

2011

# Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów  
Urzędu Zamówień Publicznych  
Lipiec 2010 – Czerwiec 2011



**KAPITAŁ LUDZKI**  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



**UNIA EUROPEJSKA**  
EUROPEJSKI  
FUNDUSZ SPOŁECZNY



# Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów  
Urzędu Zamówień Publicznych  
Lipiec 2010 – Czerwiec 2011

## **Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych**

Opracowanie:  
Urząd Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa  
[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

Wydawca:  
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości  
ul. Pańska 81/83  
00-834 Warszawa  
[www.parp.gov.pl](http://www.parp.gov.pl)

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011  
© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-023-5

Wydanie I

Nakład 7000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:  
Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

# Słowo wstępne

Prezentujemy Państwu publikację Opinii prawne w zakresie zamówień publicznych, w której omówione są wybrane zagadnienia prowadzenia postępowań i udzielania zamówień, wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tematyka opracowań dotyczy przepisów, których zastosowanie w praktyce może ułatwić przedsiębiorcom z sektora MSP uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Treść publikacji może być również pomocna w poszukiwaniu rozwiązań w procesie prowadzenia postępowań przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy.

Publikacja została przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych w oparciu o artykuły zawarte w Informatorach Urzędu Zamówień Publicznych i jest wydawana w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”.

W projekcie przewidziane są kompleksowe działania, prowadzone w skali ogólnopolskiej, mające na celu wzrost wiedzy o możliwościach, jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie nowego podejścia oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień publicznych.

Założenia projektu zostały opracowane na podstawie rekomendacji zawartych w dokumencie rządowym „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, opracowanym w 2008 roku przez Ministerstwo Gospodarki i Urząd Zamówień Publicznych.

Wyrażamy nadzieję, że zebrane w publikacji opinie prawne będą mogły być wykorzystane zarówno przez zamawiających jak i wykonawców w procesie udzielania i ubiegania się o zamówienia publiczne. Zachęcamy do lektury.

***Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych***

***Bożena Lublińska – Kasprzak – Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości***



## Spis treści

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.....	7
Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne.....	10
Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków .....	12
Zakres dokumentów, jakie może przedstawić wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).....	15
Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe.....	18
Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5.....	23
Stosowanie art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych.....	32
Udzielanie zamówień wielorodzajowych .....	34
Wspólne udzielenie zamówienia – art. 16 ustawy Pzp.....	36
„Prawo opcji” w ustawie Prawo zamówień publicznych.....	38
Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy .....	41
„Samodzielność finansowa” wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp.....	42



# Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych

INFORMATOR NR 7/2010

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła zasadnicze zmiany w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania. Są one przede wszystkim konsekwencją zmian w zakresie konstrukcji nieważności umowy, spowodowanej wdrażaniem postanowień dyrektywy odwoławczej i zastąpieniem bezwzględnej nieważności umowy nieważnością względną. Ww. nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. wprowadziła ponadto jeszcze jedną, dodatkową przesłankę unieważnienia postępowania, której cechą szczególną jest jej fakultatywny charakter.

Z dotychczasowego brzmienia art. 93 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w ww. przepisie ustawy. W konsekwencji, działanie zamawiającego w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania musiało być pozbawione jakiegokolwiek uznaniowości. W aktualnym stanie prawnym powyższe uwagi zachowują pełną aktualność w stosunku do obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Bez wątpliwości bowiem normy prawne zawarte w art. 93 ust. 1 mają imperatywny charakter.

Odmienne wnioski natomiast wypływają z analizy przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, który statuuje uprawnienie zamawiającego do podjęcia suwerennej decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania, w sytuacji objętej dyspozycją tego przepisu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający może (a więc – nie ma obowiązku) unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane. Dla możliwości skorzystania z tej przesłanki niezbędne jest jednak, aby możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo



- zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
- zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Korzystając z tej możliwości zamawiający, który zamierza ubiegać się o dofinansowanie ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) ma możliwość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest on jednak w tej sytuacji zobowiązany do poinformowania potencjalnych wykonawców o tym, że istnieje możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji, gdyby środki te nie zostały przyznane, a okoliczność taka zaistniałaby w trakcie prowadzonego postępowania.

Podkreślenia wymaga fakt, że treść przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie przesądza o tym, iż przekonanie zamawiającego o tym, że faktycznie uzyska środki unijne lub pochodzące z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) powinno być poparte uzyskaniem przez niego promesy otrzymania ww. środków po wstępnej akceptacji wniosku o dofinansowanie przez instytucję przekazującą fundusze na realizację określonych inwestycji, czy też podpisaniem umowy z instytucją finansującą. Przy czym unieważnienie postępowania, z powodu nie uzyskania ww. środków, należy odnosić do sytuacji ostatecznej odmowy zawarcia umowy o dofinansowanie lub innej sytuacji uzyskania informacji o braku dofinansowania po konsultacji z Ministerstwem Rozwoju Regionalnego. Zamawiający jest zatem uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku wypełnienia dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1a – do jego unieważnienia, nie tylko w sytuacji, gdy na skutek pozytywnej weryfikacji jego wniosku o dofinansowanie pod względem formalnym i merytorycznym wygrał określony konkurs, jednak z jakiś przyczyn (np. zmiany kursu euro, przesunięć środków w ramach projektu, itp.) dofinansowania nie uzyskał, ale także w przypadku, gdy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopiero planując ubieganie się o uzyskanie dofinansowania na realizację określonego projektu i przygotowywał stosowną dokumentację, działając z należytą starannością w przekonaniu, że ma szansę uzyskać określone środki, ale do zawarcia stosownej umowy nie doszło. A zatem, dyspozycja przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie została zawężona tylko do przypadku, w którym zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego działał w uzasadnionym przekonaniu, że będzie dysponował kwotą na wykonanie przedmiotu zamówienia lub refinansowaniem wydatków poniesionych w związku z realizacją zamówienia, jednakże w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki te nie zostały mu przyznane, ale obejmuje również sytuacje, w których zamawiający jedynie liczył na uzyskanie określonych środków, do czego ostatecznie nie doszło. Ze względu na wielość możliwych stanów faktycznych wynikających z praktycznego zastosowania powyższej regulacji, nie jest uzasadnione dokonywanie przeglądu i analizy poszczególnych przypadków, co stanowi uzasadnienie dla twierdzenia, że okoliczności stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp powinny być rozpatrywane *ad casum*.

Jak zostało wskazane wyżej, fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określona w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, znajdzie zastoso-

wanie tylko i wyłącznie w odniesieniu do zamówień współfinansowanych ze środków pochodzących z Unii Europejskiej oraz z niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA). Powyższe ustawodawca uzasadnia tym, że zamawiający często wszczynają postępowania o udzielenie zamówienia, które ma być finansowane ze środków unijnych, jeszcze przed uzyskaniem ostatecznych decyzji w sprawie dofinansowania, co podyktowane jest koniecznością dotrzymania sztywnych terminów realizacji projektów. Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana w ogóle, lub zostanie wprowadzie podpisana, ale w innym od pierwotnego kształcie, zamawiający może nie być w stanie ponieść ciężaru sfinansowania całości zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań. Dlatego niezbędne było wyraźne wskazanie możliwości unieważnienia postępowania w takich sytuacjach. Jednocześnie, celem zapewnienia pełnej przejrzystości, ustawodawca wprowadził obowiązek uprzedniego informowania wykonawców o możliwości takiego unieważnienia.

# Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne

INFORMATOR NR 8/2010

Kwestia możliwości zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne pojawia się na tle ogólnego zagadnienia – czy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, mogą w sposób odmienny niż przewidziany w umowie konsorcjum uregulować podstawę prawną współdziałania w celu realizacji zamówienia.

Odpowiedź na powyższe pytanie uzależniona jest od tego, czy zmiana formy prawnej „współpracy” nie spowoduje zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy. Co do zasady bowiem zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy jest niedopuszczalna. Zważyć bowiem należy, że zasada wynikająca z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp ma również swoje konsekwencje po etapie zawarcia umowy, powodując brak możliwości dokonania zmiany umowy w zakresie podmiotu zobowiązanego do jej wykonania. Podmiotowe przekształcenie umowy, dokonywane w celu zmiany podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia publicznego, pozostawać będzie zawsze w sprzeczności z celem udzielania zamówień. Jeżeli zatem wybrana przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie forma współdziałania nie wpłynie na zmianę wykonawcy w tym sensie, iż nie powstanie nowy podmiot prawa, który miałby wstąpić w prawa i obowiązki dotychczasowych wykonawców, to uznać należy, iż forma taka będzie dopuszczalna. Wskazać zatem należy, że spółka cywilna będzie stanowiła dozwoloną formę prawną współdziałania w celu realizacji zamówienia, jest ona bowiem, zgodnie z art. 860 § 1 kc – umową, w której wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Umowa spółki tworzy między jej stronami jedynie stosunek zobowiązaniowy, natomiast nie kreuje nowego podmiotu wyposażonego w osobowość prawną (art. 33 kc) lub chociażby zdolność prawną (art. 33<sup>1</sup> kc). Spółka cywilna nie jest zatem podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, lecz jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników (por. wyrok SN z dnia 28 października 2003 r. w sprawie I CK 201/02). Ponadto spółka cywilna nie uzyskuje statusu przedsiębiorcy, zgodnie bowiem z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807) przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, oraz wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. A zatem to wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka, są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych należy traktować jako wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 maja 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05). Oznacza to również, że spółka cywilna nie może być stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a umowa taka może zostać zawarta wyłącznie ze współnikami spółki cywilnej, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną.

