zasad udzielania zamówień „mieszanych” oraz udzielania „zamówień społecznych”. Z wyborem właściwego reżimu udzielania zamówień publicznych związana jest także, będąca przedmiotem niniejszego opracowania, tematyka podziału zamówień publicznych oraz zamówień „in-house”.

1. Szersze możliwości udzielania zamówień na zasadach „sektorowych”

Stosowanie zasad przy udzielaniu zamówienia publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego i komunalne jednostki organizacyjne zarówno posiadające odrębną osobowość prawną (np. spółki komunalne) jak i nie mającej odrębnej osobowości prawnej (np. zakłady budżetowe), uzależnione jest od reżimu prawnego któremu dane zamówienie podlega. Ustawa nie określa jednolitych zasad udzielania dla wszystkich zamówień publicznych lecz zasady te są odmiennie ukształtowane dla tzw. „zamówień klasycznych” (podlegających regulacjom dyrektywy „klasycznej”), „zamówień sektorowych” (podlegających regulacjom dyrektywy „sektorowej”)⁸, zamówień „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” (podlegających regulacjom dyrektywy dotyczącej zamówień „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”)⁹.

Zasady udzielania zamówień „sektorowych” lub „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” są zasadami szczególnymi w stosunku do zamówień „klasycznych”, na co wskazuje umiejscowienie przepisów regulujących zasady ich udzielania w Dziale III ustawy, zatytułowanym „Przepisy szczególne”. Na płaszczyźnie prawa krajowego, różnice dotyczące procedur stosowanych w ramach poszczególnych reżimów pogłębiają się, albowiem kwoty od których istnieje obowiązek stosowania poszczególnych reżimów prawnych są bardziej

⁸ Na płaszczyźnie norm ustawy zasady udzielania „zamówień sektorowych” uregulowane zostały w przepisach szczególnych ustawy tj. przepisach rozdziału 5 Działu III ustawy Pzp zatytułowanego „zamówienia sektorowe” (art. 132 – 138f). Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 14 ustawy Pzp zamówienia sektorowe to zamówienia, które są udzielane w celu wykonywania jednego rodzajów działalności o której mowa w art. 132 ust. 1 uPzp.

⁹ Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 216 z dnia 20.8.2009, str. 76. Na płaszczyźnie norm ustawy zasady udzielania „zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” uregulowane zostały w przepisach szczególnych ustawy tj. przepisach rozdziału 4a Działu III ustawy Pzp zatytułowanego „zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” (art. 131a - 131w). Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 15 ustawy Pzp, zamówienia „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” to zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy Pzp.

zróżnicowane niż w prawie unijnym. Próg wartości zamówienia od którego zachodzi obowiązek stosowania ustawy Pzp dla poszczególnych reżimów wynosi bowiem:

- 30 000 euro dla tzw. „zamówienia klasycznych” bez względu na to, czy przedmiotem jest dostawa, usługa czy robota budowlana;¹⁰
- 5 225 000 euro na roboty budowlane oraz 418 000 EUR na dostawy i usługi dla zamówień sektorowych¹¹,
- 30 000 euro na roboty budowlane¹² oraz 418 000 EUR na dostawy i usługi dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa¹³.

Różnice w zakresie stosowania procedur w poszczególnych reżimach nie dotyczą jedynie ww. progów, niemniej jednak wydaje się, iż z punktu widzenia praktycznego, jest to różnica najistotniejsza.

Przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp, jeśli j.s.t. realizowały samodzielnie zadania pokrywające się z działalnością sektorową, nie mogły stosować przepisów „sektorowych” z uwagi na to, iż możliwość ich stosowania nie była przewidziana dla jednostek sektora finansów publicznych. Brak możliwości stosowania przepisów sektorowych przez jednostki sektora finansów publicznych wynikał z art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. Stosowanie przepisów „sektorowych” było natomiast możliwe (i nadal jest) przez spółki komunalne udzielające zamówień w celu wykonywania działalności sektorowej.

W wyniku przyjętych w nowelizacji zmian art. 132 ust. 1 ustawy Pzp w obecnym stanie prawnym także jednostki sektora finansów publicznych, mogą stosować zasady szczególne przewidziane w przepisach art. 132 i nast. dla zamówień sektorowych, jeśli oczywiście zamówienie jest udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej. Tym samym, jedną z konsekwencji prawnych wprowadzonej zmiany jest obowiązek stosowania przez j.s.t. ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień sektorowych dopiero gdy wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż 418 tys. euro dla dostaw i usług lub 5 225 tys. euro dla robót budowlanych. Zamówienia sektorowe o wartości (bez uwzględnienia VAT) niższej niż wskazane powyżej kwoty udzielane są z wyłączeniem obowiązku stosowania ustawy Pzp, co można wywieść z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, przepisy rozdziału regulującego zamówienia sektorowe zamawiający stosuje, „jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności” sektorowej enumeratywnie wymienionej w tym przepisie. Zwrot „zamówienie udzielane w celu wykonywania działalności” sektorowej należy rozumieć szeroko. Jeśli poczynilibyśmy czysto hipotetyczne założenie, iż j.s.t. prowadzi tylko działalność „sektorową” np. w zakresie do-

¹⁰ art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

¹¹ Art. 133 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oraz § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 2263 ze zm.). Na uwagę zasługuje, iż przepis ten nie przewiduje jednoznacznego wyłączenia, niemniej jednak takie znaczenie przepisowi nadaje UZP w swych opiniach. *De lege ferenda*, w celu zapewnienia pewności stosowanego prawa wskazane jest dokonanie zmiany treści przepisu, tak by właściwie oddawał zamysł projektodawcy przepisu.

¹² Art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

¹³ Art. 131b ustawy Pzp.

starczenia wody pitnej jej mieszkańcom, to każde zamówienie, (np. dostawa materiałów biurowych, budowlanych, środków czystości czy artykułów spożywczych) należałoby traktować jako zamówienie udzielane „w celu” wykonywania tej działalności.

Zmiana art. 132 ust. 1 ustawy Pzp stanowi istotną zmianę dla praktyki stosowania ustawy Pzp przez j.s.t., jeśli zważy się, iż spośród siedmiu kategorii działalności „sektorowej” wymienionej w tym przepisie, co najmniej pięć z nich wpisuje się w zadania własne jednostek samorządu terytorialnego poszczególnego szczebla. I tak działalność:

- zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom (art. 132 ust. 1 pkt 2) jest spójna z zadaniami samorządu w zakresie transportu zbiorowego oraz pobudzania rozwoju województwa i poziomu jego konkurencyjności;¹⁴
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami (art. 132 ust. 1 pkt 3) jest spójna z zadaniami gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz;¹⁵
- obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych oraz w zakresie transportu autobusowego (art. 132 ust. 1 pkt 5 i 6) jest spójna z zadaniami j.s.t. w zakresie transportu zbiorowego;¹⁶
- tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami (art. 132 ust. 1 pkt 4) jest spójna z zadaniami gminy w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę.¹⁷

Zakres stosowania przepisów „sektorowych” przez j.s.t. jest jeszcze szerszy jeśli weźmie się pod uwagę, że gmina jako j.s.t. odpowiedzialna za wodociągi i zaopatrzenie w wodę może także stosować zasady sektorowe do realizacji innych projektów, które są „związane z dostarczaniem wody”. Zgodnie z art. 132 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający prowadzący działalność o której mowa w ust. 1 pkt 4 (szeroko pojęte „zaopatrzenie w wodę”), stosują przepisy sektorowe również do zamówień związanych z projektami dotyczącymi 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 oraz do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków.

Tym samym, zaangażowanie j.s.t. lub jej jednostki organizacyjnej wykonującej działalność w zakresie zaopatrzenia

w wodę w projekty związane z kanalizacją, oczyszczaniem ścieków, inżynierią wodną, nawadnianiem lub melioracją, skutkuje objęciem zamówień związanych także i z tymi projektami zasadami sektorowymi. Nie są to zamówienia sektorowe, albowiem zgodnie z definicją legalną art. 2 pkt 14 ustawy Pzp za takowe są uznane jedynie zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej określonej w art. 132 ust. 1, lecz są to zamówienia do których mogą znaleźć zastosowanie przepisy właściwe dla zamówień sektorowych.

Działalność zaopatrzenia w wodę może być wykonywana przez tę samą jednostkę komunalną łącznie z inną działalnością wskazaną w art. 132 ust. 2 ustawy Pzp np. odprowadzaniem ścieków. Nie budzi wątpliwości, iż zamawiający (np. spółka komunalna), który jednocześnie realizuje zadania w zakresie dostarczania wody i odprowadzania ścieków stosuje przepisy sektorowe do zamówień publicznych udzielanych w celu wykonywania obu rodzajów działalności.

Bardziej problematyczne jest określenie reżimu ustawy właściwego dla zamówienia udzielanego przez zamawiającego wykonującego działalność jedynie w zakresie zaopatrzenia w wodę, który *ad hoc* zostaje zaangażowany w realizację projektu z zakresu inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji albo odprowadzania i oczyszczania ścieków. Nie zawsze powyższe zadania wykonuje ten sam podmiot co wynika albo z decyzji władz danej j.s.t. albo z tego, iż zadania te przypisane są j.s.t. różnego szczebla. Z brzmienia przepisu art. 132 ust. 2 ustawy Pzp ale i art. 10 ust. 2 dyrektywy „sektorowej” można jednak wywieść uzasadniony wniosek, iż także w takim przypadku, właściwymi przepisami jakie stosuje zamawiający mogą być przepisy właściwe dla zamówień sektorowych. Z ustawy nie wynika, by stosowanie przepisów sektorowych do zamówień z zakresu inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji albo odprowadzania i oczyszczania ścieków było uzależnione od „wykonywania” tej działalności przez zamawiającego.