W wyniku zawarcia umowy spółki cywilnej nie powstaje zatem nowy podmiot prawa, co ma zasadnicze znaczenie dla możliwości zawiązania jej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, należy wskazać, że przepis art. 141 ustawy Pzp regulujący zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie można wyłączyć jego stosowania przez jakiegokolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność. Oznacza to, że podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym przez sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy (art. 366 k.c. w zw. z art. 14 i 141 ustawy Pzp). Tym samym, przyjęta przez wykonawców forma prawna współpracy nie ma wpływu na kwestię odpowiedzialności za należyte wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia. Z punktu widzenia zamawiającego bez znaczenia są więc postanowienia – czy to umowy konsorcjalnej, czy to umowy spółki cywilnej, określające prawa i obowiązki poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego związane z realizacją wspólnego celu, jakim jest wywiązanie się z zawartej z zamawiającym umowy. Ewentualne uzgodnienia dokonane przez wykonawców mogą mieć znaczenie jedynie dla wzajemnych rozliczeń wykonawców.

Na marginesie jedynie zaznaczyć można, iż art. 864 k.c. dotyczący odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki reguluje tę kwestię podobnie jak art. 141 ustawy Pzp. Jednak współnicy odpowiadają solidarnie za zobowiązania spółki, a zatem za wszelkie zobowiązania powstałe w czasie jej trwania w związku z działaniami podejmowanymi dla osiągnięcia określonego w umowie spółki celu gospodarczego.

Wobec faktu, iż zawarcie umowy spółki cywilnej po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmioty, które wspólnie realizują zamówienie, nie ma wpływu na stronę podmiotową umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz bezwzględnie obowiązującą normą prawną dotyczącą odpowiedzialności solidarnej takich podmiotów za należyte wykonanie umowy, uznać należy, iż brak jest przeszkód dla uregulowania formy prawnej współpracy podmiotów, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci umowy spółki cywilnej. Zawarcie umowy spółki cywilnej będzie zatem możliwe zarówno w toku postępowania, przed zawarciem umowy, a także po zawarciu przez takich wykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy zwrócić przy tym uwagę, że przewidziana w art. 23 ust. 4 ustawy Pzp możliwość żądania przez zamawiającego przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego regulującej współpracę wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia stanowi jedynie dodatkowy dokument, który pozwala na potwierdzenie kręgu podmiotów, na których spoczywa obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a – co za tym idzie – konsekwencji uchylenia się od podpisania ww. umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum.

# Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

INFORMATOR NR 9/2010

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Od warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem każde postępowanie o zamówienie publiczne różni się od siebie choćby pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd. W postępowaniu o zamówienie publiczne konieczna jest zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków stanowi kryteria oceny, jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest przez zamawiającego. Należy przytoczyć wyrok SO w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r., sygn. akt II Ca 168/06, w którym stwierdzono, iż „Słusznie zauważa pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż z treści przepisu art. 22 ust. 1 Pzp można wyinterpretować normę prawną, której uszczegółowienie jest możliwe dopiero w zestawieniu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tym podmiotom, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną

wiedzę oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji tego przepisu jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwi prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście zatem jest, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania." W kolejnym wyroku z dnia 5 października 2005 r. sygn. akt V Ca 1021/05 Sąd Okręgowy stwierdził, iż: „co do wymagań odnośnie potencjału technicznego wykonawcy w zakresie sprzętu i liczby pracowników o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu, miały one na celu zagwarantowanie terminowości i jakości prac. Nie istnieje nadto przepis zakazujący zawierania takich warunków w siwz. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wprowadza więc zakazu określenia przez zamawiającego w siwz minimum wymaganego potencjału technicznego i ludzkiego. (...)". W ocenie Sądu Okręgowego żądanie zamawiającego sprowadza się do przedstawienia wyżej wymienionej informacji, a sprecyzowanie liczby i rodzaju urządzeń oraz liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia nie jest sprzeczne z powoływany wyżej przepisem.

Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków z jednej strony pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (pomijając już to, iż stanowiłoby to naruszenie ustawy) prowadziłby do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes poszczególnych wykonawców.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednakże nie każde ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, będzie stanowiło naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy. Bowiem, ograniczenie to musi być uzasadnione w sposób obiektywny, wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego mających swoje źródło w zakresie przedmiotowym zamówienia, jego trudności i przyjętych w przepisach prawa lub ustalonych zwyczajach wymaganiach dla podmiotów wykonujących tego rodzaju czynności lub prowadzących tego rodzaju działalność. Brak sformułowania w postępowaniu przez zamawiającego jakiegokolwiek warunku w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej i ekonomiczno-finansowej prowadzi w konsekwencji do ko-

nieczności udzielenia zamówienia każdemu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, ma prawo do występowania w obrocie prawnym i posiada przewidziane w ustawach szczególnych uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Jakkolwiek zamawiający nie ma obowiązku mnożenia zbędnych, mogących utrudniać sprawne przeprowadzenie postępowania warunków udziału, to jednak powinien wziąć pod uwagę okoliczność, iż w przypadku gdy z uprawnienia sformułowania i doprecyzowania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 nie skorzysta, nie będzie miał żadnych możliwości weryfikacji i zakwestionowania dopuszczenia do wykonywania zamówienia wykonawcy, który spełnianie warunków udziału w postępowaniu zadeklaruje, tj. złoży stosowne oświadczenie wymagane przepisami ustawy”. Co więcej, opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Ponadto, opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków z dnia 26 lutego 2003 r., Sygn. akt: V Ca 221/03 Sąd Okręgowy stwierdził, iż „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich niespełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.” Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają one dalszego opisu przez zamawiającego. Stąd też, w stosunku do tych warunków, zamawiający poprzestaje jedynie na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza art. 26 ust. 2a ustawy, który wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z kolei w myśl rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału.

A zatem mając na uwadze powyższe rozważania, należy uznać, iż zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, ale jedynie tych, które uważa za niezbędne dla zagwarantowania rzetelnego wykonania zamówienia.

# **Zakres dokumentów, jakie może przedstawić wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp)**

## **INFORMATOR NR 10/2010**

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od wykonawcy na potwierdzenie jego zdolności do realizacji zamówienia, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Zasada powyższa doznaje modyfikacji na gruncie zamówień sektorowych, w stosunku do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej „Pzp”).

Wykonawca w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia może także polegać na zasobach podmiotów trzecich (por. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Korzystając z tego uprawnienia, jest on zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, że przy realizacji zamówienia, jeżeli je uzyska, będzie tymi zasobami dysponował. W konsekwencji wykonawca, który wykaże swoje prawo do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego po uzyskaniu zamówienia ma prawo do przedstawienia w tym zakresie – w miejsce dokumentów odnoszących się do wykonawcy – dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, np. wykazu pracowników i sprzętu tego podmiotu, referencji, itp. zgodnie z wymaganiami odnośnie dokumentów stawianymi przez zamawiającego.

A zatem, w sytuacji, gdy wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, bez powoływania się na zasoby innych podmiotów, fakt realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy nie powoduje konieczności przedkładania przez wykonawcę żadnych dokumentów dotyczących podwykonawcy.

Natomiast, jeżeli zgodnie § 1 ust. 2 rozporządzenia, wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu



do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia, tj.: 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia; 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy; 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia i tylko pod warunkiem, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do wykonawców, poprzez wskazanie analogicznych dokumentów jak tych żądanych bezpośrednio od wykonawców, w zakresie określonych rozporządzeniem.

Jak zostało wskazane wyżej, w sytuacji gdy wykonawca celem wykazania zdolności do realizacji zamówienia powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, ustawa Pzp w art. 26 ust 2b wymaga, by wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie on dysponował tymi zasobami w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia zasobów. Ustawa Pzp nie precyzuje zatem, za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Ustawa nie wskazuje również, jaką formę oraz treść powinno mieć owo zobowiązanie. Może przybrać ono formę jednej z umów nazwa-

nych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – w zależności od danego przedmiotu zamówienia publicznego czy charakteru zobowiązania – może być wyrażone w jednym dokumencie, jak również być podparte całym pakietem innych dokumentów. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego tylko przy pomocy jednego dokumentu – pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, czy też przy pomocy wielu dokumentów dotyczących tego podmiotu, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

Niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji wyżej określonej właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Reasumując, jeżeli wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków podmiotowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego powinien on (nie podwykonawca) udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował przy realizacji tego zamówienia tymi zasobami, na które się powołuje. W tym celu oprócz np. zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów powinien on przedłożyć wymagane przez zamawiającego dokumenty podmiotowe, dotyczące zasobów podmiotu trzeciego w zakresie, w jakim wykonawca będzie nimi dysponował przy realizacji zamówienia.

# Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe

**INFORMATOR NR 11/2010**

W stosunku do zamówień publicznych realizowanych celem nabycia usług szkoleniowych lub edukacyjnych, zastosowanie znajduje procedura wskazana w art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „Pzp”). Zakres przedmiotowy art. 5 ustawy Pzp należy bowiem odnosić do treści załącznika Nr 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68), szczegółowo poprzez ustalenie rodzajów usług odpowiadających kodom Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Wskazane Rozporządzenie w załączniku Nr 2 klasyfikuje usługi szkoleniowe jako usługi niepriorytetowe w kategorii 24. Kategoria ta obejmuje wszystkie rodzaje usług określone kodami od 80000000-4 do 80660000-8 z wyjątkiem usług opatrzonych kodami 80533000-9 – usługi zapoznawania użytkownika z obsługą komputera i usługi szkoleniowe, 80533100-0 – usługi szkolenia komputerowego oraz 80533200-1 – kursy komputerowe. Ww. usługi, wyłączone z kategorii usług szkoleniowych, sklasyfikowane zostały w kategorii 27 załącznika Nr 2 jako inne usługi niepriorytetowe. Aktualny Słownik, w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 września 2008 r., stanowi załącznik do Rozporządzenia Komisji Nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie WE Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. U. UE z 15. 03. 2008 r. L 74/1). CPV wśród usług edukacyjnych i szkoleniowych wymienia między innymi: usługi szkolnictwa podstawowego (kod: 80100000-5), usługi szkolnictwa średniego (kod: 80200000-6), usługi edukacji młodzieży (kod: 80310000-0), usługi edukacji medycznej (kod: 80320000-3), różne usługi szkolne (kod: 80410000-1). W tym wśród usług szkoleniowych (kod: 80500000-9) CPV wymienia między innymi: usługi szkolenia specjalistycznego (kod: 80510000-2), usługi szkolenia personelu (kod: 80511000-9), placówki szkoleniowe (kod: 80520000-5), seminaria szkoleniowe (kod: 80522000-9), usługi szkolenia zawodowego (kod: 80530000-8), usługi szkolenia technicznego (kod: 80531200-7), oferowania kursów językowych (kod: 80580000-3).

I. Stosownie do brzmienia przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający udzielający zamówienia na ww. usługi może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert, wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Dodatkowo, zama-

wiający nabywając powyższe usługi może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie z wolnej ręki również w innych uzasadnionych przypadkach niż wskazane odpowiednio w art. 62 ust. 1 oraz 67 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności, jeśli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków,
- naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań,
- poniesieniem straty w mieniu publicznym,
- uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań (art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp).

Możliwość skorzystania z uprawnień, jakie przyznaje art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp, została uzależniona od zaistnienia szczególnych okoliczności powodujących, iż skorzystanie z trybów zapewniających konkurencyjność byłoby z jakich względów mniej korzystne od udzielenia zamówienia w trybie szczególnym bądź w niektórych przypadkach utrudnione, przy czym przesłanki te mają charakter norm generalnych, a zatem wymagają interpretacji *ad casum*. Zamawiający zatem, przed wszczęciem postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia bądź zamówienia z wolnej ręki, zobowiązany jest wykazać okoliczności uzasadniające dokonany wybór oraz udokumentować motywy swojego działania. Stosownie do dyspozycji art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp, podstawą zastosowania tego przepisu mogą być zarówno okoliczności bezpośrednio wskazane w tym przepisie jak również inne obiektywne okoliczności uzasadniające jego zastosowanie.

II. W postępowaniach, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe, w tym dotyczące nabycia usług szkoleniowych, nie obowiązuje zakaz wynikający z dyspozycji art. 91 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający udzielając zamówień publicznych nie może konstruować kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawców, a w szczególności ich wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (kryteriów podmiotowych). Oznacza to, iż w przedmiotowych postępowaniach prowadzonych w trybach przetargowych – właściwości wykonawców, tj. doświadczenie, posiadanie przez nich znajomości określonej branży lub kwalifikacje personelu, mogą być brane pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W przypadku bowiem usług wskazanych w artykule 5 ustawy Pzp, cechy podmiotowe wykonawcy i jego doświadczenie czy wykształcenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, mają podstawowe znaczenie dla prawidłowego wykonania tego zamówienia. Zatem, należy stwierdzić, iż cele usług szkoleniowych (zapewnienie jak najlepszych warunków do pogłębiania wiedzy, poprzez odpowiednią kadre szkoleniową) mogą zostać również w pełni zrealizowane poprzez udzielenie zamówienia otwartego na konkurencję. Niemniej jednak możliwość zastosowania w postępowaniu konkurencyjnym podmiotowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej nie wyklucza możliwości zlecenia wykonania tych usług z wolnej ręki jeśli zamawiający będzie w stanie wykazać, iż tylko ten sposób wyboru wykonawcy umożliwia realizację celów planowanego zamówienia.

III. Przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są usługi edukacyjne lub szkoleniowe częstym problemem zamawiających jest prawidłowe ustalenie zakresu (przedmiotu) udzielanych zamówień, w taki sposób, by nie narazić się na zarzut nieuprawnionego dzielenia zamówienia na części (art. 32 ust. 2 ustawy Pzp). Odnosząc się do powyższego zagadnienia, należy wskazać, iż zamawiający podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego,

obejmującego swym przedmiotem usługi szkoleniowe, w jednym postępowaniu bądź też co do udzielenia kilku zamówień po przeprowadzeniu kilku odrębnych procedur, co do zasady powinien kierować się następującymi przesłankami:

W jednym postępowaniu powinny być nabywane świadczenia tego samego rodzaju tj. usługi, które posiadają te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze, które łączy przynależność do tej samej grupy tematycznej (element przedmiotowy) i gdy istnieje wykonawca zdolny samodzielnie wykonać całe zamówienie (element podmiotowy). Ponadto, aby zakup określonego rodzaju usług możliwy był po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku istnienia związku funkcjonalnego i czasowego pomiędzy nabywanymi usługami szkoleniowymi lub edukacyjnymi, bez których nie zachodzi konieczność sumowania wartości poszczególnych świadczeń. Innymi słowy, zamawiający w celu ustalenia zakresu przedmiotowego zamówienia musi wiedzieć co chce nabyć i potrafić określić zarówno zakres świadczeń jak i ich czas, a świadczenia, które mają być przedmiotem jednego postępowania powinny być ze sobą funkcjonalnie powiązane i mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na szkolenia, powinien pogrupować je przede wszystkim według kryterium ich charakteru i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. Szkolenia obejmujące taką samą lub podobną tematykę, prowadzone dla określonej grupy odbiorców, jeżeli mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę, należy traktować jako jedno zamówienie, którego wartość powinna zostać oszacowana łącznie, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, określając przedmiot i wartość zamówienia publicznego należy mieć na względzie zakaz wynikający z treści art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania ustawy, dzielić zamówienia na części oraz zaniżać jego wartości. Podział zamówienia na części wbrew przepisom ustawy ma miejsce wówczas, gdy powiązane ze sobą w sposób funkcjonalny i czasowy przedmiotowo podobne usługi, które mogą być realizowane przez ten sam podmiot, celowo nie są łączone w jednym postępowaniu, a brak jest obiektywnych i uzasadnionych powodów, by zlecać ich wykonanie oddzielnie. Przepis art. 32 ust. 2 ustawy Pzp ma zapobiegać m.in. sytuacjom, w których zamawiający, chcąc ominąć ustawowe procedury, dzieli jedno zamówienie na kilka mniejszych o niższej wartości. Należy jednak wskazać, iż jeżeli zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części, ale podział taki nie prowadzi do odstąpienia od stosowania ustawy lub nie prowadzi do łagodzenia reżimu, w którym zamówienie byłoby udzielane, gdyby podział nie nastąpił, wówczas nie stanowi on obejścia przepisów ustawy, a tym samym naruszenia dyspozycji art. 32 ust. 2 ustawy Pzp.

W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są szkolenia o różnej tematyce i nie ma możliwości udzielenia zamówienia na te szkolenia jednemu wykonawcy, po przeprowadzeniu jednego postępowania, nie będzie można mówić o dzieleniu zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, gdy każde ze szkoleń będzie stanowiło odrębny przedmiot zamówienia. W takiej sytuacji, jeśli wartość poszczególnych zamówień nie przekracza wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, czyli wyrażonej w złotych wartości 14 000 euro, zamawiający jest uprawniony do nabycia usług szkoleniowych o określonej tematyce, bez obowiązku wyłonienia wykonawców w postępowaniu prowadzonym

na zasadach określonych w ustawie Pzp. O tym czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jednym większym zamówieniem czy też np. z kilkoma mniejszymi zamówieniami odrębnymi o zbliżonym przedmiocie rozstrzygnąć musi samodzielnie zamawiający w oparciu o posiadaną przez niego wiedzę oraz doświadczenie w zakresie prowadzonej przez siebie działalności.

IV. Dodatkowo należy podnieść, iż jeżeli z przyczyn organizacyjnych lub ze względu na właściwość zamówienia, koniecznym stałoby się zatrudnienie kilku osób szkolących w ramach jednej specjalności, zamawiający co do zasady powinien udzielić przedmiotowego zamówienia w częściach bądź też dopuszczając możliwość złożenia ofert częściowych, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż w takim przypadku szacunkową wartość poszczególnych zamówień stanowić będzie łączna wartość wszystkich poszczególnych części zamówienia jednorodnego.

V. W okolicznościach realizowania przez zamawiającego wieloletnich projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, w których zakres wchodzi usługi szkoleniowe, szacowanie wartości powinno następować kolejno w dwóch obszarach.

Pierwszy badany obszar – odnosi się do potrzeby objęcia szacowaniem wszystkich świadczeń z zakresu szkoleń o jednorodnym charakterze w stosunku do całości projektu w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie z góry określić przedmiot całego zamówienia w perspektywie długości trwania projektu. W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w zakresie projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest zatem wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji całego lub większej części projektu, i które mogą zostać udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem pełnego zakresu usług przewidzianych do wykonania w całym okresie realizacji projektu.

Kolejny obszar odnosi się do potrzeby wyodrębnienia i szacowania wartości tych zamówień, które są możliwe do określenia dopiero w trakcie realizacji projektu i zależnie od bieżących potrzeb związanych z realizacją projektu. W konsekwencji, w ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego lub zbliżonego rodzajowo przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części (art. 32 ust. 2 ustawy Pzp), lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Innymi słowy, podział i odrębne szacowanie wartości dla jednorodnych lub zbliżonych rodzajowo świadczeń może być uzasadnione przyczynami obiektywnymi – niemożnością łącznego oszacowania wszystkich potrzebnych usług dla potrzeb jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wymaga podkreślenia, że przyczyny podziału, o którym mowa wyżej muszą być obiektywne tj. wynikać z celu lub charakteru świadczeń. W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, dla instytucji sektora finansów publicznych będzie miała przede wszystkim zastosowanie zasada właściwa dla sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi tożsamymi zamówieniami.

wieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Oznacza to, iż zamówienia nabywane na potrzeby realizacji projektu będą stanowiły część jednego zamówienia oszacowanego z uwzględnieniem innych tożsamyh przedmiotowo zamówień nabywanych przez zamawiającego w tym samym okresie. Podkreślić przy tym należy, że względu na źródło finansowania nie upoważnia zamawiającego do podziału zamówienia na części, tj. udzielania zamówień na tożsamy przedmiot odrębnie z uwagi na finansowanie z budżetu własnego i ze środków unijnych (por. również: opinia „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”).

VI. Kwestią, która w procesie udzielania zamówień w przedmiocie realizacji usług szkoleniowych, może budzić wątpliwości jest zagadnienie szacowania wartości zamówień obejmujących realizację szkoleń indywidualnych, prowadzonych na podstawie art. 40 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. – o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.). Co do zasady szkolenia indywidualne można uznać za zamówienia nieprzewidywalne dla zamawiającego. Urząd Pracy, na którym spoczywa obowiązek ich przeprowadzenia, nie jest bowiem w stanie przewidzieć kto i kiedy zostanie na takie szkolenie skierowany. Z uwagi na okoliczność, iż tematyka szkoleń wybierana jest indywidualnie przez zainteresowanego bezrobotnego w trakcie roku budżetowego, trudno oczekiwać, aby zamawiający uwzględniał te szkolenia przy planowaniu rocznego kalendarza szkoleń. Niemniej jednak nie można wykluczyć, iż zamówienia na szkolenia indywidualne w pewnych okolicznościach będą sumowane z innymi zamówieniami. Obowiązek ten wystąpi w szczególności wówczas, gdy zamawiający w momencie przygotowywania postępowania będzie wiedział o konieczności realizacji tożsamego szkolenia bądź szkoleń, na które zapotrzebowanie złożyli indywidualnie inni bezrobotni. W takim przypadku, wartość ww. zamówień co do zasady winna być ustalona łącznie z zamówieniami na planowe szkolenia grupowe, z uwzględnieniem uwag dotyczących szacowania wartości zamówień poczynionych wyżej. Natomiast, w przypadku, gdy konieczność realizacji szkoleń indywidualnych zaistnieje dopiero w momencie, gdy całe zapotrzebowanie zamawiającego na dane szkolenia zostało zaspokojone poprzez przeprowadzone, stosownie do swoich potrzeb z zachowaniem należytej staranności, postępowania, a w trakcie roku pojawiła się nieprzewidziana wcześniej potrzeba nabycia takich samych lub podobnych usług, zamówienia takie należy traktować jako zamówienia odrębne od udzielonych wcześniej, szacując ich wartość zgodnie z art. 32 ustawy Pzp.

# **Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5**

## **INFORMATOR NR 12/2010**

I. Dokonując analizy sytuacji prawnej fundacji oraz stowarzyszeń jako zamawiających na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „Pzp”), należy wskazać, iż art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakłada obowiązek jej stosowania również przez osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru handlowego ani przemysłowego. Warunkiem uznania wskazanych podmiotów za zamawiających, o których mowa w ustawie Pzp jest stwierdzenie, iż jednostki sektora finansów publicznych bądź inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50%, bądź posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, bądź sprawują nadzór nad organem zarządzającym, bądź mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego tego podmiotu.

Grupa podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odpowiada na gruncie dyrektywy 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30.04.2004 r. L 134/114) kategorii „podmiotów prawa publicznego”. Stosownie do treści art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE pod pojęciem „podmiotu prawa publicznego” należy rozumieć każdy podmiot, który:

- ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiada osobowość prawną, oraz
- spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
  1. finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego,
  2. jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,
  3. ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Obowiązek stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności wymaga ustalenia charakteru prowadzonej przez dany podmiot działalności tj.



ustalenia okoliczności zaspokajania przez tę działalność potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Z uwagi na wspólnotowe pochodzenie pojęcia „podmiotu prawa publicznego”, w celu charakterystyki zamawiających odpowiadających temu pojęciu na gruncie prawa polskiego – w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zasadnym jest odwołanie się do dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W orzecznictwie ETS przyjmuje się, iż z potrzebami o charakterze ogólnym mamy do czynienia w przypadku, gdy z przyczyn związanych z interesem ogólnym, państwo zdecydowało się świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ, których zaspokojenie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym<sup>1</sup>. W tych okolicznościach nie jest ważna forma organizacyjno-prawna, za pomocą której zaspokajane są te potrzeby, a pojęciem tym zostaną objęte zasadniczo wszelkie zadania ze swej istoty uważane za służące dobru publicznemu. Innymi słowy przez działalność o charakterze powszechnym (ogólnym) w celu zaspokajania potrzeb niemających charakteru handlowego ani przemysłowego należy rozumieć, działalność, która nie jest wykonywana w celu zaspokojenia pojedynczej, prywatnej potrzeby, ale potrzeb powszechnych (ogólnych). Wśród potrzeb o charakterze powszechnym znajdują się takie, które mają charakter potrzeb zbiorowych, a ich zaspokojenie następuje w drodze świadczenia usług powszechnych poprzez bieżące i nieprzerwane świadczenie tych usług dla ogółu społeczeństwa.

Zaspokajaniu wskazanych wyżej potrzeb niewątpliwie służy działalność o charakterze użyteczności publicznej. Zadania te należy rozumieć możliwie najszerzej i winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej.<sup>2</sup> Do zadań tych należy m.in. zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa. Do zadań takich należy zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych.

W celu ustalenia, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych; okoliczności towarzyszących jego powstaniu oraz warunków, na jakich aktualnie wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych.<sup>3</sup> Pojęcie „podmiotu prawa publicznego” i jego odpowiednika w prawie polskim, powinny być interpretowane w sposób funkcjonalny<sup>4</sup>. Dla oceny czy dany podmiot spełnia warunek określony w definicji, decydujące jest jaką działalność prowadzi w chwili obecnej, a nie fakt że pierwotnie podmiot ten nie był utworzony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, ale zaczął taką działalność prowadzić później.<sup>5</sup> Nie można przy tym

<sup>1</sup> Wyrok ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C – 360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden vs. BFI Holding oraz wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C – 44 /96 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH

<sup>2</sup> Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt. W 8/96

<sup>3</sup> zob. cyt. orzeczenia w sprawie Adolf Truley, pkt 66 oraz w sprawie Korhonen, pkt 48 i 59

<sup>4</sup> Wyrok ETS z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C – 470/99 Universale – Bau

<sup>5</sup> M. Lemke, D. Piasta, Analiza Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r., Urząd Zamówień Publicznych, 2006 r.

ograniczyć się wyłącznie do analizy formalnoprawnej. Zgodnie z podejściem funkcjonalnym istotne są okoliczności faktyczne, a nie wyłącznie prawne. Posiadanie statusu „podmiotu prawa publicznego” nie jest uzależnione od procentowego znaczenia, w ramach całej działalności danego podmiotu, zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Nie jest istotne, czy obok działalności w interesie ogólnym taki podmiot ma możliwość prowadzenia działalności o innym charakterze.

Na gruncie polskiego porządku prawnego, przesłanka utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego realizuje się w szczególności w przypadku podmiotów będących organizacjami pożytku publicznego w rozumieniu art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. z 2003 r. Nr 96, poz. 873 ze zm.). Stosownie do brzmienia art. 20 tejże ustawy, organizacją pożytku publicznego może być organizacja pozarządowa oraz podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 3 niniejszej ustawy, jeżeli łącznie spełniają warunki, o których mowa w pkt 1 – 7 tego przepisu, w tym m.in. prowadzą działalność statutową na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów, pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona za względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa, a działalność ta z zastrzeżeniem pkt 3 jest wyłączną statutową działalnością organizacji pozarządowej i dotyczy realizacji zadań publicznych na rzecz ogółu społeczności lub grupy podmiotów, o której mowa wyżej w sferze działalności wskazanej w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego, w tym m.in. w zakresie pomocy społecznej, działalności na rzecz osób niepełnosprawnych, działalności wspomagającej rozwój gospodarczy rozwój techniki, wynalazczości i innowacyjności, rozpowszechnianie i wdrażanie nowych rozwiązań technicznych w praktyce gospodarczej, działalności wspomagającej rozwój wspólnot i społeczności lokalnych, nauki, szkolnictwa wyższego, edukacji, oświaty i wychowania. Należy podkreślić, iż organizacje pożytku publicznego powołane są wyłącznie do realizowania celów społecznie użytecznych na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów<sup>6</sup>. Dodatkowo należy wskazać, że przepisy prawa przewidują, że organizacje pożytku publicznego, w celu realizacji określonych zadań mogą otrzymywać dotacje pochodzące z budżetu państwa bądź z budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 112 ust. 1 pkt 7 oraz art. 221 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zm.) odpowiednio w budżecie państwa oraz budżecie jednostki samorządu terytorialnego mogą być zabezpieczane sumy na dotacje przeznaczone m.in. dla stowarzyszeń posiadających status organizacji pożytku publicznego. Dotacje pochodzące z budżetu państwa mogą być przekazywane w celu finansowania bądź dofinansowania zadań zleconych im do realizacji, a które znajdują się zasadniczo w sferze działań państwa. Natomiast, jeśli chodzi o dotacje pochodzące od jednostek samorządu terytorialnego, to zgodnie z treścią art. 221 ust. 1 ustawy o finansach publicznych podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje wyłącznie na cele publiczne związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Zatem przyznanie środków finansowych w postaci dotacji pochodzących z budżetu państwa lub jednostki

---

<sup>6</sup> Komentarz do ustawy o organizacjach pożytku publicznego i wolontariacie, Jolanta Blicharz, Andrzej Uchła, Oficyna LEX 2008 r.

samorządu terytorialnego uzależnione jest od przeznaczenia ich wyłącznie na cele wskazane w ustawie tj. wyłącznie na cele publiczne. Jeżeli zatem określona instytucja otrzymuje ww. środki finansowe to należy wnosić, iż jest zobowiązana do prowadzenia działalności o charakterze społecznie użytecznym – publicznym.