Z przepisu art. 132 ust. 2 ustawy Pzp można jednak także wysnuć wniosek, iż warunkiem stosowania zasad sektorowych do zamówienia związanego z „kanalizacją i oczyszczaniem ścieków” lub „projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji” jest to, by zamówienia te były „związane” z prowadzoną przez niego działalnością „wodną”. Owo „związanie” polega na zapewnieniu odprowadzania lub także oczyszczania ścieków powstających z dostarczanej za pomocą sieci wody lub pozyskiwaniu dzięki projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym zasobów wody pitnej w ilości większej niż 20% dostępnej wody. Tym samym, aby stosować zasady sektorowe do zamówień związanych z „kanalizacją i oczyszczaniem ścieków” lub „projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji”, musi istnieć związek funkcjonalny pomiędzy tymi zamówieniami a wykonywaną przez zamawiającego działalnością w zakresie zaopatrzenia w wodę.

Nieco inaczej należy ocenić sytuację realizacji zadań przez dwie jednostki organizacyjne tej samej j.s.t. nie posiadających odrębnej osobowości prawnej i wykonujących zadania w ramach osobowości prawnej j.s.t. Należy w takim przypadku uwzględnić definicję legalną zamawiającego

¹⁴ Art. 11 ust. 1 pkt 3 oraz art. 14 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 486 ze zm.).

¹⁵ Art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.).

¹⁶ Art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o samorządzie gminnym, art. 4 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 814 ze zm.), art. 14 ust. 1 pkt 10 ustawy o samorządzie województwa.

¹⁷ Art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym.

ujęta w art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, która odwołuje się do cywilistycznej koncepcji podmiotu prawa. Przez „zamawiającego” ustawodawca uznaje osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej zobowiązaną do stosowania ustawy Pzp. Instytucją zamawiającą jest j.s.t. jako podmiot mający osobowość prawną nie zaś jej jednostki organizacyjne nie posiadające odrębnej osobowości prawnej. Oznacza to, iż nawet jeśli poszczególne jednostki organizacyjne prowadzące działalność w ramach osobowości prawnej j.s.t. (np. zakłady budżetowe) udzielają odrębnie zamówień publicznych jedna w sektorze wodnym druga w sektorze np. odprowadzania ścieków, są to nadal zamówienia udzielane przez tego samego zamawiającego, a więc daną j.s.t. W takim przypadku jedna instytucja budżetowa udzielająca zamówień związanych z „kanalizacją i oczyszczaniem ścieków” lub „projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji” może stosować zasady sektorowe pod warunkiem, iż sama lub inna jednostka organizacyjna tej samej j.s.t. nieposiadająca odrębnej osobowości prawnej wykonuje działalność zaopatrzenia w wodę. W przypadku dwóch jednostek organizacyjnych jednego podmiotu prawa mających status odrębnych jednostek sektora finansów publicznych można jedynie wskazać, iż mogą one z zasady szacować niezależnie od siebie wartość udzielanych zamówień jako jednostki organizacyjne posiadające samodzielność finansową w rozumieniu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp (możliwość ta nie dotyczy zadań wykraczających poza zadania własne jednostki).

Umożliwienie przez ustawodawcę stosowania przepisów sektorowych przez j.s.t. stanowi słuszną zmianę w zakresie zamówień publicznych. Z uwagi na wysoką wartość progu unijnego od którego zachodzi obowiązek stosowania ustawy dla zamówień sektorowych (5 225 tys. euro dla robót budowlanych i 418 tys. euro dla dostaw i usług) za poważną wadę przyjętych rozwiązań należy jednak uznać brak ustawowego określenia podstawowych zasad udzielania zamówień sektorowych o wartości niższej niż ww. progi unijne.

W związku z tym, iż przy udzielaniu zamówień publicznych jednostki sektora finansów publicznych podlegają obecnie także reżimowi „sektorowemu”, zagadnieniem o doniosłym znaczeniu dla j.s.t. stała się problematyka dotycząca zasad jak należy stosować przy udzielaniu zamówień „mieszanych” podlegających różnym reżimom prawnym.

2. Zamówienia „mieszane”

Ustawodawca w przepisach art. 5b-5g ustawy Pzp przewidział szczególne zasady wyboru właściwej procedury udzielania zamówień o charakterze „mieszanym”. Jest to zagadnienie istotnej wagi, albowiem popełnienie błędu w procesie wyboru właściwej procedury udzielania zamówienia „mieszanego” skutkuje poważnymi konsekwencjami prawnymi np. w postaci kar z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.¹⁸

¹⁸ Art. 17 ust. 1 pkt 5b) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 168) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych łączenie zamówień różnych rodzajów albo dzielenie zamówienia na odrębne zamówienia publiczne w celu uniknięcia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien dokonać analizy czy zamówienie ma charakter „mieszany”. Jakże zamówienie możemy określić mianem „mieszanego”, a więc w jakich sytuacjach j.s.t. powinni uwzględniać normy zawarte w powyżej wskazanych przepisach art. 5b-5g ustawy Pzp? Zgodnie z ustawą oraz dyrektywami unijnymi (z których pochodzi używany w niniejszym opracowaniu zwrot „zamówienia mieszane”¹⁹) możemy wyodrębnić dwie kategorie zamówień „mieszanych”.

Pierwsza - zamówienie objęte zakresem różnych reżimów prawnych, czyli różnych dyrektyw (tzw. „klasycznej”, „sektorowej”, „w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”, „koncesyjnej”²⁰) a także zamówienie, którego przedmiot objęty jest częściowo przepisami właściwymi dla jednego z tych reżimów oraz mu nie podlegający z powodu stosownych wyłączeń. Zamówienie w którego zakres wchodzi przedmiot, który ze względu na swą wartość nie podlega zasadom przewidzianym w dyrektywach unijnych oraz przedmiot podlegający tym dyrektywom stanowi także zamówienie „mieszane” tej kategorii²¹.

Druga - zamówienie którego przedmiotem są dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na dostawy, usługi, roboty budowlane jak i zamówienie na usługi oraz usługi społeczne, z których wszystkie są objęte zakresem jednego reżimu prawnego (przede wszystkim jednej dyrektywy – tzw. „klasycznej” lub „sektorowej” lub „w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”²²).

Rozróżnienie powyższe jest istotne z uwagi, iż w odniesieniu do każdej z kategorii zamówień mieszanych stosuje się odmienne reguły w oparciu o które dokonujemy wyboru właściwego reżimu prawnego ich udzielania. Do pierwszej kategorii zamówień mieszanych reguły te określają przepisy art. 5b oraz 5d-5g ustawy Pzp zaś w odniesieniu do drugiej kategorii zastosowanie znajdują art. 5b-5c ustawy Pzp.

Zamówienia mieszane objęte zakresem różnych reżimów prawnych.

Poniższa grafika obrazuje proces decyzyjny dotyczący zamówienia „mieszanego” złożonego z roboty budowlanej o wartości 4 500 tys. euro (np. budowa obiektu budowlanego) oraz dostawy o wartości 500 tys. euro (np. dostawa wyposażenia obiektu wraz z jego rozmieszczeniem). Z uwagi na wartość, zamówienie objęte jest różnymi reżimami tj. reżimem ustawy regulującym zasady udzielania zamówień na dostawy o wartości równej lub wyższej niż progi UE (dla j.s.t. 209 tys. euro w sytuacji zamówień objętych dyrektywą

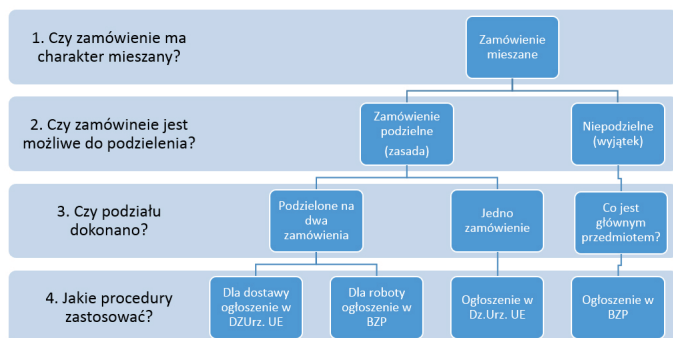
¹⁹ Art. 3 Dyrektywy 2014/24/UE tzw. „klasycznej”; art. 5 Dyrektywy 2014/25/UE tzw. „sektorowej”; art. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – Dz.U. UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76).

²⁰ Dyrektywa PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1) implementowana ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920).

²¹ Art. 3 ust. 1 akapit 2 w zw. z ust. 3-5 Dyrektywy 2014/24/UE.

²² Art. 5c ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 akapit 1 w zw. z ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.

„klasyczną”) oraz reżimem ustawy w zakresie roboty budowlanej o wartości mniejszej niż próg unijny (5 225 tys. euro)²³.



Proces decyzyjny dot. zamówienia mieszane objętego różnymi reżimami prawnymi (poniżej i powyżej progów UE)

Po ustaleniu, iż mamy do czynienia z zamówieniem mieszanym podlegającym różnym reżimom prawnym (jedno poniżej a drugie powyżej progu dyrektywy) istotne znaczenie na dalszym etapie ma rozstrzygnięcie, czy zamówienie ma charakter obiektywnie niepodzielny (poziom drugi powyższego schematu). Decyzja ta ma charakter kluczowy z uwagi na jej doniosłe konsekwencje prawne.

Jeżeli zamówienie ma charakter obiektywnie niepodzielny, w takim przypadku mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia (art. 5f ustawy Pzp). Ustawodawca nie normuje w przypadku zamówień mieszanych podlegających różnym reżimom prawnym zasad dotyczących ustalania, co stanowi główny przedmiot „zamówienia mieszane”. Takie ustalenie dokonuje się indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danego zamówienia. Jedną z podstawowych przesłanek mogących o tym przesądzać jest wartość poszczególnych przedmiotów objętych odpowiednimi reżimami prawnymi²⁴.