Działalność na rzecz pożytku publicznego w sensie prawnym oznacza działalność społecznie użyteczną, prowadzoną przez organizacje pozarządowe w sferze realizacji zadań publicznych, z zasady nie mającą charakteru indywidualnego. Zatem, instytucja będąca organizacją pożytku publicznego z racji swojego statusu wypełnia zadania o charakterze publicznym na rzecz ogółu społeczeństwa bądź określonej, szczególnej jego grupy. Rola takiej instytucji szczególnie wyraźnie przedstawia się w okolicznościach, gdy otrzymuje na realizację tych zadań środki publiczne, które jak już wspomniano przeznaczone mogą być wyłącznie na realizację zadań o takim właśnie charakterze. Jednocześnie, uzasadnione jest stwierdzenie, iż działania o charakterze publicznym są co do zasady działaniami powszechnymi. Podmioty realizujące te zadania zasadniczo nie decydują, w oparciu o subiektywne przesłanki, kto zostanie beneficjentem ich pomocy, są zobowiązane do prowadzenia działalności, której efekty wywierają wpływ na wszystkie osoby, na rzecz, których działają. W tym kontekście należy raz jeszcze podkreślić, iż warunkiem koniecznym dla uznania powszechności określonych działań nie musi być okoliczność, iż są one skierowane do całego społeczeństwa, wystarczające jest, aby określone świadczenia skierowane były do osób spełniających określone generalne warunki. Słowa „powszechny” użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie należy interpretować jako dostępny dla wszystkich, acz w znaczeniu „dotyczący wielu”, „dostępny dla wielu” czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone w odpowiedniej rangi przepisach<sup>7</sup>.

Pod pojęciem finansowania określonego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu przepisów ustawy, a także przez inne podmioty prawa publicznego, należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 pkt 1 i 2).

Kwestia finansowania zamówienia w przeważającej części przez podmioty publiczne w kontekście przywołanej wyżej definicji podmiotu prawa publicznego była przedmiotem rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z wyroku z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C- 380/98 z udziałem Uniwersytetu w Cambridge. Trybunał wskazał przede wszystkim, że finansowanie podmiotu publicznego, o którym mowa przy definio-

<sup>7</sup> Postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 maja 2005 r. (sygn. sprawy IX Ca 196/05 niepubl.)

waniu pojęcia podmiotu prawa publicznego ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem, a instytucjami publicznymi lub państwem. Nie każde świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności, stąd jako finansowanie ze środków publicznych w znaczeniu tego przepisu mogą być rozumiane jedynie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony. Do takich świadczeń mogą należeć granty na wsparcie badań naukowych w sytuacji, gdy środki finansowe są przekazywane instytucji zajmującej się takimi badaniami. Natomiast, przez finansowanie podmiotu nie może być rozumiane przekazywanie środków przez instytucje publiczne w zamian za wynikające z umowy świadczenie, jak przeprowadzanie określonych umową prac badawczych, konsultacji naukowych, czy w zamian za zorganizowanie seminariów lub konferencji. A zatem, poprzez finansowanie podmiotu nie mogą być rozumiane takie przepływy finansowe, które wynikają z interesu ekonomicznego podmiotu publicznego w realizacji określonego świadczenia przez podmiot trzeci. Rodzaj zależności, która powstaje między podmiotami jest analogiczny jak przy normalnych stosunkach handlowych, w których warunki umowy ustalane są przez strony. Jak wskazał ETS, w celu ustalenia właściwego procentowego udziału publicznego finansowania danego podmiotu, powinien być brany pod uwagę cały dochód uzyskiwany przez ten podmiot, włączając w to dochód z działalności komercyjnej. Ustalenie takie w odniesieniu do danego podmiotu powinno następować corocznie na podstawie danych dostępnych na początku roku budżetowego. Zaś zmiany w strukturze finansowania podmiotu nie mają wpływu na wszczęte i prowadzone postępowania w sprawach zamówień publicznych, które podlegają dyrektywom, do czasu ich zakończenia.

Natomiast w wyroku z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C – 337/06, ETS wskazał, iż brak świadczenia wzajemnego na rzecz państwa ze strony nadawcy publicznego, wynika z faktu, iż finansowanie służy wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej na rzecz państwa, polegającej na zapewnianiu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach nadawcy, zdaniem Trybunału nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonanie zadania leżącego w interesie publicznym.

Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu (fundacji, stowarzyszenia), gdy środki publiczne przekazywane są temu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50% wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.

Odnosnie przesłanki, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy Pzp tj. sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym, należy wskazać, iż przesłankę tę należy oceniać

z zastosowaniem kryterium możliwości wywierania wpływu na decyzje zamawiającego przy użyciu określonych środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż nie wystarczy tu nadzór, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2001 r. Nr 79 poz. 855 ze zm.) oraz w art. 13-14 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203 ze zm.). Nadzór, o którym mowa wyżej jest sprawowany jedynie w granicach i na zasadach określonych w przepisach prawa, a zatem jest to nadzór administracyjny, nie może on zmieniać się w koordynowanie czy kierowanie działalnością fundacji bądź stowarzyszenia. Organ realizujący uprawnienia nadzorcze nie ponosi bowiem odpowiedzialności ani prawnej, ani ogólnopolitycznej za działalność podmiotów podległych temu nadzorowi. Działają one „na własny rachunek i własną odpowiedzialność”. Ponadto, jest to nadzór nad fundacją oraz stowarzyszeniem jako całością, a nie nad jej organem zarządzającym. W wyroku z dnia 1 lutego 2001 r. C-237/99 ETS, wskazał, iż przesłanka nadzoru jest spełniona, jeżeli nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek, których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego.

Ostatnią odrębną pozytywną przesłanką, warunkującą kwalifikację określonego podmiotu (fundacji lub stowarzyszenia) jako zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest okoliczność powoływania ponad połowy członków organu nadzorczego lub zarządzającego fundacji przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Pzp).

II. Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez podmioty, które co do zasady nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, w tym przez fundacje i stowarzyszenia może powstać w okolicznościach określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do dyspozycji art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej zobowiązane są do stosowania ustawy Pzp, gdy łącznie spełnione są następujące okoliczności:

- ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowana ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a prawa zamówień publicznych,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Analizując poszczególne przesłanki klasyfikacji określonych podmiotów jako zamawiających na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy w pierwszej kolejności wskazać, iż pojęcie „finansowania zamówienia” w rozumieniu tego przepisu oznacza okoliczność prze-

kazywania środków na konkretne świadczenie, nie zaś ogólnie na funkcjonowanie danego podmiotu. Środki publiczne lub też środki finansowe pochodzące od wskazanych ustawą podmiotów publicznych podlegają rozliczeniu w ramach wsparcia realizacji konkretnego przedsięwzięcia.

Oprócz finansowania zamówienia w ponad 50% ze środków publicznych, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240) lub przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień, określone w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, ustawodawca dla objęcia obowiązkiem stosowania przepisów ustawy wymaga, aby wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Stosując odpowiednio przepisy rozporządzenia wydanego na podstawie ww. delegacji (tzn. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich [Dz.U. z 2009 r. nr 224, poz. 1795]) należy stwierdzić, iż obowiązek stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, zachodzi w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa wyrażonej w złotych równowartości kwoty: 193 000 euro – dla usług oraz 4 845 000 euro – dla robót budowlanych. Jeżeli zatem wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza podmiot nie ma obowiązku stosowania procedur ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nawet jeśli pozostałe przesłanki określone tym przepisem są spełnione.

Kolejną przesłanką zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy, jest wymóg by przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Przepis ten nie obejmuje zatem wszystkich robót budowlanych, o których mowa w art. 2 pkt 8 ustawy. Określony podmiot będzie stosował procedury ustawy Pzp jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane wymienione w tym przepisie lub usługi związane z tymi robotami budowlanymi. Ustawodawca w dwojaki sposób określił zatem zakres robót budowlanych, których dotyczy art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp; poprzez wskazanie przypadków konkretnych robót budowlanych (np. budowa szpitali, szkół wyższych) oraz poprzez wskazanie rodzaju robót (roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej). W tym drugim przypadku zakres robót budowlanych objętych pojęciem „robót z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej” należy tłumaczyć przede wszystkim przedmiotowo, zgodnie z przepisami załącznika nr 1 do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (Dz.U. UE z 30.04.2004 L134/114) w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Jak wynika z treści ww. załącznika budowa obiektów z zakresu inżynierii lądowej i wodnej obejmuje: budowę mostów, w tym podwyższonych autostrad, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej; budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych; budowę rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych.

Zakres przedmiotowy czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, o których mowa wyżej powinien być interpretowany także z uwzględnieniem podmiotowych uprawnień inżynierów do wykonywania tych czynności, a zatem uprawnień inżynierskich np. w specjal-

ności konstrukcyjno-budowlanej. Uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania i kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, co wynika w prawie krajowym z § 17 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. – w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2006 r. Nr 83. poz. 579 ze zm.). Z uwagi na treść Dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, posiadanie uprawnień w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w jednym z krajów członkowskich jest równoznaczne z posiadaniem ich w pozostałych krajach Unii Europejskiej. Oznacza to standaryzację wymagań związanych z uzyskiwaniem uprawnień budowlanych w Unii Europejskiej, a co za tym idzie prowadzi do jednolitości w rozumieniu pojęcia czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej, w tym na gruncie polskiego Prawa zamówień publicznych. O czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej można bowiem mówić wówczas, gdy w odniesieniu do roboty budowlanej aktualizuje się potrzeba wykorzystania odpowiednich uprawnień inżynierskich wymaganych prawem przy dokonywaniu takich czynności. Jak wskazano wyżej sytuacja taka ma miejsce w szczególności w odniesieniu do: budowy mostów, wiaduktów, tuneli itd.

III. Do chwili wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778) tj. do dnia 29 stycznia 2010 r., obowiązek stosowania ustawy Pzp przez fundacje oraz stowarzyszenia mógł wynikać również z zobowiązania do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych zawartego w umowie o dofinansowanie w związku z treścią uchylonego obecnie art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Dyspozycja powyższego przepisu przewidywała objęcie obowiązkiem stosowania ustawy Pzp również innych niż jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej podmiotów, jeżeli zamówienie było finansowane z udziałem środków, których przyznanie uzależnione było od zastosowania procedury określonej w ustawie. Należy wskazać, iż przepis ten został uchylony wraz z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp w dniu 29 stycznia 2010 r. W obowiązującym obecnie stanie prawnym, nie jest możliwe uzyskanie statusu zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez podmiot, który został zobowiązany umową do stosowania przepisów ustawy, w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wszczynane po 28 stycznia 2010 r. Stosowanie ustawy w takich sytuacjach może mieć jedynie charakter pomocniczy. Podkreślić należy, iż uchylenie art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie ogranicza możliwości żądania przez podmiot przyznający środki na dofinansowanie zadania, określonych wymagań co do zasad i sposobu wydatkowania środków, w tym poprzez pomocnicze odwołanie do rozwiązań zastosowanych w ustawie Pzp. Stosownie do dyspozycji art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, podmiot wymieniony w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp (inny zamawiający) przyznając środki finansowe na realizację określonego projektu, może wymagać, aby przy ich wydatkowaniu zachowane zostały zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Reasumując:

1. W obowiązującym stanie prawnym podmioty prowadzące działalność w formie fundacji bądź stowarzyszeń mogą być zobowiązane do stosowania ustawy Pzp w okolicznościach wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
2. Finansowanie zamówienia, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, należy utożsamiać z przekazywaniem danej instytucji środków finansowych przeznaczonych na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym lub państwu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem w rozumieniu ww. przepisu, gdy środki publiczne przekazywane są w celu sfinansowania lub współfinansowania konkretnych projektów beneficjenta w ramach umów o wykonywanie zadań publicznych lub też własnych, pozostających jednak w sferze interesu ekonomicznego podmiotów publicznych.
3. Czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, obejmują budowę mostów, w tym podwyższonych autostrad, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej; budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych; budowę rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych. Zakres przedmiotowy tych czynności powinien być interpretowany z uwzględnieniem podmiotowych – inżynierskich uprawnień do ich wykonywania. O czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej można mówić wówczas, gdy w odniesieniu do określonej roboty budowlanej aktualizuje się potrzeba wykorzystania odpowiednich uprawnień inżynierskich wymaganych prawem przy ich realizacji.



# Stosowanie art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych

INFORMATOR NR 1/2011

I. Ustawa Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „ustawą Pzp”) przewiduje możliwość udzielania zamówień w częściach w sytuacji, gdy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres, a decyduje się udzielać zamówienia sukcesywnie np. z przyczyn gospodarczych bądź organizacyjnych. Sposób ustalenia wartości takiego zamówienia reguluje treść art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli zatem tak obliczona wartość zamówienia przekroczy kwotę, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, tj. 14 000 euro, zamawiający będzie zobowiązany stosować określone przepisy ustawy do poszczególnych części zamówienia, nawet w przypadku gdy ich jednostkowa wartość nie przekracza kwoty wymienionej powyżej.

II. Stosownie do treści art. 6 a ustawy Pzp w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równoważność kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Przepis ten wprowadza do krajowego porządku prawnego regulacje przewidziane dyrektywami Unii Europejskiej – art. 9 ust. 5 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. U. UE z 30. 04. 2004 r. L 134/114) oraz art. 17 ust. 6 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z 30. 04. 2004 r. L 134/1). Stanowi on dla zamawiających szczególnie korzystne rozwiązanie w przypadku udzielania zamówień na części o stosunkowo niewielkiej wartości. Zamawiający w takim przypadku nie jest zobowiązany stosować się do reżimu, w jakim udzielane jest całe zamówienie.

Pamiętać należy, iż zastosowanie „łagodniejszych” przepisów Pzp do poszczególnych części zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek, tak więc nawet jeżeli kilka zsumowanych części nie przekracza 20% wartości zamówienia oraz w przypadku dostaw i usług poszczególne części nie przekraczają wyrażonej w złotych równoważności kwoty 80 000 euro, a w przypadku robót budowlanych równoważności kwoty

1 000 000 euro, zamawiający nie musi stosować art. 6a i dla każdej z części, która spełnia powyżej wskazane wymagania może przeprowadzić postępowanie zgodnie z regulacją ustawową przewidzianą dla wartości zamówienia (całkowitej sumy wszystkich części).

**III. Zaznaczyć należy, iż art. 6a stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.**

W przypadku, gdy wartość części zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro (oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstąpieniem od stosowania ustawy Pzp, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne ustawy, a w szczególności art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp. *Lege non distinguente*, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który bez uzasadnionej przyczyny zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

# Udzielanie zamówień wielorodzajowych

INFORMATOR NR 2/2011

Zasady, którymi zamawiający powinien kierować się przy kwalifikowaniu planowanego zamówienia do kategorii dostaw, robót budowlanych czy usług w sytuacji, gdy zamówienie ma charakter „mieszany” lub „wielorodzajowy”, to znaczy w sytuacji, gdy składają się na nie różne rodzaje wymienionych świadczeń, zostały określone w szczególności w art. 6 ustawy Pzp.

Ustawa definiuje dostawy jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) natomiast roboty budowlane jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 ze zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, z pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Roboty budowlane w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane (art. 3 pkt 7) są natomiast definiowane jako: budowa, przebudowa, rozbudowa, montaż, remont lub rozbiórka obiektu budowlanego, przy czym przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek wraz z instalacjami lub urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1). Jeżeli, ze względu na złożony charakter zamówienia, nie jest możliwe lub jest niecelowe rozdzielanie różnych rodzajów świadczeń celem udzielenia odrębnych zamówień (w tym zamówień w częściach), zamawiający może udzielić takiego wielorodzajowego zamówienia, o ile nie godzi to w zachowanie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Ogólna zasada dotycząca tzw. zamówień wielorodzajowych jest wyrażona art. 6 ust. 1 Pzp i znajduje zastosowanie zawsze wówczas, gdy zamówienie składa się z niejednorodnych rodzajowo zamówień polegających na połączeniu dostaw z usługami lub robót budowlanych z usługami, i gdy nie zachodzi żadna z sytuacji szczególnych opisanych art. 6 w ust. 2, 3 lub 4 ustawy Pzp.

Tak więc, co do zasady, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy wraz z usługami albo roboty budowlane wraz z usługami do udzielania zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Natomiast, w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dostawą i równocześnie instalacją (rozemieszczeniem) dostarczonej rzeczy (dobra) lub też z robotą budowlaną i dostawą niezbędną do jej wykonania, bądź też usługą i robotą budowlaną niezbędną do jej wykonania, istotne jest ustalenie przede wszystkim celu zamówienia, i określenie czy ze względu na ten cel dany rodzaj zamówienia ma charakter główny a inne

poboczny, a w konsekwencji, czy dane zamówienie jest w związku z tym, odpowiednio, dostawą, usługą czy robotą budowlaną (por. art. 6 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp).

W sytuacji określonej art. 6 ust. 2 ustawy Pzp podstawowym świadczeniem jest dostawa, natomiast inne zamówienia, które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia, czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowią zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia. Naturalną konsekwencją uznania jako zamówienia podstawowego dostawy będzie największy udział wartościowy tego zamówienia w zamówieniu mieszanym.

Ustawa nie odnosi się zatem w sposób szczególny do sytuacji, w której przedmiot zamówienia obejmuje zarówno roboty budowlane jak i dostawy, przy czym zarówno robotom budowlanym jak i dostawom można by przypisać cechy głównego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w takim przypadku powinien dążyć do rozdzielenia poszczególnych rodzajów zamówień, poprzez ich udzielanie w częściach, a jeżeli zamówienia te są ze sobą funkcjonalnie powiązane i nie jest możliwe rozdzielenie ich wykonania pomiędzy różnych wykonawców, na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania przyczyn, dla których podział zamówienia stał się niemożliwy.