Ze względu na zasadniczo wyższą wartość robót budowlanych, za główny przedmiot zamówienia w sytuacji podanego powyżej przykładu „zamówienia mieszane” złożonego z dostaw i robót budowlanych można byłoby uznać roboty budowlane. Konsekwencją powyższego uznania byłby obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu Biuletynie Zamówień Publicznych albowiem – jak już powyżej wskazano – obowiązek publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE dla zamówień na roboty budowlane zachodzi w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia jest równa lub przekracza kwotę 5 225 tys. euro²⁵.

Tym samym, uznanie zamówienia za niepodzielne w skutkach prowadzi do sytuacji w której całość zamówienia nie podlega normom ustawy wdrażającym normy dyrektywy UE,

²³ Par. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 2263 ze zm.)

²⁴ Może o tym świadczyć treść art. 5d ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, która wskazuje, iż w przypadku zamówienia mieszane podlegającego ustawie Pzp oraz koncesji zasadnicze znaczenie dla określenia właściwego reżimu prawnego który powinien w tym przypadku mieć zastosowanie ma wartość zamówienia, do którego zastosowanie ma ustawa Pzp.

²⁵ Par. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 2263 ze zm.)

pomimo, iż przedmiot zamówienia stanowią także dostawy o wartości 500 tys. euro, a więc z zasady zamówienie podlegające tym normom.

Ze względu na potrzebę ochrony przed celowym uchylaniem się przez zamawiającego od obowiązku stosowania procedur ustawy w wyniku łączenia zamówień i stosowania procedur w oparciu o główny przedmiot zamówienia, przepis art. 5f ustawy wskazuje, iż podjęcie decyzji o stosowaniu przepisów dotyczących „głównej części” zamówienia jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony z przyczyn o charakterze obiektywnym, tj. „ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych”. Przepis zatem wskazuje regułę, iż stosowanie procedury w oparciu o zasady właściwe dla głównego przedmiotu jest możliwe wyjątkowo, i wymaga wskazania obiektywnych okoliczności wykazujących niepodzielny charakter zamówienia.

Wykazanie obiektywnej niepodzielności zamówienia mieszane w procedurze zastosowanej w oparciu o jego główny przedmiot można także wywieść z art. 5b pkt 1 ustawy Pzp, który zakazuje łączenia zamówień w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, których „odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy”. Łączenie musi mieć charakter obiektywnie uzasadniony, tam gdzie prowadzi do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Obowiązek zamawiającego udowodnienia niepodzielności charakteru zamówienia mieszane jest szczególnie podkreślany w preambułach dyrektyw, zgodnie z którymi mające zastosowanie przepisy powinny być określone według głównego przedmiotu zamówienia, tylko wtedy „gdy poszczególne części składowe zamówienia nie są obiektywnie możliwe do rozdzielania.”²⁶ Preambuły do dyrektyw wskazują, iż ustalenie czy przedmiot można rozdzielić na części należy dokonywać indywidualnie, uwzględniając „obiektywne dowody” mogące uzasadnić zamiary zamawiającego „i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego.” Tym samym, uzasadnienie zamawiającego braku obiektywnej podzielności zamówienia mieszane, które prowadzone jest według zasad właściwych dla jego głównego przedmiotu może i powinno być badane przez właściwe organy.

W tym kontekście, dostrzegalny jest brak jednoznacznego obowiązku podawania stosownego uzasadnienia o obiektywnej niepodzielności przedmiotu zamówienia w protokole z postępowania²⁷. Przepisy przewidują jedynie obowiązek podania powodów „braku podziału”, a nie uzasadnienie o „niepodzielności przedmiotu zamówienia” w odniesieniu do zamówień mieszanych.

Jak wskazują preambuły dyrektyw²⁸ potrzeba udzielenia jednego zamówienia ze względu na jego niepodzielność może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym. Preambuły do dyrektyw wskazują na przykład, iż taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia może zaistnieć w przypadku budowy jednego

²⁶ Motyw 11 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE o motyw 13 preambuły do Dyrektywy 2014/25/UE.

²⁷ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 1128)

²⁸ Motyw 11 preambuły do dyrektywy „klasycznej” i motyw 13 preambuły do dyrektywy „sektorowej”.

budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez daną instytucję zamawiającą, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji - np. poprzez udostępnienie parkingu publicznego. Przyczyny techniczne i ekonomiczne nie są jedynymi jakie mogą stanowić uzasadnienie dla traktowania zamówienia jako niepodzielnego. Ustawodawca krajowy uzupełnia ten katalog wskazując w art. 5f ustawy Pzp, także inne przyczyny uzasadniające „niepodzielność”, a mianowicie przyczyny o charakterze „organizacyjnym” lub „celowościowym”. Mając na względzie pojemność pojęcia przyczyn „organizacyjnych” i „celowościowych” i związane z tym realne ryzyko obejścia zasad przewidzianych w ustawie Pzp, należy krytycznie ocenić wprowadzoną przez ustawodawcę możliwość wykazywania niepodzielnego charakteru zamówień „mieszanych” z powyższych względów, jako mogące pozwalać w niektórych sytuacjach na szersze udzielanie zamówienia mieszanych w oparciu o główny przedmiot zamówienia niż wynika to z dyrektyw UE.

Jeśli zamówienie mieszane ma charakter podzielny, w dalszej kolejności istotna jest decyzja o podziale lub braku podziału zamówienia (trzeci poziom decyzyjny wg. powyższego schematu). Stwierdzenie, iż zamówienie ma charakter „podzielny” nie pociąga za sobą automatycznie obowiązku dokonywania jego podziału. W takim przypadku, przesądzenie o tym, iż zamówienie ma charakter „podzielny” oznacza, iż wyboru właściwej procedury udzielania takiego zamówienia nie dokonuje się w oparciu o główny przedmiot zamówienia.

Jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny, ale zamawiający podejmuje decyzję o braku jego podziału, reżim prawny jaki powinien być stosowany do udzielanego zamówienia, zależy od rodzaju reżimów, którym podlega zamówienie „mieszane”. Zasady jakie należy stosować w przypadku zamówień podzielnych udzielanych w jednym postępowaniu określają normy ustawy Pzp, które powinny być interpretowane zgodnie z Dyrektywami UE:

1. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte dyrektywą „klasyczną” oraz zamówienie niepodlegające temu reżimowi np. ze względu na wartość lub stosowne wyłączenie przewidziane w art. 4 ustawy Pzp, zasady „klasyczne” mają zastosowanie do udzielanego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części²⁹.
2. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zarówno zamówienie „klasyczne”, jak i zamówienie na wykonywanie rodzaju działalności „sektorowej” przepis art. 5d ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wskazuje na generalny obowiązek stosowania zasad ogólnych („klasycznych”) a nie „sektorowych”³⁰.

²⁹ Art. 5d ust. 2 tej sytuacji *expressis verbis* nie reguluje, ale zasada ta wynika z art. 3 ust. 4 Dyrektywy „klasycznej”.

³⁰ Ustawa zawiera w tym zakresie bardziej rygorystyczne rozwiązania niż normy unijne. Dyrektywa „sektorowa”, wskazuje w art. 5 pkt 4 oraz art. 6 ust. 2, iż w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych można stosować zasady sektorowe, jeśli zamówienie dotyczy zasadniczo działalności sektorowej. Także Dyrektywa „klasyczna” w art. 3 ust. 5 wskazuje, iż w takim przypadku właściwe są przepisy dyrektywy „sektorowej”. Tylko w przypadku, gdy nie da się ustalić którego z rodzaju działalności zamówienie zasadniczo dotyczy, stosuje się zasady ogólne (art. 6 ust. 3 lit. a Dyrektywy 2014/25/UE „sektorowej”).

3. W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy „klasyczne” oraz elementy koncesji, zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z zasadami właściwymi dla zamówień „klasycznych”, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia, która stanowi zamówienie „klasyczne”, jest równa lub wyższa od progu unijnego³¹.

4. W przypadku gdy podmioty prowadzące działalność „sektorową” podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia „sektorowego” i „sektorowego”, ale wyłączonego z obowiązku stosowania ustawy, przepisy „sektorowe” mają zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu³².

5. W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień „sektorowych” oraz elementy koncesji, zamówienie mieszane udzielane jest na zasadach „sektorowych”, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia stanowiącej zamówienie „sektorowe” jest równa lub wyższa od progów unijnych.³³ Jeżeli nie jest możliwe określenie rodzaju działalności, którego to zamówienie ma zasadniczo dotyczyć (a więc z tego względu np. przypisać wartości zamówieniu „sektorowemu” i „koncesji”) w takim przypadku stosuje się zawsze zasady „sektorowe”³⁴.

6. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia obejmującego przedmiot z zakresu obronności i bezpieczeństwa, mający zastosowanie reżim prawny określa się na podstawie następujących kryteriów:

a) w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta art. 346 TFUE, zamówienia można udzielić bez stosowania ustawy, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych³⁵

b) w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta przepisami w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, zamówienia można udzielić zgodnie z tymi przepisami, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.³⁶

W sytuacji, gdy zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych dotyczącego danego zamówienia (art. 5d ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). W przypadku podziału, problematyczne jest ustalenie czy mamy do czynienia nadal z jednym zamówieniem „mieszonym” tyle, że podzielonym na części czy też zamówienia te możemy traktować jako zamówienia odrębne. Jest to istotne w kontekście obowiązku zamawiającego ustalenia właściwej wartości szacunkowej zamówienia. W takim przypadku, zasadne jest stosowanie zasad ogólnych przyjętych dla szacowania wartości zamówienia. Wracając do

³¹ Art. 5d ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

³² Art. 5d ust. 2 tej sytuacji *expressis verbis* nie reguluje, ale zasada ta wynika z art. 5 ust. 4 Dyrektywy 2014/25/UE („sektorowej”).

³³ Art. 5d ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 5 ust. 4 Dyrektywy 2014/25/UE.

³⁴ Art. 5e ust. 3 pkt 2 lit. a) w związku z art. 6 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/25/UE.

³⁵ Art. 5g pkt 1 w związku z włączeniami przewidzianymi w art. 4 pkt 5 i 5b ustawy Pzp.

³⁶ Art. 5g pkt 2 ustawy Pzp.

naszego przykładu zamówienia na roboty budowlane i dostawy, jeśli dostawy nie są niezbędne dla wykonania robót budowlanych należałoby je traktować jako zamówienia odrębne a więc szacować ich wartość oddzielnie.

Ustawodawca nie nakazuje zatem podziału zamówień „mieszanych” o charakterze „mieszanym” nawet jeśli mają charakter podzielny. W sytuacji braku podziału zamówienia podzielnego, stosowany reżim prawny jaki ma zastosowanie do postępowania jest z zasady bardziej rygorystyczny.

Tam, gdzie restrykcyjność stosowanych przepisów jest mniejsza w następstwie decyzji o braku podziału zamówienia podzielnego, z art. 5b pkt 1 ustawy Pzp można wywieść obowiązek wykazania przez zamawiającego, iż brak podziału ma charakter obiektywny, nie podyktowany celowym dążeniem do obejścia ustawy. Obowiązek ten zachodzi zawsze w odniesieniu do zamówienia mieszanego, którego przedmiot częściowo mieści się w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albowiem w odniesieniu do takiego zamówienia zasadą jest stosowanie decyzji o stosowaniu mniej restrykcyjnego reżimu prawnego.³⁷

Zamówienia mieszane objęte tym samym reżimem prawnym.

Jak już wcześniej wskazano, zasady wyboru właściwej procedury w odniesieniu do zamówienia „mieszanego”, którego przedmiotem są dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na dostawy, usługi, roboty budowlane jak i zamówienie na usługi oraz usługi społeczne, określone zostały w art. 5b i 5c ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 5c ust. 1 ustawy Pzp, zamówienia mieszane udziela się zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do rodzaju zamówień, który odpowiada „głównemu przedmiotowi” danego zamówienia. Dla zamówień mieszanych składających się częściowo z usług oraz z dostaw lub usług społecznych, ustawodawca określa, iż „główny przedmiot” zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa (art. 5c ust. 2).

Dla powyższego zagadnienia zasadnicze znaczenie odgrywają definicje legalne „dostawy”, „roboty budowlanej” i „usługi”.³⁸ Z uwzględnieniem definicji pojęć należy dokonywać rozstrzygnięcia:

po pierwsze, czy mamy w ogóle do czynienia z zamówieniem „mieszanym” do którego zastosowanie znajdzie art. 5c ustawy Pzp;

po drugie, jeśli odpowiedź na pierwsze pytanie będzie twierdzące należy określić wartość szacunkową poszczególnych rodzajów zamówień lub w przypadku, gdy zamówienie „mieszane” obejmuje także wykonanie robót budowlanych – główny cel zamówienia.

W zakresie pierwszego z powyższych zagadnień:

Przez „dostawę” należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzeda-

ży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Definicja dostawy sformułowana jest nieco inaczej na płaszczyźnie dyrektyw unijnych i wskazuje, iż przedmiotem dostawy jest dostawa „produktów”, która „może obejmować dodatkowo rozmieszczenie i instalację”.³⁹

Zatem zamówienie, w którego zakresie mieści się wyłącznie dostawa produktu wraz z jego rozmieszczeniem lub instalacją, nie może być uznane za zamówienie „mieszane” do którego znajdzie zastosowanie art. 5c ustawy Pzp nakazujące stosowanie procedury właściwej dla głównego przedmiotu zamówienia. tym samym, zawsze w przypadku tego rodzaju zamówień należy stosować procedury właściwe dla „dostaw”.

Odwołując się do języka potocznego, przez „rozmieszczenie” należy rozumieć „ulożenie w różnych miejscach czegoś” a przez instalację „montaż urządzeń” lub „założenie urządzeń”.⁴⁰ Zasadniczo dostawą jest dostawa produktu z jego rozlokowaniem we wskazanych miejscach, lub zainstalowaniem w danym miejscu (podłączeniem) lub zmontowaniem z innymi urządzeniami. Zasadniczą cechą zamówienia na dostawę wraz z instalacją wydaje się być to, iż jego przedmiotem nie jest wykonanie instalacji lub jej części lecz podłączenie urządzenia (zainstalowanie) do już istniejącej instalacji. Inaczej mówiąc, chodzi w tym kontekście o czynność „zainstalowania” dostarczanego produktu a nie „wykonania instalacji”.

Zupełnie inaczej należy ocenić sytuację w której w zakresie przedmiotu zamówienia, oprócz dostawy produktu i jego rozmieszczenia lub zainstalowania, mieszczą się także inne rodzaje zamówień np. wykonanie samej instalacji elektrycznej, cieplnej, wodnej, wentylacyjnej i gazowej lub ich części. Wykonanie jednego z powyższego rodzaju instalacji lub jej części jest klasyfikowane do kategorii robót budowlanych, co przesądza, iż mamy już do czynienia z kategorią zamówienia „mieszanego” złożonego z wykonania instalacji (jej części), dostawy produktu i jego zainstalowania, do którego zastosowanie znajdzie art. 5c ustawy Pzp.

Stosownie do art. 2 pkt 8 ustawy Pzp robotą budowlaną jest:

1. wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych **określonych** w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub
2. wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także
3. realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wykaz robót budowlanych określa rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie wykazu robót budowlanych.⁴¹ Rozporządzenie to wskazuje, iż wykonanie powyżej wymienionych instalacji „w budynkach lub innych obiektach budowlanych” stanowi robotę budowlaną.

Z treści definicji legalnej robót mówiącej, iż tylko roboty „określone” w wykazie stanowią roboty budowlane oraz z treści rozporządzenia stanowiącego z kolei, iż robotą jest wyko-

³⁷ Art. 5g oraz art. 131a ust. 2-4 ustawy Pzp a także: *Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca zakresu zastosowania dyrektywy obronnej w: Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, UZP 2011 r., 119.*

³⁸ Definicje zawarte odpowiednio w art. 2 pkt 2, 8 i 10 ustawy Pzp.

³⁹ Art. 2 ust. 1 pkt 8 Dyrektywy 2014/24/UE.

⁴⁰ Słownik języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN, wersja internetowa: <http://sjp.pwn.pl/> (odczyt: 10.08.2017 r.).

⁴¹ Rozporządzenie z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 112)

nianie instalacji „w budynku” można byłoby wywieść błędny (w ocenie autora opracowania) wniosek, iż jedynie wykonywanie instalacji w budynkach lub innych obiektach budowlanych (a więc w środku) stanowi roboty budowlane. Do takiego przekonania wydaje się doszedł NSA w swym wyroku z dnia 12.05.2016 r.⁴²

Tymczasem, zgodnie z definicją robót budowlanych zawartej w dyrektywach, przez zamówienia publiczne na roboty budowlane należy rozumieć zamówienia publiczne, których przedmiotem jest „wykonanie albo zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych **związanych z jednym z rodzajów działalności określonych** w załączniku II”⁴³ Unijna dyrektywa wskazuje zatem, iż:

po pierwsze, wykaz nie zawiera „wykazu robót” jak stanowi ustawa Pzp i rozporządzenie lecz określa „rodzaje działalności”, których wykonywanie stanowi roboty budowlane;

po drugie, wykonywanie robót „związanych” z jednym z rodzajów działalności stanowi także roboty budowlane.

Tym samym, z definicji zawartych w prawie unijnym wynika, iż robotą budowlaną będzie nie tylko wykonanie roboty „określonej w wykazie robót” lecz także wykonanie robót „związanych” z działalnością polegającą na wykonywaniu robót instalacji np. elektrycznej czy cieplnej w budynku lub innym obiekcie budowlanym. Zatem także roboty wykonywane na zewnątrz budynku (kopanie rowów, wykopy, odwierty, wznoszenie rusztowań i platform, instalowanie elementów ze szkła i luster itp.) jeśli są one niezbędne dla właściwego wykonania i funkcjonowania instalacji wykonywanej w budynku lub innym obiekcie stanowią także roboty budowlane.

W zakresie drugiego zagadnienia:

W odniesieniu do zamówień mieszanych, przepis art. 5c ust. 1 ustawy Pzp nakazuje stosowanie procedury właściwej dla „głównego przedmiotu” zamówienia.

Zasadniczo, jeśli na zamówienie „mieszane” składa się dostawa i usługa, kryterium przyjętym przez ustawodawcę dla zdefiniowania „głównego przedmiotu” zamówienia w oparciu o który należy stosować właściwą procedurę jest wartość usług lub dostaw (która jest wyższa).

Sytuacja nie jest tak jednoznaczna w odniesieniu do zamówienia mieszane złożonego z dostawy/usługi i roboty budowlanej, w odniesieniu do którego ustawodawca nie formułuje jednoznacznych kryteriów według których można byłoby ustalić „główny przedmiot” zamówienia i właściwą procedurę.

Brak określenia w odniesieniu do tego rodzaju zamówień mieszanych tak jednoznacznych reguł jak w przypadku dostaw i usług oznacza, iż w tym przypadku decydującego znaczenia nie należy przypisywać wyłącznie wartości poszczególnych rodzajów zamówienia, aczkolwiek nie pozostaje ona całkowicie bez znaczenia. Jest to racjonalne, albowiem do wykonania robót niezbędne jest użycie materiałów budowlanych, często o wartości przewyższającej wartość robót budowlanych. Oparcie się zatem na kryterium wartości

w przypadku zamówienia mieszane złożonego m.in. z robót budowlanych jako kryterium przesądającym o głównym przedmiocie zamówienia, mogłoby doprowadzić do groteskowych sytuacji kwalifikacji jako „dostawy” zamówień na budowę obiektów budowlanych.