Warto zwrócić uwagę, iż w „Przewodniku do wspólnotowych zasad w zamówieniach na dostawy”, wydanym przez Komisję Europejską dla interpretacji dyrektywy 93/36/EEC, ale aktualnym dla omawianego wyżej zagadnienia, wskazano, iż zamawiający w pierwszej kolejności powinien rozważyć, czy możliwe jest rozdzielenie dostaw i robót budowlanych na dwa odrębne postępowania, bez szkody dla tych zamówień, tak by zachować reżim prawny właściwy dla danego rodzaju zamówienia. Jeżeli natomiast istnieją względy przemawiające za potrzebą połączenia dostaw i robót budowlanych w jednym zamówieniu, dla określenia, czy mamy do czynienia z zamówieniem na dostawy, gdyż roboty budowlane mają charakter dodatkowy, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę, czy celem zamówienia jest dostarczenie dobra ruchomego, tzn. takiego które bez szkody dla jego funkcjonowania można przemieszczać w inne miejsca, czy też celem zamówienia jest wejście w posiadanie przez zamawiającego nieruchomości. W tym drugim przypadku wyłączone jest kwalifikowanie zamówienia jako dostawy, a towarzyszących jej robót budowlanych jako zamówienia dodatkowego.

# Wspólne udzielenie zamówienia – art. 16 ustawy Pzp

INFORMATOR NR 3/2011

Przepis art. 16 ustawy Pzp, stwarza materialnoprawną podstawę dla wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez dwóch lub więcej zamawiających. Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzania postępowania i udzielania zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Możliwość skorzystania z dyspozycji art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, nie została ograniczona ze względu na rodzaj zamawiającego, co oznacza, że wszystkie podmioty zobowiązane do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, mogą podjąć decyzję o wspólnym przeprowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia.

Ustawa Pzp nie wymaga spełnienia jakichkolwiek przesłanek dla podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia wspólnie, co oznacza, że zamawiający mogą skorzystać z dyspozycji art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, jeżeli uznają to za uzasadnione i na podstawie zawartego między sobą porozumienia przeprowadzić wspólnie postępowanie i udzielić zamówienia. W tym celu zobowiązani są oni wyznaczyć spośród siebie zamawiającego, którego upoważnią do przeprowadzania postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Powyższe nie oznacza jednak, że w wyniku upoważnienia jednego z zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, tracą oni status „zamawiających” w tym postępowaniu. Udzielenie upoważnienia w takiej sytuacji ma bowiem jedynie uzasadnienie organizacyjne i służy uzyskaniu formalnej podstawy do wykonywania przez jednego z zamawiających czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających.

Poza samym upoważnieniem jednego z zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia wskazane jest, by zamawiający w ramach umowy lub porozumienia szczegółowo uregulowali relacje pomiędzy sobą. Przy czym, należy zaznaczyć, że analogicznie, jak w przypadku upoważnienia, zawarcie w tych okolicznościach umowy lub porozumienia, nie oznacza, że tylko jedna ze stron takiej umowy lub porozumienia posiada status zamawiającego. Umowa, jak zostało już wskazane powyżej, służy jedynie określeniu charakteru wzajemnych stosunków pomiędzy zamawiającymi, którzy wyrażają wolę wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia. Mając bowiem na względzie fakt, że przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia łączy się z zaciągnięciem zobowiązań finansowych i zazwyczaj istnieje potrzeba kompensacji wydatków, zamawiający wspólnie udzielający zamówienia, powinni w ramach umowy lub

porozumienia uregulować w sposób transparentny wszelkie kwestie związane ze swym udziałem w postępowaniu i udzieleniu zamówienia, w tym również rozliczenia finansowe pomiędzy stronami. Dodatkowo, zamawiający działający na podstawie art. 16 ustawy Pzp, powinni precyzyjnie określić w umowie lub porozumieniu wymagania dotyczące samego zamówienia, jak również mogą wskazać zasady, jakie będą obowiązywały w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (np. powołanie członków i sposób działania komisji przetargowej, kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, warunki udziału w postępowaniu, ewentualne wynagrodzenie dla podmiotu przeprowadzającego w imieniu pozostałych postępowanie itp.).

# „Prawo opcji” w ustawie Prawo zamówień publicznych

INFORMATOR NR 4/2011

I. W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 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, zwana dalej „dyrektywą klasyczną”, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej).

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, że *jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji*. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba

wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. *Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny.* Izba uznała ponadto w tym przypadku, że zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz unie-możliwia kalkulację ceny umownej. *W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.* Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10).

„Prawo opcji” nie jest zatem w żadnym razie instytucją, która pozwala procentowo rozszerzać pierwotnie określony przedmiot umowy. Norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawo opcji” rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Należy mieć przy tym na uwadze treść art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ustęp 3 art. 140 ustawy Pzp stanowi natomiast, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skorzystanie z prawa opcji nie może zatem stanowić obejścia przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie może więc, powołując się na prawo opcji, wprowadzać do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do wzoru czy warunków umowy, zapisów umożliwiających realizację przyszłych, ewentualnych zamówień w zakresie wykraczającym poza przedmiot zamówienia określony dla konkretnego postępowania, oszacowany z należytą starannością stosownie do reguł określonych art. 32 lub 34 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający przewidując prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji. Instytucja prawa opcji nie może zatem służyć do zawężenia przedmiotu zamówienia, którego realizacja nie była pozostawiona prawu opcji. Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją.

III. Prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtu-



jącej warunki realizacji opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi więc zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie.

IV. Wskazać jednocześnie należy, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość – uprawnienie do skorzystania nie tylko z instytucji prawa opcji, ale również zamówień uzupełniających, które to instytucje pozwalają zamawiającemu na opisanie przedmiotu zamówienia zabezpieczający jego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny ofert przez wykonawców. Ustawodawca wyposażył więc zamawiającego w narzędzia pozwalające na uwzględnienie różnych sytuacji mających wpływ na sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia – od instytucji prawa opcji umożliwiającej zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia, zobowiązując zamawiającego do realizacji założonego progu i opcjonalnie realizacji zamówienia w określonym prawem opcji zakresie – po zamówienie uzupełniające, którego – zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający może udzielić z wolnej ręki jeżeli (...) w przypadku udzielenia, w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.* Uwzględnienie zamówienia uzupełniającego stanowi więc uprawnienie zamawiającego, jednakże uprawnienie to zobowiązuje zamawiającego do przewidzenia zamówienia uzupełniającego już na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego. W przeciwieństwie do prawa opcji, w którym zakres objęty prawem opcji niekoniecznie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią, której realizacja jest pewna (np. leasing z opcją wykupu), zamówienie uzupełniające może być jedynie zamówieniem tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, czyli dotyczyć takich samych usług, jak usługi zawarte w zamówieniu podstawowym i może być udzielone jedynie, gdy zamówienie podstawowe zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. O zastosowaniu zamówień uzupełniających decyduje sam zamawiający, a ich realizacja odbywająca się w osobnym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki może być dokonana jednorazowo lub kilkakrotnie, jednakże nie może przekroczyć ilości, jaka została przewidziana przez zamawiającego w dokumentacji (jednakże nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego).

Powyżej wskazana instytucja prawa opcji oraz zamówienie uzupełniające różnią się więc zasadniczo tym, iż prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia (obejmującego usługi lub dostawy) jedynie w zakresie zadeklarowanym a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Natomiast zamówienie uzupełniające stanowi dodatkową umowę, zawartą w wyniku przeprowadzenia procedury w trybie zamówienia z wolnej ręki.

# Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy

INFORMATOR NR 5/2011

Zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi rodzaj kaucji przekazywanej przez wykonawcę (jako dłużnika) zamawiającemu (jako wierzycielowi) celem ewentualnego zabezpieczenia roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. Wskazać przy tym należy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 150 ust. 4 ustawy Pzp. Z istoty instytucji zabezpieczenia wynika bowiem, iż na jego podstawie zamawiający podpisując umowę z wykonawcą ma pewność, iż w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest ustalone jako określony procent ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 150 ust. 1 ustawy Pzp).

Ustawodawca w sposób jasny i precyzyjny określa również dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia posługując się widełkami procentowymi (od 2 do 10%) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z powyższego wynika więc, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej. Ustawa Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienia do żądania podwyższenia zabezpieczenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia przez zamawiającego żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z ustawą Pzp w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne ustawodawca dopuszcza jedynie możliwość zmiany formy zabezpieczenia przez wykonawcę na inną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp (por. art. 149 ust. 1 ustawy Pzp). W takim przypadku zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszania jego wysokości.

# **„Samodzielność finansowa” wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego - art. 32 ust. 5 ustawy Pzp**

**INFORMATOR NR 6/2011**

I. Zasadą jest, że przy ustalaniu wartości zamówienia, uwzględnia się całe zaplanowane zapotrzebowanie zamawiającego. Odstępstwo od tej zasady ustawodawca przewidział w art. 32 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Stosownie do postanowienia art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Omawiany przepis stanowi zatem wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

II. Przechodząc do analizy przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności podkreślić, iż jego treść nie kreuje odrębnej kategorii zamawiających, których katalog określony został w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje również wyrażenie użyte w treści ww. przepisu – „jednostka organizacyjna zamawiającego”. Tym samym, jeżeli jednostka organizacyjna szacuje wartość zamówienia w oparciu o przepis art. 32 ust. 5 ustawy Pzp oraz udziela zamówienia publicznego, zamawiającym pozostaje nadal podmiot, ze struktury którego została ona wyodrębniona.