W tym przypadku, a więc zamówień mieszanych na które składają się m.in. roboty budowlane, zasadnicze znaczenie przypisuje się celowi udzielanego zamówienia.⁴⁴ Jeśli celem zamawiającego jest np. wybudowanie obiektu lub zaprojektowanie i wybudowanie obiektu to materiały lub usługi pełnią jedynie funkcję służebną wobec robót budowlanych. W tym przypadku nie chodzi o to by nabyć produkty, albowiem samo ich nabycie nie jest tu celem, ale zasadniczym celem jest wybudowanie obiektu budowlanego, czyli wykonanie robót budowlanych.

W sytuacji natomiast wykonywania instalacji w istniejącym już obiekcie wraz z dostawą produktów, kluczowe dla rozstrzygnięcia, co stanowi główny przedmiot tak udzielanego zamówienia jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy celem jest wykonanie instalacji np. elektrycznej czy cieplnej a zamawiane urządzenie jest jej elementem, czy też celem jest zamówienie produktu o określonych właściwościach, zaś dla jego działania konieczne jest jego zainstalowanie obejmujące m.in. przeprowadzenie przewodów i podłączenie do istniejącej w obiekcie instalacji. W pierwszym przypadku, właściwym byłoby uznanie, iż przedmiotem zamówienia jest robota budowlana, zaś w drugim – dostawa.

W przypadku, gdy nie da się jednoznacznie udzielić odpowiedzi na pytanie o cel zamówienia, które może przekształcić się w filozoficzne rozważania i dysputy (w rodzaju „co było pierwsze – jajko czy kura?”) nie prowadzące do uzyskania przekonującej odpowiedzi, pomocniczo stosowanym kryterium w oparciu o które można byłoby podjąć decyzję mogłaby być wartość poszczególnych rodzajów zamówienia mieszane. Jeśli obiektywnie wartość robót jest znacząco niższa od wartości dostawy produktu może to przemawiać za uznaniem, iż główny przedmiot zamówienia stanowi dostawa.

Przykładowo, w przywołanym wcześniej orzeczeniu NSA, zamówienie na instalację kolektorów słonecznych na budynkach obejmujące ich dostawę, zainstalowanie i wykonanie instalacji uznane zostało za dostawę. Jak słusznie wskazał NSA, *nie budzi wątpliwości, że roboty budowlane związane z instalacją kolektorów słonecznych są świadczeniami mającymi - przy ich dostawie - charakter uboczny, dodatkowy, roboty te służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia poprzez jego instalację. Instalacja stanowi, co prawda, element niezbędny do uruchomienia urządzenia, ale sama nie tworzy odrębnego celu zamówienia. (...) Niewątpliwie celem zamówienia było dostarczenie kolektorów słonecznych (mienia ruchomego), które bez szkody dla ich normalnego korzystania można przenieść w inne miejsce.* Nienależnie od powyższej

⁴² Wyrok NSA z dnia 12 maja 2016 roku, Sygn. akt II GSK 70/15 w: Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, wersja elektroniczna <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁴³ Art. 2 pkt 6 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE.

⁴⁴ Opinia UZP *Udzielanie zamówień wielorodzajowych* zawarta w publikacji, w: Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych., UZP 2015 r., s. 96 dostępna na stronie <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/publikacje-dotyczace-opinii-prawnych-uzp>; Także: wyrok TSUE z dnia 11.06.2009 r. w sprawie C-300/07, pkt 62 w: EU:C:2009:358; wyrok TSUE z dnia 18.01.2007 r. w sprawie C-220/05, pkt 46 w: EU:C:2007:31; Wyrok NSA z dnia 12 maja 2016 roku, Sygn. akt II GSK 70/15 w: Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, wersja elektroniczna <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

argumentacji, w tego typu zamówieniach, wartość przedmiotu dostawy jest znacząco wyższa od wartości robót, co dodatkowo stnowi argument przemawiający za słusnością stanowiska przyjętego przez NSA,

Za zamówienie na dostawę uznałbym także wymianę opraw oświetleniowych w budynku na nowe. Co do zasady natomiast głównym przedmiotem takich zamówień jak: wykonanie izolacji cieplnej obejmującej dostawę wraz z wymianą okien, wykonanie instalacji cieplnej z dolnym źródłem ciepła wraz dostawą pomp ciepła do celów c.o. i c.w.u. czy też wykonanie instalacji fotowoltaicznej - są roboty budowlane. Zawsze ocena taka powinna być dokonywana w sposób zindywidualizowany z uwzględnieniem przedmiotu danego zamówienia.

Odmienne niż w przypadku zamówień mieszanych podlegających różnym reżimom prawnym, przepis art. 5c ustawy Pzp nie uzależnia możliwości stosowania zasad właściwych ze względu na główny przedmiot zamówienia od braku obiektywnej podzielności zamówienia np. ze względów technicznych. Tym samym, obowiązek wykazania obiektywnej niepodzielności zamówienia mieszane w procedurze zastosowanej w oparciu o jego główny przedmiot dotyczy jedynie sytuacji objętej art. 5b pkt 1, a więc gdy połączenie zamówień różnego rodzaju może prowadzić do uniknięcia stosowania przepisów ustawy (np. dołączenie do usług społecznych udzielanych na zasadach szczególnych innych usług do których zastosowanie mają zasady ogólne).⁴⁵

3. Usługi społeczne.

Jedną z istotniejszych zmian dokonanych nowelizacją ustawy Pzp związanych z implementacją nowych dyrektyw UE było uchylenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe.⁴⁶ w odniesieniu do których ustawa przewidywała uprawnienie j.s.t. do nie stosowania części przepisów ustawy. Uwzględnienie w ustawie złagodzonego reżimu prawnego w odniesieniu do usług niepriorytetowych było możliwe z uwagi na to, iż wcześniej obowiązujące dyrektywy⁴⁷ nie miały do tych usług pełnego zastosowania.

Celem nowych dyrektyw UE przyjętych w roku 2014 było m.in. objęcie niektórych usług niepriorytetowych pełnym zakresem stosowania dyrektyw UE z uwagi na uznanie ich transgranicznego charakteru.⁴⁸ Usunięcie z ustawy Pzp prze-

pisów dotyczących usług niepriorytetowych było zatem konsekwencją zmian dokonanych w prawie unijnym. W obecnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp, pojęcie „usług niepriorytetowych” i zasady ich udzielania zostało utrzymane jedynie dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁴⁹ z uwagi na to, iż modernizacja dyrektyw dokonana w roku 2014 nie dotyczyła dyrektywy regulującej zasady udzielania zamówień w tych dziedzinach.

Jednocześnie prawodawca unijny uznał jednak, iż niektóre z usług takie jak np. usługi społeczne, edukacyjne, prawnicze, hotelarskie czy restauracyjne nadal budzą ograniczone zainteresowanie przedsiębiorców z innych państw członkowskich UE i mają ograniczony wymiar transgraniczny. Z tego względu w stosunku do niektórych usług określanych wspólnym mianem „usług społecznych i innych szczególnych usług” przewidziano wprawdzie harmonizację procedur na poziomie dyrektyw ale w ograniczonym zakresie oraz od wyższego niż dotychczas progu, tj. 750 tys. euro w przypadku usług podlegających dyrektywie „klasycznej”⁵⁰ oraz 1 mln euro w przypadku usług podlegających Dyrektywie „sektorowej”⁵¹

Szczególny reżim udzielania zamówień na „usługi społeczne i inne szczególne usługi” został uwzględniony w przepisach Działu III ustawy Pzp⁵² a więc działu regulującego szczególne zasady proceduralne w odniesieniu do niektórych zamówień publicznych. Umiejscawiając w tym dziale normy dotyczące usług społecznych ustawodawca dał wyraz, iż normy te w relacji do norm ogólnych traktuje jako mające charakter *lex specialis*. Co więcej, treść przepisów szczególnych dotyczących usług społecznych wskazuje, iż przepisy ogólne ustawy mają zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy przepisy szczególne dotyczące tych usług ich stosowanie przewidują. Normy ustawy mają zatem ograniczone zastosowanie do usług społecznych. Jest to zupełnie inna regulacja w stosunku do poprzedniego stanu prawnego odnoszącego się do usług niepriorytetowych, do których zastosowanie miały wszystkie przepisy ustawy Pzp z wyjątkiem tych, których możliwość niezastosowania była wyraźnie wskazana.

Wyznaczając zakres przedmiotowy stosowania przepisów właściwych dla zamówień społecznych, ustawodawca odwołał się do załączników poszczególnych dyrektyw.⁵³ Odmienne niż w przypadku katalogu usług niepriorytetowych, katalog usług społecznych określony w załącznikach do dyrektyw ma charakter zamknięty.⁵⁴ Dla praktyki j.s.t. istotne jest, iż wśród usług kwalifikowanych do „usług społecznych i innych szczególnych usług” uwzględnione zostały takie usługi jak: usługi zdrowotne, społeczne, usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury, usługi hotelowe i restauracyjne, niewyłączone z obowiązku stosowania ustawy usłu-

⁴⁵ W literaturze można spotkać dalej idący pogląd, wskazujący na możliwości stosowania procedur w oparciu o główny przedmiot tylko wtedy, gdy ma on charakter obiektywnie niemożliwy do rozdzielenia J. Czarna, *Zamówienia mieszane w: M. Olejarz, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, UZP 2014 r., s. 17.

⁴⁶ Uchylenie ustawą z dnia 22.06.2016 r. art. 2a, 5, 5a ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68)

⁴⁷ Dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65) oraz Dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 243)

⁴⁸ Motyw 113 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw 119 preambuły do Dyrektywy 2014/25/UE.

⁴⁹ Przepisy art. 131bb ustawy Pzp oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (poz. 1135)

⁵⁰ Motywy 114-117 preambuły oraz art. 74 i n. Dyrektywy 2014/24/UE.

⁵¹ Motywy 12-123 preambuły oraz art. 91 i n. Dyrektywy 2014/25/UE.

⁵² Dodanie nowego rozdziału 6 (przepisy art. 138g-138s).

⁵³ Wykaz usług społecznych i innych szczególnych usług stanowi załącznik XIV do dyrektywy klasycznej oraz załącznik XVII do dyrektywy sektorowej (art. 138h).

⁵⁴ Ostatnią kategorią usług z załączników stanowi ogólna kategoria usług różnych, ale z odesłań do kodów CPV wynika, iż pod tą kategorią kryją się jedynie usługi w zakresie formowania opon i kowalskie.

gi prawne, ochroniarskie, pocztowe. Pojęcia te, prawodawca unijny definiuje odwołując się do poszczególnych kodów Wspólnego Słownika Zamówień.⁵⁵

Przepisy rozdziału regulującego zasady udzielania zamówień społecznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi dyrektyw⁵⁶ z wyjątkiem art. 138o, który może mieć zastosowanie dla zamówień społecznych o niższej wartości.

Udzielając zamówień społecznych o wartości równej lub większej niż progi unijne dla zamówień społecznych zobowiązany jest uwzględniać jedynie wymagania dotyczące:

- wszczęcia postępowania za pomocą ogłoszenia o zamówieniu lub za pomocą wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Zamawiający może wyjątkowo odstąpić od publikacji ogłoszenia w sytuacjach przewidzianych dla stosowania trybu z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia (art. 138i);
- stosowania zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zasady obiektywizmu nakazującą wyłącznie osób wykonujących czynności w postępowaniu lub mogącymi mieć wpływ na wynik postępowania pozostających w konflikcie interesów wynikającym z okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp (art. 138k);
- odpowiedniego stosowania przepisów odnoszących się do unieważniania postępowania (art. 138k);
- stosowania zasad komunikacji w postaci elektronicznej⁵⁷ oraz dokumentowania postępowania (art. 138l), zasad odnoszących się do podstaw wykluczenia i warunków udziału, opisu przedmiotu zamówienia i szacowania wartości zamówienia (art. 138m), odrzucania ofert w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 138r ust. 1), stosowania obok kryterium ceny lub kosztu także innych kryteriów oceny ofert (art. 138r ust. 3)
- przekazania do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (art. 138s),
- poddania prowadzonego postępowania kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w przypadku jej wszczęcia) oraz uwzględniania obowiązków wynikających z przepisów dotyczących środków ochrony prawnej np. zakazu zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania (art. 138l).

Zamawiający posiada znaczącą swobodę w określeniu zasad obowiązujących w postępowaniu (art. 138k oraz art. 138n). W ramach przyznanych uprawnień, zamawiający nie jest związany minimalnymi terminami składania ofert lub wniosków (art. 138q). Z przepisów nie wynika także obowiązek przestrzegania terminów dotyczących zawieszania terminu zawarcia umowy po przekazaniu wykonawcom informacji

⁵⁵ Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) - Dz.Urz. UE L 340 z 16.12.2002 r., s. 3)

⁵⁶ Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zwanych dalej „zamówieniami na usługi społeczne”, jeżeli: 1) wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa; 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych.

⁵⁷ na podstawie art. 15 pkt 2 nowelizacji ustawy od 18 października 2018 roku.

o wyborze oferty najkorzystniejszej.⁵⁸ Zamawiający posiadają także możliwość formułowania dodatkowych przesłanek odrzucenia oferty w dokumentach postępowania (art. 138r ust. 2). Z innych możliwości jakie posiadają j.s.t. warto podkreślić, iż do usług społecznych nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej a więc m.in. wymóg nadawania 40% wagi kryteriom pozacenowym czy też zakaz dotyczący stosowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy. Oznacza to, iż zamawiający może kierować się przy wyborze oferty najkorzystniejszej takimi kryteriami jak np. doświadczenie wykonawcy.

Udzielając zamówień społecznych o wartości mniejszej niż progi unijne, zamawiający ma do wyboru:

1. zastosowanie procedury na zasadach przewidzianych w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp, która ogranicza się do obowiązku udzielenia zamówienia z zastosowaniem zasad przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji, zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenia o zamówieniu zawierającego istotne informacje (w tym o terminie składania ofert, przedmiocie zamówienia oraz jego wielkości lub zakresie, kryteriach oceny ofert) oraz zamieszczenia w BIP informacji o udzieleniu lub nieudzieleniu zamówienia (inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. dotyczące środków ochrony prawnej czy możliwości stosowania trybów z wolnej ręki nie mają zastosowania do udzielanego zamówienia społecznego w oparciu o art. 138o); albo
2. udzielenie zamówienia społecznego zgodnie z zasadami ogólnymi, czyli z zastosowaniem wszystkich przepisów ustawy właściwych dla zamówienia „klasycznego” lub „sektorowego”.

4. Dzielenie zamówień.

Stosownie do treści art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Przepis powyższy wskazuje na uprawnienie przysługujące w tym zakresie zamawiającemu. Z drugiej strony, zamawiający ma obowiązek podania w protokole z postępowania powodów dla których przedmiot zamówienia nie został podzielony (art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp) co mogłoby sugerować, iż zasadą jest dokonywanie podziału zamówień a wyjątkiem wymagającym uzasadnienia brak takiego podziału.

Z przepisów ustawy nie da się wywieść obowiązku podziału zamówienia na części a jedynie obowiązek rozważenia przez zamawiającego celowości podziału zamówienia na mniejsze części przed wszczęciem procedury. O powyższym świadczy brak przepisu prawa materialnego, z którego obowiązek podziału można byłoby wywieść jak i cele normy dyrektywy „klasycznej”, których implementacja stanowiła przyczynę zmian w ustawie. Jak można przeczytać z preambuły *instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę*

⁵⁸ Budzi wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, w szczególności z art. 1 ust. 1 Dyrektywy 89/665/EWG z dnia 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z 30.12.1989 r., s. 33) z kolejnymi zmianami.

autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.⁵⁹

Celem dyrektywy „klasycznej” nie było zatem nałożenie na zamawiającego obowiązku dokonywania podziału zamówień na części ale nałożenie obowiązku rozważenia celowości takiego podziału.⁶⁰ Z kolei dyrektywa „sektorowa” nie przewiduje nawet obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na części, pozostawiając w tym zakresie swobodę regulacji państwowemu członkowskim.⁶¹ Obie dyrektywy określają,⁶² iż każde z państw członkowskich posiada uprawnienie do sformułowania obowiązku podziału określonych przez to państwo kategorii zamówień, niemniej jednak polski ustawodawca z takiej możliwości nie skorzystał. *De lege ferenda*, należy postulować wprowadzenie stosownej regulacji nakładającej obowiązek podziału zamówień „dużych” na mniejsze części.

W obecnym stanie prawnym, wyłączną prerogatywą zamawiającego pozostaje dokonywanie podziału zamówienia na mniejsze części, a w przypadku braku podziału, jego obowiązkiem pozostaje wskazanie powodów takiej decyzji. Powody te oraz ich słuszność nie mogą być przedmiotem oceny przez organy kontroli, czy tym bardziej stanowić podstawy do nakładania sankcji lub kar, co wynika z powyżej cytowanego fragmentu preambuły. Co więcej, w tym samym motywie preambuły do dyrektywy prawodawca podkreśla, iż *wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą*. Tym samym, nie znajduje oparcia w przepisach prawnych stanowisko z którego wynika prawo do oceny legalności działań zamawiających w sytuacji braku podziału zamówień na mniejsze części.⁶³ Kwestia ta powinna być także bardziej zdecydowanie i jednoznacznie artykułowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wprawdzie rozstrzyga „korzystnie” spory zamawiającego z wykonawcami powstałe na tym tle, niemniej jednak dokonując oceny legalności czynności zamawiającego.⁶⁴ Na płaszczyźnie obecnie obowiązujących przepisów, brak jest obowiązku podziału zamówień, a zatem w przypadku braku podziału, nie można takiego działania oceniać jako niezgodnego z przepisami ustawy Pzp.

⁵⁹ motyw 78 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE.

⁶⁰ Tak samo: K. Oldak-Bulanowska, „Rozdział 2.9.4. Rozwiązania na rzecz szerszego udziału MŚP w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego” w: M. Olejarz, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, UZP 2014 r., s. 192.

⁶¹ Motyw 87 preambuły oraz art. 65 Dyrektywy 2014/25/UE.

⁶² Art. 46 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 65 ust. 4 Dyrektywy 2014/25/UE.

⁶³ Opinia UZP „Czy zamawiający, który dokonuje podziału zamówienia na mniej części niż jest to możliwe, narusza przepisy ustawy Pzp?”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-na-czesci> Decyzja co do podziału zamówienia na określoną ilość części należy do zamawiającego. Zamawiający podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb, jednakże jego swoboda jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom. Prawdopodobnie postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy.

⁶⁴ Wyroki Izby Sygn. akt KIO 101/17 oraz Sygn. akt KIO 164/17 dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

Należy także zauważyć, iż na gruncie dyrektywy zalecenie rozważenia podziału zamówienia na mniejsze części sformułowane jest przede wszystkim w odniesieniu do dużych zamówień. *W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części*.⁶⁵

Podział dużych zamówień jest zalecany z uwagi na korzyści jakie mogą wynikać z takiego działania. Po pierwsze, podział takich zamówień może dostosować przedmiot zamówienia do możliwości małych i średnich przedsiębiorstw. Po drugie, umożliwienie szerszego dostępu do zamówienia może prowadzić do szerszej konkurencji oraz uzyskania lepszych efektów z prowadzonego postępowania. Po trzecie, dopuszczając szerszy udział MŚP w postępowaniach stwarzamy szersze możliwości udziału przedsiębiorcom lokalnym.