Z powyższego wynika więc, że przepis ten nie odnosi się do jednostek organizacyjnych utworzonych na podstawie ustawy o finansach publicznych, bowiem zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240), jednostki te mają status samodzielnych zamawiających. Z tych samych względów nie znajdzie on również zastosowania do pozostałych podmiotów, które posiadają status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Jeżeli planowanie zapotrzebowania zamawiającego na określone dostawy, usługi, roboty budowlane jest zdecentralizowane, wartość szacunkową zamówień ustala się odrębnie dla poszczególnych jednostek organizacyjnych zamawiającego, o ile spełnione są kumulatywnie trzy warunki:

1. jednostka musi być wyodrębnioną jednostką organizacyjną zamawiającego,

2. jednostka udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością,
3. posiada samodzielność finansową.

Odnosząc się do pierwszego z ww. warunków, wskazać należy, że – tak jak dla uznania danej jednostki za zamawiającego, nie jest koniecznym posiadanie przez nią podmiotowości prawnej (przykładowo odrębnymi zamawiającymi są jednostki budżetowe, które takiej podmiotowości nie posiadają), to tym bardziej posiadanie odrębnej podmiotowości prawnej nie jest konieczne dla kwalifikacji danego podmiotu do jednostek organizacyjnych zamawiającego w rozumieniu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie uznać należy, że desygnatami, które pozwalają przyjąć, że określona jednostka jest „wydzieloną jednostką organizacyjną zamawiającego”, będą w szczególności:

- wyodrębnienie funkcjonalne i organizacyjne,
- zdolność do zatrudniania pracowników, a więc zdolność bycia pracodawcą i posiadania zdolności sądowej w tym zakresie (art. 3 Kodeksu pracy),
- przymiot podmiotowości podatkowej – zgodnie z art. 7 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 Nr 8, poz. 60 ze zm.), podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Zgodnie z § 2 cyt. przepisu, ustawy podatkowej mogą ustanawiać podatnikami inne podmioty niż wymienione w § 1.

Wyodrębnienie organizacyjne polega na przypisaniu jednostce określonych zadań i wyposażeniu jej w środki niezbędne do ich realizacji, a zatem na zapewnieniu integralności struktury organizacyjnej tej jednostki, umożliwiającej jej realizację zadań statutowych.

Należy też wskazać, że o posiadaniu statusu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej wprost mogą przesądzać również odrębne akty prawne. Przykładowo, na podstawie art. 6 pkt 7 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96 ze zm.), za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną można uznać zakład górniczy. Zgodnie z definicją legalną zawartą w tym przepisie, przez zakład górniczy należy rozumieć wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wydobywania kopaliny ze złoża, w tym wyrobiska górnicze, obiekty budowlane oraz technologiczne związane z nimi obiekty i urządzenia przerobcze.

Druga z przesłanek, wskazuje na konieczność udzielania zamówienia związanego z własną działalnością jednostki organizacyjnej. Tym samym, udzielane zamówienie służyć musi realizacji celów jednostki organizacyjnej określonych aktem o jej powołaniu. Za zamówienie związane z własną działalnością nie może być uznane zamówienie związane z realizacją zadania powierzonego do realizacji, czy też zleconego przez inną jednostkę organizacyjną w drodze odrębnego aktu.

Przechodząc do trzeciej przesłanki, zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia, jest to, czy samodzielność finansowa jednostki organizacyjnej winna mieć źródło ustawowe, czy też możliwym jest uznanie za samodzielną jednostkę, której gwarantem samodzielności finansowej są akty niemające charakteru powszechnie obowiązującego.

Co do zasady, literatura przedmiotu, wyróżnia dwa aspekty samodzielności finansowej: samodzielność dochodową i wydatkową<sup>1</sup>. Obok nich niekiedy wymienia się również samodzielność mieszaną<sup>2</sup>. Cechą wspólną samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych w świetle cytowanej literatury jest konieczność zagwarantowania odpowiednich zasobów finansowych umożliwiających realizację zadań przez tę jednostkę, jak i prawo dysponowania zgromadzonymi zasobami. Powyższe nie oznacza konieczności samofinansowania jednostki czy też samowystarczalności jednostki, które oznaczają prowadzenie działalności opartej na własnych dochodach. Samodzielność finansowa może natomiast mieć miejsce również wtedy, gdy znaczna część zasobów zostaje przekazana do samodzielnej dyspozycji jednostek nie stanowiąc ich dochodów własnych.

Mając na względzie powyższe, dla celów zdefiniowania pojęcia samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych na gruncie art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, należy przyjąć jako wyznacznik przyznane tym jednostkom prawo samodzielnego prowadzenia swej gospodarki finansowej w zakresie określonym przez akty wewnętrzne (np. statut) w sferach:

1. samodzielności uchwalania planu finansowego;
2. samodzielności wydatkowania środków na zadania realizowane przez jednostkę.

Należy przy tym zaznaczyć, samodzielność uchwalania planu finansowego, czy też wydatkowania środków, nie oznacza pełnej autonomii w gospodarowaniu środkami przyznawanymi np. przez jednostkę macierzystą lub inny podmiot. Tym samym, przeznaczanie przez jednostkę macierzystą środków finansowych na realizację konkretnych zadań związanych z działalnością własną jednostki organizacyjnej, nie wyklucza samodzielności uchwalania planu finansowego przez tę jednostkę oraz samodzielności wydatkowania środków.

**Reasumując, jedynie w odniesieniu do zamawiających, których struktura przewiduje funkcjonowanie wyodrębnionych jednostek organizacyjnych posiadających samodzielność finansową ustawa przewiduje dla zamówień udzielanych w związku z własną działalnością jednostki, możliwość ustalenia wartości takiego zamówienia odrębnie dla każdej z jednostek. Wyodrębnienie jednostki powinno mieć charakter organizacyjny i funkcjonalny oraz wynikać z aktów prawa powszechnie obowiązującego albo aktów prawa wewnętrznego, przy czym warunkiem *sine qua non* dla zastosowania przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp jest posiadanie przez wyodrębnioną jednostkę organizacyjną zamawiającego samodzielności finansowej w wyżej wskazanym rozumieniu.**

---

<sup>1</sup> T. Dębowska-Romanowska, System prawny finansów lokalnych, [w:] A. Piekara, Z. Niewiadomski (red.) Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne, Warszawa 1998 r., s. 378-379; Glumińska-Pawlic, Samodzielność finansowa Jednostek samorządu terytorialnego w Polsce: studium finansowoprawne, Katowice 2003 r., s. 45, P. Smoleń, Podstawy gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego, [w:] W. Wójtowicz (red.) Zarys finansów publicznych i prawa publicznego, Warszawa 2002 r., s. 88

<sup>2</sup> B. Guziejewska, Decentralizacja finansów publicznych a niezależność finansowa samorządu terytorialnego, s. 118

**Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP)** jest agencją rządową podlegającą Ministrowi właściwemu ds. gospodarki. Powstała na mocy ustawy z 9 listopada 2000 roku. Zadaniem Agencji jest zarządzanie funduszami z budżetu państwa i Unii Europejskiej, przeznaczonymi na wspieranie przedsiębiorczości i innowacyjności oraz rozwój zasobów ludzkich.

Od ponad dekady PARP wspiera przedsiębiorców w realizacji konkurencyjnych i innowacyjnych przedsięwzięć. Celem działania Agencji, jest realizacja programów rozwoju gospodarki wspierających działalność innowacyjną i badawczą małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), rozwój regionalny, wzrost eksportu, rozwój zasobów ludzkich oraz wykorzystywanie nowych technologii.

**Misją PARP** jest tworzenie korzystnych warunków dla zrównoważonego rozwoju polskiej gospodarki poprzez wspieranie innowacyjności i aktywności międzynarodowej przedsiębiorstw oraz promocja przyjaznych środowisku form produkcji i konsumpcji.

W perspektywie finansowej obejmującej lata 2007–2013 Agencja jest odpowiedzialna za wdrażanie działań w ramach trzech programów operacyjnych **Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki i Rozwój Polski Wschodniej**.

Jednym z priorytetów Agencji jest promowanie postaw innowacyjnych oraz zachęcanie przedsiębiorców do stosowania nowoczesnych technologii w swoich firmach. W Agencji działa ośrodek sieci Enterprise Europe Network, który oferuje przedsiębiorcom informacje z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej na Wspólnym Rynku. PARP jest inicjatorem utworzenia **Krajowego Systemu Usług**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące (RIF)**.

**Urząd Zamówień Publicznych** jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

**Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:**

- 1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
- 2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
- 3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
- 4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
- 5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
- 6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zamawiających i wykonawców. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje.

**PARP**

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa  
 tel.: + 48 22 432 80 80  
 faks: + 48 22 432 86 20  
**biuro@parp.gov.pl**  
**www.parp.gov.pl**

**Punkt informacyjny PARP**

tel.: + 48 22 432 89 91-93  
 0 801 332 202  
**info@parp.gov.pl**  
 ISBN 978-83-7633-023-05

**Urząd Zamówień Publicznych**

ul. Postępu 17a  
 02-676 Warszawa  
 tel.: + 48 22 458 77 77  
 faks: + 48 22 458 77 00  
**www.uzp.gov.pl**