Tam gdzie zamówienie jest małe i nie ma charakteru złożonego, jest ono dostosowane do potrzeb MŚP. Dokonywanie podziału zamówień „małych” jest zatem niecelowe. Co więcej, podział taki może przynieść negatywne skutki dla konkurencyjności postępowania i racjonalności wydatków, albowiem jeśli zamówienie za bardzo rozdrobni, to może ono przestać być atrakcyjne także dla MŚP. Tym samym, w ocenie autora, za wystarczające uzasadnienie dla braku podziału zamówienia na mniejsze części należy uznać fakt, iż zamówienie i tak jest małe i z tego względu już dostosowane do potrzeb MŚP a jego dalszy podział mógłby przynieść negatywne konsekwencje dla konkurencyjności i efektywności prowadzonego postępowania.

Preambuła do dyrektywy⁶⁶ wskazuje, iż brak podziału może być także uzasadniony w szczególności okolicznościami w których *podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia*.

Jak już wskazano wcześniej, obowiązkiem zamawiającego jest rozważenie celowości podziału zamówień na mniejsze części. Konsekwencją wynikającą z wypełnienia powyższego obowiązku może być zatem przemyślane i „celowe” działanie zamawiającego polegające na podziale zamówienia na mniejsze części. Tym samym, zamawiający może swobodnie dokonywać podziału jednego zamówienia na mniejsze części pamiętając o obowiązku łączenia wartości wszystkich udzielanych części podzielonego zamówienia.

Na płaszczyźnie norm ustawy Pzp dopuszczalne stało się zatem celowe dzielenie zamówienia, którego jedną z konsekwencji może być odejście od stosowania ustawy lub stosowanie reguł mniej rygorystycznych dla niektórych (małych) części większego zamówienia. Warunki i zakres w jakich zamawiający może stosować procedury właściwe dla wartości części zamówienia a nie wartości całego zamówienia okre-

⁶⁵ Motyw 78 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE.

⁶⁶ Motyw 78 Preambuły do dyrektywy klasycznej.

ślony jest w art. 6a ustawy Pzp.⁶⁷ Powyższe uprawnienie zamawiającego pozostaje w pełni zgodne z dyrektywami UE, w których należy upatrywać genezy powyższych rozwiązań prawnych.⁶⁸ Jak wskazuje preambuła, *wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy.*

Z powyższego wynika, iż celowy podział dokonywany przez zamawiającego, który w skutkach prowadzi na podstawie art. 6a ustawy Pzp do braku stosowania odpowiednich regulacji ustawy, pozostaje zgodny z prawem zamówień publicznych.

5. Zamówienia „in-house”

Jednostki samorządu terytorialnego realizując zadania własne mogą realizować je na dwa sposoby: poprzez własne jednostki organizacyjne albo poprzez powierzenie realizacji zadania innemu podmiotowi. J.s.t. co do zasady posiadają swobodę w zakresie wyboru sposobu realizacji zadań własnych⁶⁹ a więc do ich wyłącznej kompetencji należy decyzja, czy chcą je realizować samodzielnie czy też powierzyć podmiotom zewnętrznym (z kapitałem prywatnym). Także żaden z przepisów dyrektyw UE jak i ustawy Pzp regulujących zamówienia publiczne nie nakłada na państwa członkowskie UE i jej instytucje obowiązku zlecenia zamówień „na zewnątrz” jeśli zadania te instytucje zamawiające chcą realizować samodzielnie z pomocą własnych jednostek organizacyjnych powołanych do tego celu.⁷⁰

Jednostkami organizacyjnymi za pomocą, których j.s.t. mogą samodzielnie realizować swe zadania własne są zarówno zakład budżetowy jak i spółka prawa handlowego⁷¹ (pod warunkiem iż wszystkie udziały lub akcje spółki należą do j.s.t.), tyle że spółka prawa handlowego jest jednostką organizacyjną o odrębnej od gminy osobowości prawnej

⁶⁷ Art. 6a uPzp: W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli:

1) wartość danej części jest mniejsza niż wyrażona w złotych równoważące kwoty 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych;

2) łączna wartość części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

⁶⁸ K. Ołdak-Bułańska, Rozdział 2.9.4. Rozwiązania... (op.cit.), s. 193.

⁶⁹ C. Banasiński, M. Kulesza, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz., Warszawa 2002 r., s. 51; R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.) Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa, Warszawa 2011, s. 140; A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Warszawa 2000, s. 74; J.J. Zięty, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz., Warszawa 2012 r., s. 51.

⁷⁰ Art. 1 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE *Niniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczególnym obowiązkiem usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26.*

⁷¹ R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.) Ustawa ... (op. cit.) s. 141; A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, Ustawa ... (op. cit.), s. 75; M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz., Warszawa 2008 r., s. 230;

przyznanej jej na podstawie odrębnych ustaw. Powołanie przez gminę zakładu budżetowego czy spółki prawa handlowego oraz tym samym powierzenie realizacji określonych zadań własnych gminy, dokonywane jest w formie stosownej uchwały rady/sejmiku stanowiąc wyraz woli j.s.t. samodzielnej realizacji danego zadania.⁷² Powierzenie realizacji zadania na podstawie aktu administracyjnego własnej spółce lub zakładowi stanowi czynność pozostającą w zakresie władztwa administracyjnego j.s.t. i nie wymaga stosowania procedur ustawy Prawa zamówień publicznych.⁷³ Podobne stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych⁷⁴ oraz sądy administracyjne.⁷⁵ W przypadku komunalnych zakładów budżetowych dodatkowym argumentem przemawiającym za brakiem obowiązku stosowania regulacji właściwych dla zamówień publicznych jest brak odrębnej osobowości prawnej zakładu budżetowego, który wskazuje, iż stosunek j.s.t. a jej zakład budżetowy nie odpowiada definicji zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Powyższy pogląd jest spójny z celami norm dyrektywy UE, które wyrażone zostały w preambułach: *zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.*⁷⁶ Tam, gdzie powołano własne służby do realizacji zadań publicznych nie ma prawnego jak i racjonalnego uzasadnienia dla obowiązku stosowania procedur właściwych dla udzielania zamówień publicznych.

Tym samym, z uwagi brak cech właściwych dla zamówienia publicznego, powołanie jednostki w formie zakładu budżetowego lub spółki i powierzenie realizacji zadań publicznych na innej podstawie niż umowa nie podlega obowiązkowi stosowania ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższej zasady, wyjątek stanowią zamówienia na odbiór odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 6c ust. 2a oraz 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wójt, burmistrz lub prezydent od 1 stycznia 2017 r. ma obowiązek:

- stosować przetarg w trybie ustawy Pzp na odbieranie odpadów komunalnych lub także ich zagospodarowanie od właścicieli nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy,
- udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych lub także ich zagospodarowanie od właścicieli

⁷² Art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f) i h) ustawy ośg

⁷³ Podobnie: R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.) Ustawa ... (op. cit.) s. 141; C. Kosikowski, Komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej oraz wzory aktów gminy dotyczące przekształceń przedsiębiorstw komunalnych., Łódź-Zielona Góra 1997 r., s. 31-32; M. Szydło, Ustawa ... (op.cit.), s. 232; J.J. Zięty, Ustawa ... (op.cit.), s. 46; J. Sadowy, Interes publiczny a obowiązek przetargowy udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych, w: Finans Komunalne Nr 6/2014, s. 47; J. Sadowy, Interes społeczny w przetargowym obowiązku udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych, w: Państwo a gospodarka. Instrumenty prawne realizacji zamówień publicznych. (red.) H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2015 r., s. 91. Odmienne: C. Banasiński, M. Kulesza, Ustawa ... (op.cit.), s. 51.

⁷⁴ Zobacz opinie Urzędu „Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych” oraz bardziej aktualna opinia z 2017 roku „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”, s. 7 dostępne na stronie internetowej www.uzp.gov.pl.

⁷⁵ Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., Sygn. akt II GSK 105/05, wyrok WSA z dnia 10 listopada 2005 r., Sygn. akt III SA/Wa 2445/05.

⁷⁶ Motyw 31 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE.

cieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

Istotną różnicą w odniesieniu do stanu prawnego sprzed 1 stycznia 2017 roku jest zastąpienie obowiązku „stosowania przetargu” jako jedyne sposobu wyboru wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli zasiedlonych nieruchomości obowiązkiem „udzielenia zamówienia publicznego”. W obecnie obowiązującym stanie prawnym udzielenie zamówienia na odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych może odbyć się w inny sposób niż przetarg oraz niekoniecznie w trybie przewidzianym w ustawie Praw zamówień publicznych (np. może być to tryb przewidziany w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷⁷). Powyższa nowa regulacja ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach uwzględnia zatem możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp (tzw. zamówienia in-house) lub na podstawie umowy zawartej w ramach współpracy podmiotów publicznych (art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp).

Z powyższego przepisu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach można wyciągnąć wniosek, iż j.s.t., która nie zawiera umowy z własną spółką lub zakładem budżetowym albowiem wcześniej „powierzono” realizację zadania w zakresie odprowadzania odpadów komunalnych na podstawie aktu administracyjnego, ma pomimo tego obowiązek udzielania jej zamówienia publicznego (zawarcia umowy) by mogła ona nadal realizować to zadanie. Przyjmując powyższe, brak zawarcia umowy w takiej okoliczności należy traktować jako naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach a nie naruszenie ustawy Pzp lub innych ustaw, które takiego obowiązku nie formułują. W takim przypadku, brak zawartej umowy nie podlega ocenie takich organów jak Prezes Urzędu czy Krajowa Izba Odwoławcza, które nie są organami właściwymi do oceny zgodności działań j.s.t. z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach albowiem są to organy właściwe do oceny zgodności postępowania jedynie z ustawą Pzp.

Rozważanie obowiązku zastosowania procedur wynikających z ustawy Pzp jest zasadne jedynie w sytuacji umowy zawieranej pomiędzy dwoma podmiotami prawa (z wyłączeniem powyżej wskazanego wyjątku przewidzianego dla zamówienia na odprowadzanie odpadów komunalnych). Ustawa o gospodarce komunalnej zawiera samoistną normę nakładającą obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy podstawą powierzanego zadania jest umowa.⁷⁸ Powyższe wynika także z ustawy Pzp, zgodnie z którą zamówieniem publicznym jest umowa zawarta między zamawiającym a wykonawcą.⁷⁹

Zawarcie umowy przez j.s.t. swojej spółce komunalnej jest możliwe w każdym trybie przewidzianym ustawą Pzp, przy czym w trybach konkurencyjnych jest to oczywiście możliwe pod warunkiem, że spółka komunalna złoży ofertę najkorzystniejszą. Zasadą jest stosowanie trybów przetargowych (przetargu nieograniczonego lub ograniczonego) a wyjątkiem

wymagającym stosownego uzasadnienia możliwość zastosowania innych trybów.

Nowelizacja ustawy przewidziała od 1 stycznia 2017 roku możliwość bezpośredniego udzielenia zamówienia spółce komunalnej w trybie z wolnej ręki po wykazaniu przez j.s.t. spełnienia odpowiednich przesłanek wskazanych art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Pzp. Odmienne niż przewidziano w dyrektywach UE, które wyłączają obowiązek ich stosowania do zamówień „in-house”, ustawodawca krajowy przewidział obowiązek stosowania procedury ustawy Pzp do tych zamówień tyle, że w trybie z wolnej ręki.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie ma na celu objęcie szerszym nadzorem prawidłowości umów zawieranych pomiędzy j.s.t. a spółkami komunalnymi, w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku i jego konkurencyjności. Nie jest to jedyne ograniczenie wprowadzone przez ustawodawcę w zakresie „in-house” mające na względzie ograniczenie ryzyka nadużywania wyłączeń „in-house”. Innymi przyjętymi przez ustawodawcę rozwiązaniami są: ustalenie 90% progu przychodu spółki z tytułu realizacji zadań na rzecz j.s.t., a więc wyższego niż przewidziany dyrektywami UE, ograniczenie możliwości zlecenia podwykonawstwa przez spółkę komunalną przy wykonywaniu umów zawartych w trybie „in-house”, wprowadzenie szczególnych zasad nadzoru nad zawieranymi umowami, wygaśnięcie umowy w przypadku nabycia udziałów lub akcji spółki komunalnej przez podmiot prywatny, szersze możliwości unieważnienia zawartych umów.

Analogicznie jak w przypadku pozostałych przesłanek uprawniających do stosowania trybu z wolnej ręki, tak i w przypadku zamówień „in-house” udzielanych w tym trybie na zamawiającym spoczywa ciężar dowodzenia, iż zachodzą przesłanki uprawniające do ich zastosowania. W uproszczeniu, j.s.t. zobowiązane są wykazać spełnienie trzech okoliczności przy udzielaniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 utworzonym przez siebie osobom prawnym: 1) sprawowania na wykonawcą kontroli analogicznej do kontroli nad własnymi jednostkami organizacyjnymi 2) brak udziału kapitału prywatnego 3) osiągnięcia ponad 90% przychodu osoby prawnej za 3 lata poprzedzające udzielane zamówienie osiągnięte zostało z tytułu wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego.

W sytuacji, gdy osoba prawna jest spółką ze 100% udziałem j.s.t. i z aktów kreujących nie wynika ograniczenie istotnych uprawnień właścicielskich j.s.t. uznaje się, iż dwie z pierwszych wskazanych powyżej przesłanek są spełnione. Jak pokazuje praktyka, trzecia przesłanka jest najtrudniejsza do wykazania przez zamawiających⁸⁰ albowiem wymaga udowodnienia, iż w okresie ostatnich trzech lat 90% przychodu (wpływów pomniejszonych o VAT) pochodziło z realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego, co wymaga odwołania się do określonych dowodów (głównie sprawozdań finansowych). Jeśli ze sprawozdań finansowych nie można

⁸⁰ Próg 90% przychodu jest wyższy niż przewidziany dyrektywami, które określają, iż bezpośrednie zlecenie jest możliwe przy osiągnięciu 80% przychodu z tytułu realizacji zadań powierzonych przez macierzystą JST. Orzecznictwo wskazuje, iż JST mają problem z wykazaniem spełnienia tej przesłanki (wyrok KIO o Sygn. akt 158/2017 oraz wyrok KIO Sygn. akt KIO 328/2017)

⁷⁷ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (poz. 1920).

⁷⁸ Art. 3 ust. 1 ustawy ogk

⁷⁹ Art. 2 pkt 13 ustawy Pzp

wywieść powyższych danych, co do zasady j.s.t. obowiązana jest wykazać, iż procent ten został osiągnięty poprzez reorganizację działalności spółki za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Taka reorganizacja działalności może polegać m.in. na rezygnacji przez spółkę z działalności prowadzonej na rzecz zamawiających innych niż własna j.s.t. (np. rozwiązania zawartych umów).⁸¹

Uzasadnienie dla stosowania trybu z wolnej ręki, j.s.t. jest zobowiązana uwzględnić w „informacji o zamiarze zawarcia umowy” zamieszczonej na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej (BIP).⁸² Zamieszczenie informacji w BIP ma charakter obligatoryjny w przeciwieństwie do „ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy” w trybie z wolnej ręki, którego zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ma charakter fakultatywny.

Z zamieszczeniem informacji w BIP związany jest doniosły skutek prawny w postaci zakazu zawarcia umowy przez okres 14 dni od dnia zamieszczenia informacji (art. 67 ust. 12) pod rygorem jej unieważnienia (art. 146 ust. 1 pkt 7).

Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać „kluczowe” części tych usług lub robót (art. 36a ust. 2a). Ograniczenie wynikające z powyższego przepisu nie ma zastosowania przy udzielaniu zamówień spółce komunalnej na innej podstawie niż art. 67 ust. 1 pkt 12–14 ustawy Pzp (w innym trybie lub powierzenia zadań w trybie aktów administracyjnych).

Truizmem jest twierdzenie, iż określenie części o kluczowym znaczeniu należy ustalać w sposób zindywidualizowany w każdym postępowaniu. W tym przypadku zasadniczą kwestią pozostaje rozumienie „kluczowości”. Posiłkując się znaczeniem tego słowa nadawanym w języku polskim należy dojść do wniosku, iż chodzi o część „podstawową, główną, najważniejszą”.⁸³ Za takąową należy uznać tę część zamówienia, która je definiuje. Pomocną w ustaleniu, która z części zamówienia ma charakter „kluczowy” może być określenie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przedmiotu zamówienia za pomocą „głównego” kodu CPV (oczywiście przy założeniu, iż określenie to jest zgodne z zasadami). Przyjmując taką metodę za zasadną w przypadku odbioru odpadów komunalnych za „kluczową” należałoby uznać usługę „wywozu stałych odpadów miejskich” (kod 90513200-8). W tym przypadku, za część nie mającą kluczowego charakteru można byłoby uznać np. obowiązek zapewnienia przez spółkę komunalną mieszkańcom pojemników na odpady i związany z tym obowiązek zakupu pojemników u innego przedsiębiorcy. Świadczenie to ma charakter uboczny i służy jedynie realizacji części głównej zamówienia zaś przeciętny przedsiębiorca działający na rynku usług odbioru odpadów komunalnych nie zajmuje się ich wytwarzaniem.

Powyższe wydaje się zgodne także z celem art. 36a ust. 2a ustawy Pzp, który ma ograniczać możliwości stosowania

trybu z wolnej ręki tylko na rzecz spółek komunalnych, które są zdolne do realizacji tych zamówień (lub ich części) zaś w zakresie wykraczającym poza możliwości realizacji przez spółkę komunalną udzielanie zamówień w trybie zapewniającym konkurencję. Tym samym, w celu zapewnienia konkurencyjności na rynkach lokalnych, wyrażeniu używanemu w art. 36a ust. 2a „kluczowej” część zamówienia należałoby nadać szerokie znaczenie, w przeciwieństwie do potrzeby ograniczania znaczenia nadawanego temu samemu pojęciu używanemu w okolicznościach art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Oba ustępy, pomimo odwoływania się do tego samego pojęcia, ustanawiane zostały w innych celach co uzasadnia nadawanie normom innego znaczenia.

Umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 wygasa ex lege z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, udział uzyskał kapitał prywatny, prócz PPP i udziału pracowniczego (art. 146a). Uzasadnieniem dla powyższego rozwiązania jest zapewnienie prawidłowości funkcjonowania rynków która mogłaby być zagrożona w przypadku uzyskania udziałów w podmiocie publicznym przez podmiot prywatny, której wcześniej udzielono by w trybie z wolnej ręki zamówienia np. na wiele lat. Pozycja takiego podmiotu prywatnego względem innych podmiotów działających na tym samym rynku lub chcących prowadzić taką działalność byłaby niewątpliwie w ten sposób uprzywilejowana prowadząc do zakłócenia prawidłowego funkcjonowania rynku i jego konkurencyjności.

Organ sprawujący nadzór nad zamawiającym, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12–15, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni (art. 144b ust. 1). Właściwą formą dla zakazu o charakterze czasowym (do czasu wyjaśnienia sprawy, nie dłużej niż 21 dni) wydaje się postanowienie wydane na podstawie K.p.a. Jeśli organ nadzoru stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia zakazuje zawarcia umowy w formie decyzji administracyjnej, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie.⁸⁴

W przypadku bezskutecznego upływu terminu, organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części. Wyrok sądu ma charakter konstytutywny, a więc umowa wywołuje skutki prawne do czasu jej unieważnienia przez sąd.

⁸¹ Wyrok KIO Sygn. akt 96/2017.

⁸² Art. 67 ust. 11 pkt 5 ustawy Pzp.

⁸³ Znaczenie słowa „kluczowy” zawarte w Słowniku języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, dostępnego na stronie internetowej www.sjp.pwn.pl

⁸⁴ Poprzez analogie można odwołać się do art. 98 ustawy osg.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

Opinie i analizy NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl