

meritum

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Irena Skubiszak-Kalinowska

meritum

**ZAMÓWIENIA
PUBLICZNE**

Irena Skubiszak-Kalinowska

Wydawca:
Izabella Matecka

Redaktor prowadzący:
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Opracowanie redakcyjne:
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Projekt okładki i stron tytułowych:
Wojtek Janikowski



Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2023

ISBN 978-83-8124-952-2

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Strona	Numer
13	Słowo wstępne
15	Wykaz skrótów
17	Część I. Zamówienia „doprologowe”
19	Rozdział I. Zamówienia „doprologowe”
20	1. Informacje ogólne 1
23	2. Przepisy znajdujące zastosowanie do zamówień „doprologowych” 3
24	3. Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień „doprologowych” 4
25	A. Szacowanie wartości zamówienia – zasady ogólne 5
31	B. Sposoby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia 15
34	C. Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych 20
38	D. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla robót budowlanych 26
44	E. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług 30
52	F. Termin szacowania wartości zamówienia 34
53	G. Zasady udzielania zamówień „doprologowych” 36
108	4. Stosowanie ustawy o finansach publicznych do zamówień „doprologowych” 72
109	A. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie udzielania zamówień publicznych 74
111	B. Pozostałe przypadki naruszenia dyscypliny finansów publicznych 75
112	C. Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 77
114	D. Regulamin udzielania zamówień „doprologowych” 79
115	E. Sposoby zawarcia umowy w zamówieniach o wartości poniżej 130 tys. zł 80
125	F. Najwyższa Izba Kontroli o zamówieniach „doprologowych” przez jednostki sektora finansów publicznych 95
127	Część II. Postępowania powyżej progów unijnych
129	Rozdział II. Przygotowanie postępowania
130	1. Informacje ogólne 96

Strona		Numer
131	A. Kierownik zamawiającego	99
132	B. Komisja przetargowa	100
134	C. Bezstronność i obiektywizm osób dokonujących czynności w postępowaniu	101
139	2. Analiza potrzeb i wymagań	107
140	A. Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązku	108
141	B. Zakres analizy potrzeb i wymagań	111
142	C. Rozeznanie rynku	112
143	D. Wnioski wynikające z analizy potrzeb i wymagań	113
146	E. Forma i termin analizy potrzeb i wymagań	118
147	3. Wstępne konsultacje rynkowe	120
148	A. Termin na dokonanie wstępnych konsultacji rynkowych	121
148	B. Informacja o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie	122
149	C. Przebieg wstępnych konsultacji rynkowych	124
150	D. Uczestnicy wstępnych konsultacji rynkowych	125
150	4. Środki zaradcze wobec podmiotu zaangażowanego w przygotowanie postępowania	126
151	A. Zakres podmiotowy	127
157	Rozdział III. Przetarg nieograniczony	
160	1. Informacje ogólne	132
163	2. Fazy przetargu nieograniczonego	134
164	3. Wszczęcie postępowania	135
164	A. Ogłoszenia	135
174	B. Specyfikacja Warunków Zamówienia	146
371	C. Fakultatywne części SWZ	257
406	D. Wyjaśnienie treści SWZ	292
413	4. Przygotowanie i złożenie oferty	294
414	A. Forma oferty	295
421	B. Formularz ofertowy	298
424	C. Załączniki do oferty	300
428	D. Forma pełnomocnictwa	301
430	E. Uzupełnienie pełnomocnictwa	302
433	F. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia	303
438	G. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa	307
451	H. Wniesienie wadium	315
473	I. Forma składanych dokumentów	323
487	J. Dokumenty w języku obcym	328
487	K. Uprawnienia zamawiającego w zakresie weryfikacji podmiotowych środków dowodowych	329
488	L. Samodzielne uzyskanie dokumentów i oświadczeń przez zamawiającego	330
490	5. Otwarcie ofert	331
493	6. Weryfikacja podmiotowa wykonawców. Badanie i ocena ofert	333
494	A. Weryfikacja podmiotowa na podstawie oświadczeń wstępnych	334
495	B. Badanie i ocena oferty	335
509	C. Weryfikacja podmiotowa wykonawcy (ciąg dalszy)	341
515	D. <i>Self-cleaning</i>	346
529	E. Uzupełnianie dokumentów	355
541	F. Wezwanie do wyjaśnień	363
543	G. Procedura odwrócona	364
549	7. Wybór oferty najkorzystniejszej	365
554	A. Aukcja elektroniczna	366
557	B. Odrzucenie oferty	367
558	C. Oferta złożona po terminie składania ofert	368

Strona		Numer
560	D. Oferta wykonawcy, który przeszedł negatywnie kwalifikację podmiotową	369
562	E. Oferta niezgodna z ustawą-	370
562	F. Oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów	371
563	G. Treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia	372
567	H. Oferta sporządzona lub przekazana w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej	375
570	I. Złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji	377
576	J. Oferta z rażąco niską ceną lub kosztem	382
576	K. Oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert	383
576	L. Oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu	384
579	M. Wykonawca zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p.	385
580	N. Brak pisemnej zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą oraz na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą	386
584	O. Nieprawidłowości związane z wadium	387
588	P. Niezłożenie oferty wariantowej lub niespełnienie wymagań zamawiającego	391
589	Q. Oferta naruszająca bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa	392
590	R. Oferta obejmująca urządzenia informatyczne lub oprogramowanie zagrażające bezpieczeństwu	393
591	S. Oferta złożona bez odbycia wizji lokalnej	394
597	8. Unieważnienie postępowania	395
598	A. Brak oferty (wniosku)	396
598	B. Wszystkie wnioski albo oferty podlegały odrzuceniu	397
599	C. Cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia	398
600	D. Oferty dodatkowe z taką samą ceną	399
601	E. Istotna zmiana okoliczności	400
602	F. Wada niemożliwa do usunięcia	401
604	G. Brak wniesienia zabezpieczenia lub uchylenie się od zawarcia umowy	404
605	H. Bezskuteczne negocjacje w trybie z wolnej ręki	405
606	I. Unieważnienie przed upływem terminu składania ofert	407
607	J. Nieprzyznanie środków publicznych	409
608	K. Brak wystarczającej liczby wykonawców w postępowaniu	411
609	L. Ogólne zasady dotyczące unieważnienia postępowania	412

611

Rozdział IV. Przetarg ograniczony

612	1. Informacje ogólne	413
614	2. Udostępnienie SWZ	415
615	3. Zawartość SWZ	416
619	4. Wyjaśnianie lub zmiana treści SWZ dla potrzeb złożenia wniosku	421
621	5. Termin składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	422
622	6. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału	423
623	7. Obowiązek informacyjny	424
625	8. Ograniczenie liczby wykonawców	427
627	9. Zaproszenie do składania ofert	428
628	10. Sposób oraz termin składania oferty	429
629	11. Otwarcie ofert. Badanie i ocena ofert. Wybór najkorzystniejszej oferty	430

631

Rozdział V. Negocjacje z ogłoszeniem

632	1. Informacje ogólne	431
-----	----------------------------	-----

Strona		Numer
634	2. Przesłanki zastosowania negocjacji z ogłoszeniem	432
636	3. Ogłoszenie o zamówieniu	433
637	A. Prowadzenie negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia	434
637	B. Udostępnienie ogłoszenia	435
638	C. Termin składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	436
638	D. Ograniczenie liczby wykonawców	437
639	4. Opis potrzeb i wymagań	438
641	5. Składanie i badanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	441
642	6. Zaproszenie do składania ofert wstępnych	442
643	A. Zawartość zaproszenia do składania ofert wstępnych	443
643	B. Termin składania ofert wstępnych	444
644	C. Oferty wstępne	445
645	7. Negocjacje	446
646	A. Etapowanie negocjacji	447
647	B. Zakończenie negocjacji	448
648	C. Wyjaśnianie SWZ	449
649	8. Zaproszenie do składania ofert	450
650	9. Wybór oferty bez przeprowadzenia negocjacji	453

655

Rozdział VI. Dialog konkurencyjny

656	1. Informacje ogólne	454
658	2. Przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego	455
661	3. Ogłoszenie o zamówieniu	456
662	4. Opis potrzeb i wymagań	457
665	5. Prowadzenie dialogu bez uprzedniego ogłoszenia	459
666	6. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	460
667	7. Ograniczenie liczby wykonawców	461
668	8. Zaproszenie do dialogu	462
670	9. Dialog	463
671	A. Równe traktowanie wykonawców	464
672	B. Poufny charakter dialogu	465
673	C. Etapowanie dialogu	466
673	D. Zakończenie dialogu i sporządzenie SWZ	467
675	10. Zaproszenie do składania ofert	468
677	11. Badanie i ocena ofert	469
677	12. Negocjowanie ostatecznych warunków umowy	470

679

Rozdział VII. Partnerstwo innowacyjne

680	1. Informacje ogólne	471
683	2. Możliwość zastosowania trybu	473
684	A. Ogłoszenie o zamówieniu	474
685	B. Opis potrzeb i wymagań	475
686	3. Warunki udziału	476
687	A. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu	477
687	B. Zaproszenie do składania ofert wstępnych	478
688	C. Termin składania ofert wstępnych	479
688	D. Podział negocjacji na etapy	480
689	E. Zaproszenie do składania ofert obejmujących prace badawczo-rozwojowe	481
690	F. Wybór najkorzystniejszej oferty	482
691	G. Zawarcie umowy o partnerstwo innowacyjne	483
692	4. Etapy partnerstwa innowacyjnego	484

Strona		Numer
695	Rozdział VIII. Negocjacje bez ogłoszenia	
696	1. Informacje ogólne	485
697	2. Przesłanki zastosowania trybu	486
703	3. Zaproszenie do negocjacji	492
705	4. Prowadzenie negocjacji	494
705	5. Zaproszenie do składania ofert oraz przekazanie SWZ	495
707	6. Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ	496
708	7. Składanie ofert. Badanie i ocena ofert	497
709	8. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy	498
710	9. Termin zawarcia umowy	499
711	Rozdział IX. Zamówienie z wolnej ręki	
712	1. Informacje ogólne	500
715	2. Przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki	501
738	3. Zamówienia in-house	544
738	A. Geneza	544
738	B. Rodzaje zamówień in-house	546
753	C. Szczególne zasady udzielania zamówień in-house	564
755	4. Fazy postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki	568
756	A. Zaproszenie do negocjacji	569
758	B. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy	572
759	C. Negocjacje wykonawcy z zamawiającym	573
763	Część III. Postępowania poniżej progów unijnych	
765	Rozdział X. Postępowania poniżej progów unijnych	
768	1. Procedura krajowa – informacje ogólne	575
768	2. Przepisy ustawy stosowane w procedurze krajowej	576
769	3. Ogłoszenia	577
770	A. Sposób i miejsce publikacji ogłoszenia	578
771	B. Zmiana ogłoszenia	579
772	4. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	580
772	A. Żądanie podmiotowych środków dowodowych	582
776	B. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych	583
777	5. Tryby udzielania zamówień	584
777	A. Informacje ogólne	584
777	B. Tryb podstawowy	585
815	C. Partnerstwo innowacyjne	618 ¹
823	D. Negocjacje bez ogłoszenia	618 ¹³
832	E. Zamówienie z wolnej ręki	618 ²²
845	Część IV. Szczegółowe zagadnienia	
847	Rozdział XI. Konkurs	
848	1. Informacje ogólne	619
848	A. Przepisy stosowane do konkursu	619
848	B. Definicja konkursu	620

Strona		Numer
851	C. Zasady odnoszące się do konkursu	622
851	D. Uczestnicy oraz przedmiot konkursu	623
853	E. Różnice pomiędzy konkursem a zamówieniem publicznym	624
854	2. Konkurs obligatoryjny	630
856	3. Kryteria podziału konkursów	631
860	A. Wszczęcie konkursu	634
860	B. Wyjaśnienia i zmiany treści regulaminu konkursu	635
861	C. Składanie, ocena, wyjaśnianie prac konkursowych	636
865	D. Dokumentowanie przebiegu prac sądu konkursowego – protokół	637
865	E. Rozstrzygnięcie konkursu	638
868	F. Wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie	639
869	G. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie	640
869	H. Możliwość zastosowania kryteriów selekcji	641
869	I. Obowiązek informacyjny zamawiającego	642
870	J. Zaproszenie do składania prac konkursowych	643
874	4. Regulamin konkursu	649
876	5. Sąd konkursowy	651
878	6. Zakończenie konkursu	652
879	A. Przesłanki unieważnienia konkursu	653
880	B. Zwrot kosztów uczestnikom konkursu	654
880	C. Przyznanie nagród	655
881	D. Możliwość negocjacji z kolejnym uczestnikiem	656
881	E. Publikacja wyników konkursu	658
882	F. Obowiązek przechowywania dokumentacji i zwrot prac konkursowych	659
882	G. Zakaz udostępniania prac nienagrodzonych	660
883	Rozdział XII. Konsorcjum i udostępnianie zasobów podmiotów trzecich	
884	1. Łączenie potencjałów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – informacje ogólne	661
885	2. Konsorcjum – definicje	662
885	A. Konsorcjum w dyrektywie klasycznej	663
885	B. Konsorcjum w ustawie – Prawo zamówień publicznych – informacje ogólne	664
899	C. Podsumowanie	671
901	3. Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego	672
901	A. Informacje ogólne	672
903	B. Kiedy wykonawca może posługiwać się potencjałem podmiotu trzeciego – „stosowność” sytuacji	673
905	C. Możliwość posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie kryteriów selekcji	674
907	D. Badanie i ocena podmiotu udostępniającego zasoby	675
913	E. Odpowiedzialność podmiotu udostępniającego zasób	676
921	Rozdział XIII. Rażąco niska cena	
922	1. Informacje ogólne	678
923	2. Postępowanie wyjaśniające	679
924	A. Warunki wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 2 u.p.z.p.	680
929	B. Przedmiot badań zamawiającego	683
935	C. Wymagania dotyczące wezwania do wyjaśnień	685
940	D. Wielokrotność wezwania	687
946	E. Obowiązki wykonawcy. Ciężar dowodu	690
951	F. Dowody na potwierdzenie braku rażąco niskiej ceny	692
956	G. Brak złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny	696

Strona		Numer
961	3. Odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę	697
965	4. Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące rażąco niskiej ceny	699
969	5. Rażąco niska cena w postępowaniu odwoławczym	700
969	A. Rozkład ciężaru dowodowego	700
977	B. Prekluza dowodowa	701
981	Rozdział XIV. Umowy	
982	1. Informacje wstępne	702
990	2. Najważniejsze różnice w stosunku do d.p.z.p.	712
1002	3. Zmiany umowy	717
1003	A. Istotna zmiana zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego	719
1006	B. Dopuszczalne zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego	720
1029	4. Katalog przykładowych klauzul umownych	750
1045	5. Wykonanie umowy	783
1045	A. Raport z realizacji zamówienia	784
1048	B. Ogłoszenie o wykonaniu umowy	788
1049	6. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych	789
1049	A. Definicja pojęcia	790
1050	B. Możliwość powierzania wykonania części zamówienia podwykonawcy	791
1052	C. Zasady podawania informacji o podwykonawcach	794
1054	D. Weryfikacja podmiotowa podwykonawców	795
1055	E. Postanowienia umów o podwykonawstwo	796
1056	F. Podwykonawcy w zamówieniach na roboty budowlane	797
1059	G. Bezpośrednia zapłata wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy	803
1063	Rozdział XV. Waloryzacja w umowach w sprawie zamówienia publicznego	
1064	1. Informacje ogólne	804
1064	2. Waloryzacja umowna	806
1064	A. Waloryzacja umowna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego	807
1065	B. „Mała klauzula waloryzacyjna”	808
1066	C. Klauzula waloryzacyjna z art. 439 u.p.z.p.	809
1075	D. Waloryzacja umowna w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. (art. 144 ust. 1 pkt 3 d.p.z.p.) lub art. 48 specustawy	821
1089	E. Zasadność korzystania z waloryzacji umownej	831
1091	3. Waloryzacja sądowa	832
1091	A. Klauzula <i>rebus sic stantibus</i>	833
1095	B. Waloryzacja w oparciu o art. 632 § 2 k.c.	835
1097	Indeks rzeczowy	

SŁOWO WSTĘPNE

Oddajemy w Państwa ręce publikację *Meritum. Zamówienia publiczne* będącą pierwszym kompleksowym kompendium wiedzy z zakresu prawa zamówień publicznych, łączącym funkcje komentarza i poradnika.

Wejście w życie nowej ustawy, obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., zrewolucjonizowało polski system zamówień publicznych, a w konsekwencji wywołało dezorientację zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Ustawodawca wprowadził wiele nowych rozwiązań, których cel i istota nie zawsze okazywały się zrozumiałe. Praktyka wskazuje, że jednym z największych wyzwań nadal pozostaje elektronizacja postępowań i wynikająca z niej specyfika prowadzenia oraz uczestnictwa w procedurze. Nie bez znaczenia dla procesu udzielania zamówień i realizacji umów były również takie zjawiska jak pandemia COVID-19 czy wybuch wojny w Ukrainie. W szczególności konflikt zbrojny tuż za polską granicą wpłynął na sytuację wykonawców i zmusił zamawiających do zrewidowania dotychczasowej praktyki w zakresie ustalanego kontraktowego podziału ryzyk. Jednocześnie, niezależnie od powyższych zjawisk, orzecznictwo dotyczące już znanych i praktykowanych od dawna instytucji prawnych nieustannie ewoluuje. Wszystkie wspomniane powyżej okoliczności powodują, iż polski system zamówień publicznych uznawany jest za skomplikowany i trudny w praktycznym zastosowaniu.

W odpowiedzi zatem na potrzeby zarówno zamawiających, jak i wykonawców przygotowano niniejszą publikację. Szczegółowo ujęto w niej zagadnienia teoretyczne i praktyczne związane ze stosowaniem ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz obowiązujących aktów wykonawczych. Uwzględniła ona najbardziej aktualne orzecznictwo, poglądy doktryny oraz opinie i rekomendacje wydawane przez organy centralne, prezentuje kierunki wykładni przepisów, jak również omawia przykłady problemów towarzyszących stosowaniu regulacji prawnych. Liczne schematy i wykresy ułatwiają przyswajanie zawłości tematyki. Publikacja koncentruje się na problematyce udzielania zamówień klasycznych, gdyż to one w zdecydowanej większości występują w praktyce.

Ze względu na różnorodne metody prezentowania wiedzy niniejsze kompendium może okazać się przydatne tak dla początkujących, jak i specjalistów od lat zajmujących się zamówieniami publicznymi. Przyjęta w publikacji systematyka materiału uwarunkowana została potrzebami użytkowników, dzięki czemu Czytelnicy w łatwy sposób znajdą odpowiedzi na interesujące ich kwestie i problemy.

Książka jest przeznaczona dla osób zajmujących się na co dzień udzielaniem lub pozyskiwaniem zamówień publicznych – zarówno początkujących, jak i zaawansowanych specjalistów w tej dziedzinie. Zainteresuje także adwokatów, radców prawnych, sędziów czy podmioty kontrolujące postępowania.

Autorka publikacji, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, jest radcą prawnym, wykładowcą, szkoleniowcem i publicystką. Prowadzi własną kancelarię specjalizującą się m.in. w prawie zamówień publicznych. Posiada wieloletnie, bogate doświadczenie w doradzaniu zamawiającym i wykonawcom zarówno na etapie przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia pu-

blicznego, jak i realizacji kontraktów, których przedmiotem są głównie projekty z branży budowlanej oraz IT. Była arbitrem przy Urzędzie Zamówień Publicznych oraz ekspertem przy Ministerstwie Gospodarki. Autorka ponad 200 publikacji z zakresu prawa zamówień publicznych i partnerstwa publiczno-prywatnego. Została wyróżniona w prestiżowym rankingu indywidualnych prawników Chambers Global w latach 2016, 2018–2023 jako jeden z najlepszych specjalistów w dziedzinie zamówień publicznych w Polsce.

Warszawa, maj 2023 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

1. Źródła prawa	
d.p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.); uchylona z dniem 1 stycznia 2021 r.
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 z późn. zm.)
k.p.	ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1510 z późn. zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 775 z późn. zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.)
k.s.h.	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1467 z późn. zm.)
o.p.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 2651 z późn. zm.)
r.ś.k.e.	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452)
u.d.i.p.	ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902)
u.f.p.	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.)
u.k.s.c.	ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1125 z późn. zm.)
u.o.k.k.	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.)
u.o.n.d.f.p.	ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.)
u.p.z.p.	ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233)

2. Organy orzekające	
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
SA	sąd apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	wojewódzki sąd administracyjny
3. Czasopisma i publikatory	
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
LEX	System Informacji Prawnej „LEX”
M.P.	Monitor Polski
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
4. Inne	
CEIDG	Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
CRBR	Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
JEDZ	Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
JOT	jednostka oceny technicznej
KRK	Krajowy Rejestr Karny
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
KRUS	Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
OPIW	opis potrzeb i wymagań
PG	Prokuratoria Generalna
STWiORB	Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych
SWZ	specyfikacja warunków zamówienia
ś.k.e.	środki komunikacji elektronicznej
TED	<i>Tenders Electronic Daily</i>
US	urząd skarbowy
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
ZUS	Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Część I

Zamówienia „doprołowe”

Zamówienia „doprogowe”

SPIS TREŚCI

1. Informacje ogólne	1	k. Zasada konkurencyjności	63
2. Przepisy znajdujące zastosowanie do zamówień „doprogowych”	3	4. Stosowanie ustawy o finansach publicznych do zamówień „doprogowych”	72
3. Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień „doprogowych”	4	A. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie udzielania zamówień publicznych	74
A. Szacowanie wartości zamówienia – zasady ogólne	5	B. Pozostałe przypadki naruszenia dyscypliny finansów publicznych	75
B. Sposoby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia	15	C. Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych	77
a. Analiza rynku	16	D. Regulamin udzielania zamówień „doprogowych”	79
C. Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych	20	E. Sposoby zawarcia umowy w zamówieniach o wartości poniżej 130 tys. zł	80
a. Przepis art. 30 ust. 4 u.p.z.p.	24	a. Model ofertowy	81
D. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla robót budowlanych	26	Odwołanie oferty	82
E. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług	30	Przyjęcie oferty	83
F. Termin szacowania wartości zamówienia	34	Opóźnione przyjęcie oferty	84
G. Zasady udzielania zamówień „doprogowych”	36	Przyjęcie oferty z zastrzeżeniami	85
a. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji	38	Przyjęcie oferty między podmiotami będącymi w stałych stosunkach gospodarczych	86
b. Zasada jawności, dostęp do informacji publicznej ...	39	Milczące przyjęcie oferty	87
c. Zasada pisemności i języka polskiego	54	b. Aukcja i przetarg	88
d. Zasada efektywności ekonomicznej	55	Ogłoszenie aukcji lub przetargu	90
e. Zasada przejrzystości	56	Składanie ofert	91
f. Zasada proporcjonalności	58	Zawarcie umowy	92
g. Zasada udzielania zamówień zgodnie z przepisami ustawy – zasada legalizmu	59	Unieważnienie umowy	93
h. Zasada bezstronności i obiektywizmu	60	c. Negocjacje	94
i. Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków ...	61	F. Najwyższa Izba Kontroli o zamówieniach „doprogowych” przez jednostki sektora finansów publicznych	95
j. Rozeznanie rynku	62		

Podstawa prawna: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz. UE L Nr 94 z 28.03.2014, s. 65); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243); rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, s. 1, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 5, s. 3); rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2021/1952 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 23–24); rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2021/1953 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 25); rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2021/1950 z dnia 1 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 19); Komunikat Komisji Równowartość progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, s. 1–3); Komunikat Wyjaśniający KE dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02); ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.); ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.); ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.); ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.); ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902); ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 682 z późn. zm.); obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. poz. 1177).

1. Informacje ogólne

- 1 Zasadą jest, iż udzielenie zamówienia publicznego, rozumianego jako umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy usług, dostaw lub robót budowlanych (art. 7 pkt 32 u.p.z.p.), wymaga zastosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych.
Jednakże ustawodawca w rozdziale I oddział 2 u.p.z.p. przewidział **zamknięty katalog przesłanek wyłączających stosowanie Prawa zamówień publicznych**. Ponadto w art. 2 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. wskazano, iż przepisy ustawy stosuje się do zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza tzw. **kwotę progową**, czyli **130 tys. zł** (bez podatku VAT). *A contrario* oznacza to, iż ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień o wartości niższej od wskazanej powyżej wartości. Zamówienia poniżej tego progu mogą być jednak dalej uważane za zamówienia publiczne (za aktualną w tym zakresie można uznać uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16).
- 2 Jak zauważono powyżej, wskazany próg stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, odnoszący się do wartości zamówienia na poziomie 130 tys. zł, odnosi się wyłącznie do zamówień klasycznych.
Warto jednak wskazać, że na gruncie art. 2 ust. 1 u.p.z.p. funkcjonują **różne progi stosowania ustawy**, w zależności od tego, jakiego rodzaju zamówień dotyczą oraz jacy zamawiający udzielają zamówienia. W przypadku:
– **zamówień sektorowych oraz konkursów**, o których mowa w dziale V ustawy, ustawę – Prawo zamówień publicznych stosuje się, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progi unijne” oraz gdy udzielane są przez zamawiających sektorowych;

- **zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa**, o których mowa w dziale VI u.p.z.p., ustawę – Prawo zamówień publicznych stosuje się, gdy wartość jest równa lub przekracza „progi unijne” oraz gdy udzielane są przez zamawiających sektorowych lub zamawiających publicznych;
- **zamówień klasycznych oraz konkursów** – przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych stosuje się, gdy ich wartość jest równa lub przekracza „progi unijne”, a udzielane są przez zamawiających subsydiowanych, o których mowa w art. 6 u.p.z.p.

WAŻNE! Ustawodawca przyjął odmienne progi stosowania ustawy w stosunku do zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa oraz zamówień klasycznych, jeżeli są udzielane przez zamawiających subsydiowanych, o których mowa w art. 6 u.p.z.p. W takich przypadkach ustawę stosuje się wyłącznie do tych zamówień, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne.

Warto również pamiętać o tym, że zamówienia klasyczne udzielane przez zamawiających publicznych (czyli innych niż zamawiający sektorowi i zamawiający subsydiowani wskazani w art. 6 u.p.z.p.) o wartości mniejszej od tzw. progów unijnych, lecz o wartości wyższej lub równej 130 tys. zł, uregulowane są w odrębnym dziale III ustawy. Przewidziano dla nich specyficzną, uproszczoną procedurę. Nie zmienia to jednak faktu, iż nadal są one, w odróżnieniu do zamówień „dprogowych”, objęte stosowaniem Prawa zamówień publicznych. Progi unijne, z których przekroczeniem wiąże się konieczność stosowania pełnej procedury, zostały określone w rozporządzeniach delegowanych Komisji (UE):

- nr 2021/1952 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 23–24);
- nr 2021/1953 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 25);
- nr 2021/1950 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 19).

Zgodnie z ich brzmieniem pełna procedura znajduje zastosowanie do zamówień, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:

- a) 140 tys. euro – dla dostaw lub usług – jeżeli udzielane są przez instytucje administracji centralnej (oraz w odniesieniu do niektórych zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności);
- b) 5382 tys. euro – dla robót budowlanych;
- c) 215 tys. euro – dla dostaw lub usług – jeżeli udzielane są przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego (oraz w odniesieniu do niektórych zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności);
- d) 750 tys. euro – w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi;
- e) 431 tys. euro – dla dostaw lub usług – jeżeli udzielane są przez zamawiających sektorowych;
- f) 1 mln euro – w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi – jeżeli udzielane są przez zamawiających sektorowych.

Ponadto Komisja Europejska w komunikacie określiła **równowartość kwot progowych wyrażonych w euro w odniesieniu do walut krajowych** (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, s. 1–3):

- 80 tys. euro stanowi równowartość kwoty 356 288 zł,
- 140 tys. euro stanowi równowartość kwoty 623 504 zł,
- 215 tys. euro stanowi równowartość kwoty 957 524 zł,
- 431 tys. euro stanowi równowartość kwoty 1 919 502 zł,
- 750 tys. euro stanowi równowartość kwoty 3 340 200 zł,
- 1 mln euro stanowi równowartość kwoty 4 453 600 zł,
- 5382 tys. euro stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł.

Średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, zgodnie z powyższym komunikatem, wynosi **4,4536** [źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/akty-wykonawcze-do-ustawy-pzp-z-2019-r2>].

O aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, jak również o średnim kursie złotego w stosunku do euro, informuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w obwieszczeniach wydawanych na podstawie art. 3 ust. 3 u.p.z.p. i publikowanych w „Monitorze Polskim”. Aktualne obwieszczenie jest dostępne na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/akty-wykonawcze-do-ustawy-pzp-z-2019-r2> (obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, M.P. poz. 1177). **Wysokości progów oraz kurs euro aktualizowane są co 2 lata.**

Ratio legis wyłączenia spod reżimu ustawowego zamówień o stosunkowo niskiej wartości (określonej za pomocą sztywnej kwoty) wiąże się z potrzebą uelastycznienia, przyspieszenia oraz uproszczenia procedury ich udzielenia. Rozciągnięcie obowiązku stosowania ustawy na wszystkie zamówienia, bez względu na ich wartość, mogłoby prowadzić do absurdałnej sytuacji, w której koszty przeprowadzenia postępowania przewyższałyby wartość uzyskanych przez zamawiającego dóbr lub usług. Jednocześnie zamawiający powinni mieć na uwadze, że wyłączenie stosowania ustawy w stosunku do zamówień „doprogowych”, nie oznacza nieograniczonej niczym swobody w ich udzielaniu. Zamawiający, jako jednostki sektora finansów publicznych, zobowiązani są bowiem do respektowania, wprowadzonych przez ustawodawcę, zasad przejrzystości i niedyskryminacji, funkcjonujących na podstawie przepisów unijnych, prawa cywilnego, prawa finansów publicznych, w tym w pewnym zakresie również ustawy – Prawo zamówień publicznych (wyrok WSA w Lublinie z dnia 5 października 2017 r., I SA/Lu 779/16, LEX nr 2152011).

Zamawiający nie powinni również zapominać o Komunikacie wyjaśniającym KE (2006/C 179/02) dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. Wskazany komunikat wyjaśniający dotyczy dwóch grup zamówień, m.in. zamówień „doprogowych”, które nie są objęte przepisami dyrektyw. Komisja Europejska w Komunikacie wskazuje jednak na najlepsze praktyki wspierające państwa członkowskie w czerpaniu pełnych korzyści z rynku wewnętrznego oraz przedstawia wykładnię orzecznictwa ETS (aktualnie TSUE), przy czym, rzecz jasna, nie ustanawia żadnych nowych przepisów prawnych.

Jak wynika z Komunikatu, w odniesieniu do zamówień „doprogowych” również znajdują zastosowanie zasady traktatowe WE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Zasady traktatowe powinny być poszanowane przez zamawiających zwłaszcza w tych przypadkach, gdy dane zamówienie jest istotne dla rynku wewnętrznego. Ocena, czy dane zamówienie ma taki charakter, dokonywane jest na gruncie konkretnego stanu faktycznego.

Zamawiający przede wszystkim zobowiązany jest do zachowania zasady równego traktowania i niedyskryminacji, które pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, czyli **zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji dotyczących zamówień**, dzięki czemu zwiększa się konkurencyjność rynku wewnętrznego. W takim ujęciu przekazywanie informacji dotyczących zamówień poprzez nawiązanie kontaktu z potencjalnymi oferentami (nawet jeśli są liczni i pochodzą z różnych państw członkowskich UE), nie jest wystarczającym środkiem do zagwarantowania udzielenia zamówienia „doprogowego” z poszanowaniem zasad traktatowych. W Komunikacie wyjaśniającym wskazuje się, że najlepszym rozwiązaniem w tym zakresie jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Narzędziami gwarantującymi najpełniejszy dostęp są m.in.:

- Internet,
- dzienniki urzędowe,
- lokalne środki publikacji.

Nie bez znaczenia pozostaje również sama treść ogłoszenia, aczkolwiek może być ono ograniczone do krótkiego opisu podstawowych informacji dotyczących zamówienia. Ważne, aby wraz z ewentualną dodatkową

dokumentacją zawierało tyle danych, ile racjonalnie jest niezbędne dla wykonawcy z innego państwa członkowskiego do podjęcia decyzji o wyrażeniu zainteresowania uzyskaniem zamówienia.

Udzielenie zamówienia bez uprzedniego publicznie dostępnego ogłoszenia powinno następować wyjątkowo, np. w przypadku wystąpienia pilnej konieczności spowodowanej nieprzewidywalnymi wydarzeniami oraz zamówień, które z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą zostać wykonane jedynie przez określony podmiot gospodarczy.

Z powyższego wywieść należy wniosek, że również przy udzielaniu zamówień nieprzekraczających progu stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych (czyli o wartości do 130 tys. zł) należyście działający zamawiający, co do zasady, powinien kierować się wskazanymi przez KE wytycznymi.

Orzecznictwo:

- wyrok WSA w Lublinie z dnia 5 października 2017 r., I SA/Lu 779/16, LEX nr 215 2011 („Nowelizacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 16 kwietnia 2014 r., podwyższyła próg stosowania ustawy do zamówień powyżej wartości 30.000 euro. Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, dalej: pzp), przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Ustawodawca dążył w ten sposób do uelastycznienia procedury udzielania zamówień publicznych i skróceniu czasu trwania postępowań o mniejszej wartości, tzw. podprogowych lub bagatelnych. Nie oznacza to jednak, że podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym, w tym jednostki publiczne, będące zamawiającymi, obdarzone zostały nieskrępowaną swobodą udzielania zamówień. Założeniem ustawodawcy było bowiem jednoznaczne zapewnienie przejrzystości i niedyskryminacyjnych zasad udzielania zamówień podprogowych. Udzielanie takich zamówień wymaga znajomości i respektowania zasad sformułowanych w prawie finansów publicznych, prawie cywilnym, zasadach traktatowych UE, jak również – w pewnych aspektach – w prawie zamówień publicznych (np. w zakresie ustalania wartości zamówienia, uznawania zamówienia za «zamówienie tego samego rodzaju»). Rację ma oczywiście skarżący, że ustawodawca nie nałożył na podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym obowiązku sporządzania regulaminów udzielania zamówień podprogowych. Niemniej jednak, jeżeli już regulamin taki został w gminie opracowany i stanowi akt prawa miejscowego, winien on pozostawać w zgodzie z obowiązującymi normami prawa”).

2. Przepisy znajdujące zastosowanie do zamówień „doprogowych”

Zamówienia „doprogowe”, choć, co do zasady, wyłączone ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, podlegają innym reżimom prawnym, zarówno z gałęzi prawa publicznego, jak i prywatnego.

Podejmując próbę przedstawienia otwartego katalogu najważniejszych przepisów regulujących udzielanie tych zamówień, należy wskazać, że z zakresu prawa publicznego znajdują zastosowanie:

- ustawa – Prawo zamówień publicznych,
- ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902),
- ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 875),
- ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 2240),
- ustawa z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 82),
- obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz śred-

niego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. poz. 1177).

Z kolei podstawowymi przepisami z zakresu prawa prywatnego stosowanymi przy udzielaniu zamówień „doprogowych” będą przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).

Ponadto, udzielając zamówień „doprogowych” zamawiający powinni również stosować się do Komunikatu wyjaśniającego KE (2006/C 179/02). Choć nie ustanawia on przepisów prawa, to zawiera jednak wytyczne odzwierciedlające zasady traktatowe oraz orzecznictwo ETS (obecnie TSUE), które pozwalają na udzielanie zamówień zgodnie z zasadami konkurencyjności, niedyskryminacji i przejrzystości.

Oczywiście określony powyżej katalog przepisów pozostaje otwarty, ponieważ w zależności od charakteru zamawiającego oraz przedmiotu zamówienia mogą znaleźć zastosowanie również inne, bardziej szczegółowe regulacje, bezpośrednio związane z rodzajem dokonywanego zakupu (dostawa, usługa, robota budowlana). Jednak wspomniane powyżej akty prawne należą do najbardziej znaczących.

3. Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień „doprogowych”

4

Mimo iż na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. zostało wyłączone stosowanie regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać, że wiele z nich ma istotny wpływ na udzielenie zamówień „doprogowych”. W pierwszej kolejności, należy wymienić w szczególności te odnoszące się do sposobu szacowania wartości zamówienia wskazane w (art. 28–36 u.p.z.p.).

Warto również zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16, zgodnie z którym:

„Wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że ustawodawca nie narzuca Zamawiającemu stosowania określonego katalogu trybów, a także nie reguluje szczegółowo jego czynności w tym zakresie”.

Izba stwierdziła, że choć zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania ustawy wobec zamówień „doprogowych”, to jednak ciąży na nim obowiązki w zakresie należytego oszacowania wartości zamówienia określone w Prawie zamówień publicznych, a ponadto:

„musi pamiętać o zasadach obowiązujących w zamówieniach, tj. zagwarantowanie wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, ograniczenie ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie przejrzystości postępowania i wyboru wykonawcy”.

WAŻNE! Z powyższej uchwały wynika zatem, iż udzielenie zamówień „doprogowych” powinno być dokonywane z poszanowaniem zasad wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych, co *de facto* wiąże się z koniecznością stosowania odpowiednich przepisów, pomimo ich formalnego wyłączenia.

Uchwała co prawda została wydana na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, jednak pogląd ten należy uznać za aktualny.

A. Szacowanie wartości zamówienia – zasady ogólne

Przystępując do przygotowania konkretnego zakupu, zamawiający w pierwszej kolejności powinien zastosować przepisy regulujące obliczanie wartości zamówienia. To bowiem od wartości konkretnego zamówienia zależy, czy do jego udzielenia znajdą zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy też zostaną one wyłączone. Wartość zamówienia decyduje również o tym, jaka procedura zostanie zastosowania do zamówienia, jeżeli okaże się, że jest ono objęte reżimem ustawy: krajowa (dział III u.p.z.p.), czy też unijna (dział II u.p.z.p.).

Tym samym przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na kwotę poniżej 130 tys. zł zamawiający powinien z należytą starannością oszacować przedmiot zamówienia, właśnie w związku z doniosłymi skutkami, jakie określenie tej wartości ze sobą niesie – ustaleniem, czy do danego zakupu nastąpi wyłączenie przepisów ustawy, czy też nie (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16).

Szacowanie wartości zamówienia zostało uregulowane w przepisach art. 28–36 u.p.z.p. Zgodnie z art. 28 u.p.z.p. podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Powyższy przepis koresponduje z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. Zatem oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jest kwotą netto.

Przepis art. 28 u.p.z.p. wprowadza pojęcie „wartości zamówienia”, które przede wszystkim ma znaczenie dla ustalenia właściwej procedury dla danego postępowania (w związku z istnieniem tzw. progów unijnych), jak również w innych przypadkach, np. określenia, czy występuje przesłanka wzywania wykonawcy do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 2 u.p.z.p.), bądź ustalania wysokości wadium (art. 97 ust. 2 u.p.z.p.). Wartość zamówienia jest istotna także z innych względów, np. pozwala określić kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, stanowi wytyczną dla proporcjonalnego określenia warunków udziału w postępowaniu i ostatecznie, w niektórych przypadkach, decyduje o określeniu rodzaju zamówienia (np. przy zamówieniach mieszanych obejmujących równocześnie usługi i dostawy, wówczas główny przedmiot zamówienia, decydujący o tym, które przepisy należy stosować, określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa – art. 27 ust. 2 u.p.z.p.).

Ostatecznie ustalenie wartości zamówienia może również pomóc zamawiającemu w podjęciu decyzji, czy w ogóle zamierza danego zamówienia udzielić i wszcząć w tym celu postępowanie – może się bowiem okazać, że zamawiającemu w danym roku budżetowym brakować będzie środków na zakup danej roboty budowlanej, dostawy lub usługi.

Jak wynika z powyższego, prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia ma ogromne znaczenie dla przyszłego postępowania, jak i samego zamawiającego. W związku z tym wartość ta powinna zostać skalkulowana z należytą starannością, a ponadto powinna ona w jak najwyższym stopniu odzwierciedlać ceny rynkowe oraz obejmować najszerszy możliwy zakres świadczeń.

Przepisy art. 28–36 u.p.z.p. statuuja podstawowe zasady szacowania wartości zamówienia, bez względu na jego rodzaj i przedmiot, tj. niezależnie od tego, czy stanowią one usługi, dostawy, czy roboty budowlane. Bardziej szczegółowe regulacje, określające sposób szacowania wartości zamówienia, uwzględniające specyfikę poszczególnych ich rodzajów, znajdują się w przepisach art. 34 (dotyczących robót budowlanych) oraz art. 35 (odnoszących się do dostaw i usług powtarzających się, ciągłych lub podlegających wznowieniu) u.p.z.p.

Zwrócenia uwagi wymaga również, iż zgodnie z regulacją art. 30 ust. 2 u.p.z.p. ustawodawca nakazał, przy szacowaniu wartości zamówienia na dostawy, łączne szacowanie **podobnych** dostaw.

Rysunek 1. Zasady szacowania wartości zamówienia

Szacowanie wartości zamówienia
Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością
Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych zaniżać wartości zamówienia lub konkursu* lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia
Zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów u.p.z.p., chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami*

* art. 28 i 29 u.p.z.p.

Źródło: opracowanie własne.

6

Do podstawowych zasad szacowania wartości zamówienia należą:

- **dochowanie należytej staranności przez zamawiającego:** w tym zakresie, w związku z art. 8 ust. 1 u.p.z.p., znajdują zastosowanie przepisy art. 355 k.c. Zamawiający, szacując wartość zamówienia, obowiązany jest dochować należytej staranności. Do oceny działań zamawiającego w zakresie szacowania zastosowanie mają reguły podwyższonego miernika w obrocie profesjonalnym, w rozumieniu art. 355 § 2 k.c. W odniesieniu do tej czynności będzie ona głównie polegać na stosowaniu się zamawiającego do obowiązujących przepisów oraz starannego rozeznania rynku i cen.

PRZYKŁAD: W przypadku zamówienia na roboty budowlane zamawiający będzie zobowiązany dochować staranności poprzez szacowanie jego wartości w oparciu o kosztorys inwestorski bądź planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych (art. 34 u.p.z.p.). Z kolei w odniesieniu np. do dostaw lub usług powtarzających się, ciągłych lub podlegających wznowieniu w określonym czasie, należyta staranność zamawiającego będzie przejawiać się w dokonaniu wyboru takiej podstawy ustalenia wartości zamówienia, która nie doprowadzi do uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 35 ust. 1 u.p.z.p.).

Zamawiający zasadniczo jest również zobowiązany do podjęcia działań, które nie są bezpośrednio wyartykułowane w ustawach, na przykład do dokumentowania czynności ustalenia wartości zamówienia, do których należą m.in. zapytania skierowane do potencjalnych wykonawców, wydruki cenników i ofert, notatki służbowe stanowiące zapis rozmów telefonicznych, kopie ofert lub umów z innych analogicznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;

7

- **zakaz zaniżania lub wybierania sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 29 ust. 1 u.p.z.p.):** stosowanie się zamawiającego do tego zakazu stanowi przejaw dochowania należytej staranności.

Należy pamiętać, że na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych stosowane są:

- próg stosowania ustawy** (określony w art. 2 u.p.z.p.) oraz
- tzw. próg unijny**, od którego zależy stosowanie albo procedury uproszczonej, albo unijnej o charakterze pełnym (określony w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów).

Zatem unikanie stosowania przepisów ustawy może polegać nie tylko na niedozwolonym dążeniu zamawiającego do wyłączenia danego zamówienia z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również na objęciu zamówienia przepisami mniej rygorystycznymi (np. procedurą krajową).

Zanizenie może być wynikiem np. nienależytego ustalenia obowiązujących cen rynkowych na podstawie nieaktualnych danych lub na skutek celowego podzielenia zamówienia na odrębne zamówienia. Do zaniżenia dojdzie również wówczas, gdy zamawiający, nie stosując się do dyspozycji zawartej w art. 31 ust. 1 i 2 u.p.z.p., nie uwzględni w wartości zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 u.p.z.p., albo nie wliczy wartości opcji czy wznowień.

WAŻNE! Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.

Odnosnie do oszacowania wartości zamówienia w oparciu o nieaktualne ceny warto wskazać na opinię UZP, wydaną, co prawda, na gruncie uchylonych przepisów, lecz wydaje się, że nadal aktualną: „Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia” (źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zwracania-sie-do-wykonawcow-o-przedstawienie-cen-zamawianych-uslug-jako-podstawa-sposobu-szacowania-wartosci-zamowienia>).

Jak wskazano w treści tej opinii:

„Zasada oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością dopuszcza możliwość, iż zamawiający, nie mogąc we własnym zakresie oszacować wartości przedmiotu zamówienia, zwróci się do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności o dokonanie wstępnej kalkulacji kosztów wynagrodzenia należnego wykonawcy zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający może przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystąpić do podmiotów legitymujących się konieczną wiedzą i doświadczeniem o przeprowadzenie oceny ryzyka ubezpieczenia oraz podanie wstępnej kalkulacji kosztów ubezpieczenia. Należy podkreślić, iż czynność oszacowania wartości przedmiotu zamówienia należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez podmioty, do których o ich sporządzenie się zwrócił. Kalkulacje te mają charakter informacyjny i mogą służyć jedynie rozpoznaniu cen na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. W oparciu o nie zamawiający we własnym zakresie dokonuje czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia”.

Jak wynika z powyższego, nie ma przeszkód, aby zamawiający przy dokonywaniu szacowania wartości zamówienia skorzystał z pomocy podmiotów z sektora prywatnego zajmujących się danym obszarem działalności. Należy jednak pamiętać, że, co do zasady, angażując potencjalnego wykonawcę w czynności przygotowawcze, zamawiający powinien podjąć odpowiednie środki zaradcze, o których mowa w art. 85 ust. 1 u.p.z.p. w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji (m.in. przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert).

Z kolei wybór innego sposobu obliczenia wartości zamówienia może mieć szczególnie miejsce w przypadku dostaw lub usług (art. 35 u.p.z.p.). Więcej na temat różnych sposobów obliczania wartości zamówienia na usługi lub dostawy w podrozdziale „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług”, zob. nr 30.

Warto podkreślić, że na gruncie poprzedniego stanu prawnego formułowane były poglądy, iż samo zaniżanie lub wybieranie sposobu obliczania wartości jest dopuszczalne, dopiero dokonywanie tych czynności w celu unikania stosowania ustawy jest zakazane. Przy czym, za unikanie stosowania ustawy uznaje się nie tylko dążenie do wyłączenia danego zamówienia w całości z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również zastosowania mniej rygorystycznej procedury krajowej, zamiast unijnej. Dlatego w przypadku, gdy zamawiający w sposób niezamierzony dopuści się np. zaniżenia wartości zamówienia, nie będzie ponosić odpowiedzialności z tytułu naruszenia art. 28 u.p.z.p., co jednak **nie wyłącza odpowiedzialności wynikającej z niedołożenia należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia** [J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017*, wyd. 14.]. Pogląd ten, ze względu na znikomą zmianę brzmienia przepi-

sów regulujących szacowanie wartości zamówienia, wydaje się być aktualny. Nie można również zapominać o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – za takie naruszenie uznaje się m.in. ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części lub konkursu, jeżeli miało wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości (art. 17 ust. 1 pkt 2 u.o.n.d.f.p.);

- 8 – **uwzględnienie wartości zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, art. 388 pkt 2 lit. b i c lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 u.p.z.p.:** zgodnie z art. 31 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia wartość zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 (tzn. powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych) i 8 (tzn. zamówienie na dodatkowe dostawy), art. 388 pkt 2 lit. b (tzn. zamówienie na dodatkowe dostawy w zamówieniach sektorowych) i c (tzn. powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych w zamówieniach sektorowych) lub art. 415 ust. 2 pkt 5 (tzn. zamówienie na dodatkowe dostawy w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa) i 6 u.p.z.p. (tzn. powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa), jeżeli przewiduje udzielenie takich zamówień. Należy pamiętać, że jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach lub dopuszcza składanie ofert częściowych, zasada doliczania wartości zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, art. 388 pkt 2 lit. b i c lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 u.p.z.p., znajduje zastosowanie do danych części zamówienia. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z obowiązującymi wzorami protokołów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zobowiązany jest podać informację na temat wartości zamówienia, w tym również wartości przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 lub art. 388 pkt 2 lit. c u.p.z.p. (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wydanym na podstawie art. 80 u.p.z.p.). Przy czym zgodnie z pouczeniem zawartym we wzorach protokołów będących załącznikami do powyższego rozporządzenia informację o wartości zamówienia można uzupełnić po otwarciu ofert w każdym trybie postępowania, z wyłączeniem zamówienia z wolnej ręki, w którym informację o wartości w protokole postępowania można podać po przeprowadzeniu negocjacji. Należy zaznaczyć, że uwzględnienie wartości zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, art. 388 pkt 2 lit. b i c lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 u.p.z.p., musi być dokonywane konsekwentnie. Zatem nawet jeśli wartość zamówienia podstawowego jest niższa od progu unijnego, zaś zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, art. 388 pkt 2 lit. b i c lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 u.p.z.p., podwyższają jego wartość powyżej progu, wówczas w stosunku do całego zamówienia należy stosować przepisy właściwe dla procedur unijnych;

WAŻNE! Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 u.p.z.p., art. 388 pkt 2 lit. b i c u.p.z.p. lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 u.p.z.p. (zamówienia z wolnej ręki), przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się także wartość tych zamówień.

- 9 – **zakaz dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia (art. 29 ust. 2 u.p.z.p.):** zamawiający ponadto nie mogą dzielić zamówień na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy. Podzielenie zamówienia może nastąpić tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Ustawodawca ustanowił tę normę w art. 29 ust. 2 u.p.z.p. Wskazana regulacja wynika z art. 5 ust. 3 zdanie drugie dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamówienie nie może być dzielone w przypadku, gdy skutkowałoby to nieobjęciem go zakresem stosowania tej dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami.

Z powyższego należy zatem wnosić, że dzielenie zamówienia jest niedozwolone nie tylko wtedy, gdy w ten sposób zamawiający dąży do wyłączenia danego zamówienia z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również zastosowania mniej rygorystycznej procedury krajowej, zamiast unijnej.

Do obiektywnych przyczyn uzasadniających podział zamówienia należy zaliczyć np. odmienne przeznaczenie przedmiotu zamówienia, brak możliwości jego nabycia u tego samego wykonawcy, konieczność ustalenia zupełnie odmiennych warunków udziału w postępowaniu, brak możliwości udzielenia zamówienia bądź jego

realizacji w tym samym czasie. Więcej na temat ustalenia, czy dane zamówienie ma charakter odrębny, czy też stanowi część większego w podrozdziale „Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych”, zob. nr 20.

Zamawiający powinien pamiętać, że w świetle art. 30 ust. 1 u.p.z.p., jeżeli planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wówczas wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Z kolei w przypadku dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw (art. 30 ust. 2 u.p.z.p.). Przez pojęcie dostaw podobnych należy rozumieć dostawy o identycznym lub podobnym przeznaczeniu (motyw 19 dyrektywy 2014/24/UE). Są to więc dostawy, które jest w stanie zrealizować wykonawca działający w danym sektorze, dotyczące artykułów będących częścią jego normalnego asortymentu, np. różne rodzaje żywności lub różne meble biurowe. Podkreślenia wymaga, iż podobieństwo dostaw oceniane jest w ramach standardowego asortymentu oferowanego przez danego wykonawcę. Łącznemu szacowaniu podlegać będą przykładowo: chleb, kajzerki i bagietki, ale już nie chleb i mięso. To ostatnie nie będzie też sumowane z nabiałem czy przetworami rybnymi;

- **łączne szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych:** zgodnie z art. 30 ust. 1 u.p.z.p., jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W przypadku planowanego nabycia podobnych dostaw wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych (art. 30 ust. 2 u.p.z.p.). Wskazane przepisy mają na celu zapobieganie nieuprawnionemu zaniżaniu wartości zamówień poprzez dokonywanie jego podziału w sposób, który mógłby prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych lub objęcia łagodniejszą procedurą poszczególnych części zamówienia. Należy podkreślić, że podział zamówienia sam w sobie nie jest zakazany, a jedynie taki, który zmierza do uniknięcia stosowania odpowiednich przepisów.

Ustawodawca wprowadził jednak pewien wyjątek wynikający z regulacji art. 30 ust. 4 u.p.z.p., zgodnie z którym 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 równowartość kwoty 80 tys. euro dla dostaw lub usług oraz 1 mln euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia (więcej o szacowaniu zamówienia udzielanych w częściach w niniejszym rozdziale w podrozdziale: „Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych” – zob. nr 20) oraz podrozdziale „Przepis art. 30 ust. 4 u.p.z.p.” – zob. nr 24);

- **odrębne szacowanie wartości zamówienia udzielanego przez jednostkę posiadającą samodzielność finansową:** zasadą jest, że w przypadku gdy zamawiający składa się z kilku jednostek organizacyjnych, całkowita wartość zamówienia jest ustalana dla wszystkich jednostek organizacyjnych łącznie (art. 33 ust. 1 u.p.z.p.). Zgodnie z art. 33 ust. 2 u.p.z.p., 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.

Wskazany przepis stanowi wyjątek od zasady uwzględniania całego zapotrzebowania zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia.

Na gruncie analogicznej regulacji w poprzednim stanie prawnym (art. 32 ust. 5 d.p.z.p.) Urząd Zamówień Publicznych wydał opinię *Samodzielność finansowa wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp*.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/samodzielosc-finansowa-wyodrebnionych-jednostek-organizacyjnych-zamawiajacego-art.-32-ust.-5-ustawy-pzp>

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w opinii wskazany przepis bynajmniej nie tworzy nowej grupy zamawiających, ale odnosi się jedynie do jednostek organizacyjnych zamawiającego, w pewien sposób wyodrębnionych z jego struktury.

13

Jednocześnie Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę na konieczność **spełnienia łącznie trzech przesłanek**, aby możliwe było odrębne szacowanie wartości zamówień udzielanych przez jednostki organizacyjne zamawiającego:

1) jednostka **musi być wyodrębnioną jednostką organizacyjną zamawiającego** – przy czym nie jest wymagane, aby taka jednostka posiadała osobowość prawną. Za cechy świadczące o wyodrębnieniu danej jednostki należy uznać wyodrębnienie funkcjonalne i organizacyjne (rozumiane jako przypisanie jednostce konkretnych zadań i wyposażenie w środki konieczne do ich realizacji), zdolność zatrudniania pracowników jako pracodawca w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy oraz przymiot podmiotowości podatkowej;

2) jednostka **powinna udzielić zamówienia związanego z jej własną działalnością** – co oznacza, iż to zamówienie musi służyć do realizacji celów danej jednostki. Urząd Zamówień Publicznych wykluczył zatem z hipotezy omawianego przepisu zamówienia związane z realizacją zadania powierzonego jednostce czy zleconego jej przez inny podmiot;

3) jednostka **musi posiadać samodzielność finansową** – która wiąże się m.in. z zagwarantowaniem zasobów finansowych na poziomie zapewniającym realizację zadań jednostki, jak również z uprawnieniem do dysponowania tymi zasobami. Przy czym, jak wskazał Urząd w opinii, samodzielność finansowa nie jest uzależniona od samofinansowania jednostki czy też jej samowystarczalności wynikającej z uzyskiwania dochodów i przeznaczania ich na prowadzenie działalności. Tym samym za samodzielność finansową można uznać sytuację, w której jednostka otrzymuje do dyspozycji środki, niestanowiące jej dochodów własnych. Do **cech statuujących samodzielność finansową** Urząd Zamówień Publicznych zalicza:

- prawo do samodzielnego uchwalania planu finansowego oraz
- samodzielność wydatkowania środków na zadania realizowane przez jednostkę.

Zatem przy spełnieniu powyżej wymienionych przesłanek odnoszących się do wyodrębnienia organizacyjnego jednostki oraz posiadania przez nią samodzielności finansowej istnieje możliwość odrębnego szacowania wartości zamówień, które związane są z prowadzoną przez nią działalnością na zasadach określonych w art. 33 ust. 2 u.p.z.p.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/samodzielosc-finansowa-wyodrebnionych-jednostek-organizacyjnych-zamawiajacego-art.-32-ust.-5-ustawy-pzp>

Niewątpliwie, choć opinia została wydana przez Urząd Zamówień Publicznych na podstawie poprzedniego stanu prawnego, znajduje ona zastosowanie również na gruncie obecnej ustawy, z racji tego, że aktualny art. 33 ust. 2 u.p.z.p. jest właściwie kalką dawnego art. 32 ust. 5 d.p.z.p.;

WAŻNE! W przypadku gdy zamawiający składa się z kilku jednostek organizacyjnych, całkowita wartość zamówienia jest ustalana dla wszystkich jednostek organizacyjnych łącznie. 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.

– **odrębne zasady szacowania wartości partnerstwa innowacyjnego, dynamicznego systemu zakupów, umowy ramowej i konkursów:** uregulowane są w przepisach art. 31 ust. 3 i 4 oraz art. 32 u.p.z.p. Jak stanowi art. 31 ust. 3 u.p.z.p., wartością partnerstwa innowacyjnego jest maksymalna wartość wszystkich działań w procesie badawczo-rozwojowym, które mają zostać przeprowadzone w ramach każdego z etapów planowanego partnerstwa, oraz wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa. Odrębne zasady szacowania wartości zamówienia w partnerstwie innowacyjnym wynikają ze specyfiki tego trybu. Należy pamiętać, że w ramach partnerstwa innowacyjnego, zamawiający nabywa innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, które nie są dostępne na rynku (art. 189 ust. 1 u.p.z.p.). Stąd też ustawodawca, w ramach przepisów szczególnych mających zastosowanie do tego trybu, nie nakłada na zamawiających obowiązku jednoznacznego i precyzyjnego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (art. 191 ust. 1 u.p.z.p.), a jedynie zobowiązuje do sporządzenia opisu potrzeb i wymagań, w ramach którego zamawiający określa swoje zapotrzebowanie na innowacyjny produkt lub usługę oraz definiuje minimalne wymagania w tym zakresie (art. 191 i 192 ust. 1 u.p.z.p.). W konsekwencji zamawiający nie jest w stanie oszacować wartości takiego zamówienia na zasadach ogólnych. Zatem zamawiający prawidłowo dokona szacowania wartości zamówienia udzielanego w trybie partnerstwa innowacyjnego, jeżeli w przybliżeniu ustali i zsumuje wartość wszystkich przewidywanych nakładów na przedmiot zamówienia.

Ponadto w wartości zamówienia udzielanego w trybie partnerstwa innowacyjnego (oraz dialogu konkurencyjnego) zamawiający uwzględni wartość nagród, jeżeli takie przewidział (art. 31 ust. 4 u.p.z.p.). Nagrody są specyficznym narzędziem stosowanym w tych dwóch trybach udzielania zamówienia, służącym do motywowania wykonawców do udziału w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić wartość nagród niezależnie od tego, czy mają charakter finansowy, czy rzeczowy.

Z kolei na wartość dynamicznego systemu zakupów składają się wartości wszystkich zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów. Podobnie wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej (art. 32 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). W przypadku konkursu jego wartością jest wartość nagród oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu. Jeżeli w konkursie nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wartością konkursu jest:

- wartość tego zamówienia,
- wartość nagród dodatkowych (jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody) oraz
- wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu (art. 32 ust. 3 i 4 u.p.z.p.).

WAŻNE! Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający przewiduje udzielić w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów. Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej. Wartością konkursu jest wartość nagród oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia, wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody, oraz wartość zwrotu kosztów przewidzianych dla uczestników konkursu.

B. Sposoby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia

Szacunkową wartość zamówienia ustala się w złotych. Dotychczas, na gruncie uchylonych już przepisów d.p.z.p. oraz aktów wykonawczych wydawanych na jej podstawie, wartość zamówienia należało przeliczyć na euro, według określonego rozporządzeniem średniego kursu złotego, aby zamawiający mógł ustalić, czy dane zamówienie jest „doprogowym”, czy też powinien do niego stosować przepisy ustawy.

Ponieważ aktualna ustawa określa próg jej stosowania za pomocą kwoty wyrażonej w złotych (art. 2 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.), zamawiający nie muszą już dokonywać przeliczeń walutowych. Przeliczanie również nie jest konieczne dla określenia, czy zamawiający jest obowiązany zastosować procedurę krajową, czy też unijną, ponieważ w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów wydanym na podstawie art. 3 ust. 3 u.p.z.p., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podaje aktualne progi unijne wyrażone zarówno w euro, jak i w złotych.

Zamawiający mają jednak również narzędzia do tego, aby przeliczyć ustaloną przez siebie szacunkową wartość zamówienia z kwoty wyrażonej w złotych na euro, ponieważ w obwieszczeniu, o którym mowa powyżej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podaje do wiadomości aktualny średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, wynoszący obecnie **4,4536 zł**.

Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydawane na podstawie art. 3 ust. 3 u.p.z.p. publikowane jest w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes UZP jest zobowiązany do wydawania takiego obwieszczenia w każdym przypadku niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej o aktualnych progach unijnych, wydawanym na podstawie art. 6 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, art. 68 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/81/WE. Komunikat KE podlega publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Odbyna się to w cyklach dwuletnich, a zatem kwoty te w przyszłości będą ulegać zmianie wynikającej z aktualizowanych wartości kursu euro.

Zamawiający zatem zawsze przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia powinni mieć na uwadze, czy stosują się do aktualnego obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie aktualnych progów unijnych.

a. Analiza rynku

16

Jak wskazano powyżej, wartością zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Istotne jest zatem rozstrzygnięcie, jak w praktyce zamawiający powinien ustalić wysokość tego całkowitego wynagrodzenia?

Zasadniczo przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie definiują sposobów ustalania wartości zamówienia, ani tym bardziej nie określają poszczególnych czynności i procedur, jakie zamawiający ma podjąć w celu jej oszacowania.

Oczywiście nie ulega wątpliwości, że do oszacowania wartości zamówienia konieczne jest ustalenie jego przedmiotu. Co za tym idzie, zamawiający, przede wszystkim, w pierwszej kolejności, powinien zdefiniować swoje potrzeby, ujęte w perspektywie najbliższych lat (od trzech do pięciu – jak wskazuje się w literaturze – zob. T. Czajkowski, *Przygotowanie postępowania – czynności wstępne*, ZP DORADCA 2017, nr 11). Zamawiający powinien uwzględnić wszystkie swoje potrzeby, niezależnie od ich rodzaju (usługi, dostawy, roboty budowlane), jak również ich wartości (podlegające ustawie – Prawo zamówień publicznych oraz te wyłączone z jej stosowania) [T. Czajkowski, *Przygotowanie postępowania...*]. Ustalenie przedmiotu zamówienia wymaga zatem skonkretyzowania potrzeb zamawiającego, warunków i sposobów ich zaspokojenia oraz uwzględnienia jego własnych uwarunkowań finansowych i organizacyjnych. Z kolei umiejscowienie poszczególnych zamówień w dłuższej perspektywie czasowej pozwala określić, czy zamawiający będzie miał do czynienia z zamówieniami podlegającymi łącznemu szacowaniu (jako części jednego zamówienia), czy też odrębnymi, których wartość jest ustalana autonomicznie.

Dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ustawodawca, co do zasady, przewidział w tym zakresie obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 u.p.z.p. (szerzej zobacz rozdział „Przygotowanie postępowania”, zob. nr 96 i n.). Ustawa nakłada więc obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań wyłącznie na poszczególne kategorie zamawiających, przewidując również wyjątki w tym zakresie. Nie ma natomiast żadnych przeszkód, ażeby taki dokument przygotowywali również pozostali zamawiający w innych procedurach. Wydaje się nawet, iż jest to ze wszech miar wskazane. Nie ma bowiem

żadnego uzasadnienia do zwolnienia z obowiązku dokonywania przemyślanych zakupów w sposób efektywny i oszczędny tylko z tego względu, że ich wartość nie przekracza progów uniijnych. W szczególności należy zwrócić uwagę, że zamówienia „doprogowe” również są finansowane ze środków publicznych, a te powinny być dokonywane z poszanowaniem zasad obowiązujących w sferze finansów publicznych.

Dopiero zdefiniowanie potrzeb pozwala na podjęcie kolejnego kroku w celu oszacowania wartości zamówienia, którym będzie **przeprowadzenie analizy rynku** w zakresie interesujących zamawiającego usług, dostaw czy robót budowlanych. Istnieją różne metody rozeznania cen. W tym zakresie również ustawodawca nie przewidział żadnych szczegółowych reguł, pozostawiając w tym względzie zamawiającym elastyczność i nakładając jedynie obowiązek dochowania należytej staranności.

Zamawiający może zatem skalkulować wartość zamówienia samodzielnie, jeżeli ma do tego wszystkie niezbędne zasoby i źródła, np. pracownik zamawiającego może tego dokonać, weryfikując cenniki produktów lub usług dostępne powszechnie w Internecie.

Przy mniej skomplikowanych zamówieniach za wystarczające można również uznać zasięgnięcie informacji bezpośrednio u przedsiębiorców niesformalizowaną drogą (za pomocą rozmów telefonicznych, korespondencji e-mailowej, drogą pismną). Za pomocne należy uznać również przeprowadzenie analizy rynku w oparciu o ceny ofertowe zaproponowane w analogicznych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak mieć na uwadze, iż wykonawcy biorący udział w tego typu postępowaniach niejednokrotnie, w celu uzyskania zamówienia, proponują ceny, które nie odzwierciedlają rzeczywistej wartości rynkowej. Dlatego też ważne jest, aby zamawiający opierał się raczej na wartościach zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego z uwzględnieniem ewentualnej konieczności zwaloryzowania tych wartości, ze względu na domniemanie poprawności oferty (w tym jej ceny) złożonej przez wybranego wykonawcę. Oczywiście zamawiający może również zlecić wykonanie wyspecjalizowanemu podmiotowi zewnętrznemu przeprowadzenie bardziej szczegółowego rozeznania rynku, co może być szczególnie uzasadnione, przy bardziej złożonych i kosztownych przedsięwzięciach. Dla postępowań objętych zakresem przedmiotowym ustawy – Prawo zamówień publicznych w art. 84 u.p.z.p. dodatkowo przewidziano możliwość przeprowadzenia tzw. wstępnych konsultacji rynkowych (więcej na ten temat w rozdziale „Przygotowanie postępowania” podrozdział „Wstępne konsultacje rynkowe”, zob. nr 120). W przypadku postępowań „doprogowych” instytucję tę można zastosować odpowiednio, pamiętając jednak, aby czynić to z poszanowaniem podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych.

Przeprowadzając analizę rynku, zamawiający, w celu oszacowania wartości planowanego zamówienia, powinien:

- **uśredniać stawki i ceny funkcjonujące na rynku, jak również**
- **uwzględnić wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych** publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Zamawiający powinien również pamiętać o **odpowiednim udokumentowaniu czynności podejmowanych w ramach analizy rynku**. Obowiązek ten można wywieść z zasady przejrzystości wynikającej wprost z ustawy – Prawo zamówień publicznych, jak również nałożenia na zamawiającego obowiązku dochowania należytej staranności przy dokonywaniu czynności szacowania wartości zamówienia.

Dowodami potwierdzającymi analizę rynku mogą być:

- notatki służbowe sporządzone po przeprowadzeniu rozmów telefonicznych,
- wydruki zapytań e-mailowych,
- zapytania pisemne skierowane do przedsiębiorców,
- wydruki stron internetowych,
- kopie umów w sprawie zamówienia publicznego, bądź ogłoszeń o udzieleniu zamówienia,
- zlecona podmiotowi zewnętrznemu analiza rynku.

Oczywiście, dokonując szacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien mieć na względzie nie tylko ogólne zasady, ale również przepisy szczególne dotyczące zasad szacowania zamówień udzielanych w częściach, zamówień na roboty budowlane oraz zamówień na dostawy lub usługi.

C. Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych

- 20** Ustawodawca w art. 29 ust. 2 u.p.z.p. wprowadził zakaz dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia. Oznacza to zatem konieczność ustalenia przez zamawiającego, czy planowane zamówienie jest jedynie częścią większego zamówienia i wymaga łącznego kalkulowania ich wartości, czy też stanowi zamówienie o charakterze samoistnym. Zasadniczo, pierwszym, podstawowym warunkiem łącznego szacowania zamówień, jest fakt ich ujęcia w planie przez zamawiającego. Zasady sporządzania i publikacji planu postępowań regulują przepisy art. 23 u.p.z.p. Jeżeli bowiem zamawiający był świadom konieczności udzielenia danych zamówień w ściśle określonej perspektywie czasowej, to nawet, jeżeli mają być one realizowane w ramach odrębnych umów, mogą stanowić jedno zamówienie. Jest to jednak, jak zasugerowano powyżej, jeden z warunków łącznego szacowania wartości, należy bowiem brać również pod uwagę m.in. przeznaczenie poszczególnych zamówień czy możliwość ich wykonania przez określony krąg potencjalnych wykonawców. Dokonanie takiego ustalenia nie zawsze jest proste. Przy rozwiązywaniu problemów praktycznych pomocna może być opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>

Co prawda opinia została wydana w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, jednakże wyrażone w niej zasady z pewnością mogą zostać zastosowane również do zamówień udzielanych na podstawie aktualnych przepisów. Jak wskazuje Urząd w opinii, ustalenie, czy dane zamówienie stanowi część większego, czy jest odrębne, wymaga analizy konkretnego przypadku. Przede wszystkim jednak w ocenie należy kierować się kryteriami podobieństwa przedmiotowego i funkcjonalnego zamówienia. Przez to pojęcie należy rozumieć zamówienia, które są zbliżone przedmiotowo, jak również te, które – choć mają inny przedmiot – to jednak tworzą funkcjonalną całość. Brana jest również pod uwagę tzw. **tożsamość czasowa zamówienia**, która wiąże się z możliwością udzielenia zamówienia (bądź jego realizacji) w tym samym czasie (definiowanym najczęściej jako rok budżetowy), jak również możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (tamże).

- 21** Przedmiotowa opinia statuowała zatem istotną zasadę „trzech tożsamości”, fundamentalną przy podejmowaniu decyzji o łącznym bądź rozdzielnym szacowaniu.

Za jedno zamówienie będzie musiał zamawiający uznać dany zakup, gdy w stosunku do niego występuje:

- **tożsamość podmiotowa** (zamówienie w danej części może wykonać ten sam krąg wykonawców),
- **tożsamość przedmiotowa i funkcjonalna** (części zamówienia obejmują te same lub podobne przedmioty, jak również zamówienia, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość),
- **tożsamość czasowa** (części zamówienia mogą być udzielone lub wykonane w tym samym czasie).

Zatem przy łącznym wystąpieniu wszystkich wymienionych przesłanek zamawiający będzie miał do czynienia z jednym zamówieniem, którego wartość powinna być liczona łącznie, z uwzględnieniem wartości wszystkich części.

Urząd w opinii natomiast podał przykłady zamówień odrębnych (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego), wskazując, że charakteryzują się one odmiennym przeznaczeniem oraz niemożliwością nabycia u tego samego wykonawcy (tamże). Tym samym wykluczona została możliwość łącznego liczenia wartości tego typu zamówień.

- 22** Za okoliczność, która nie wpływa na podział czy łączenie zamówień, Urząd uznał źródła finansowania zamówienia. Niezależnie bowiem od tego, z jakich źródeł finansowane jest zamówienie, jeżeli jest ono podobne przedmiotowo i funkcjonalnie oraz może być udzielone w tym samym czasie, temu samemu wykonawcy, wówczas jest **uznawane za jedno zamówienie** (tamże).

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, tylko okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają znaczenie dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Stąd wynika obowiązek zamawiającego starannego ustalenia planowanej liczby usług, dostaw czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które powinien uwzględnić przy szacowaniu wartości zamówienia (tamże). Oznacza to równocześnie, że jeśli w toku realizacji zamówień ujawniła się niezaplanowana wcześniej konieczność pozyskania nowego zakupu, wówczas jego wartość nie podlega sumowaniu z pozostałymi zamówieniami uwzględnionymi w planie. Uznaje się bowiem, że w takim przypadku nie dochodzi do tożsamości czasowej.

WAŻNE! W przypadku gdy po udzieleniu zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie pojawi się nowa potrzeba udzielenia określonego zamówienia, wówczas zamawiający nie dopuszcza się niedozwolonego dzielenia zamówienia. Nie występuje bowiem tożsamość czasowa w przypadku tych zamówień.

W praktyce ustalenie występowania wspomnianych wyżej tożsamości może nastroczać trudności zamawiającemu bądź organowi kontroli. Dokonując takiej oceny, należy uwzględnić wszystkie okoliczności sprawy, co może wiązać się z koniecznością pozyskania specjalistycznej wiedzy na temat specyfiki, względów technicznych lub funkcjonalnych zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Na trudności w dokonaniu takich ustaleń zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu w wyroku z dnia 12 października 2017 r., II SA/Op 307/17, LEX nr 2394402 (którego poglądy podzielił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 kwietnia 2018 r., II GSK 324/18, LEX nr 2453026).

Jak zauważył skład orzekający, jeżeli chodzi o tożsamość podmiotową, tj. możliwość realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę, to przy jej ustaleniu należy uwzględnić właściwość świadczeń – ich rodzaj, sposób i cel użytkowania. W szczególności, w przypadku wysoko specjalistycznych zamówień (np. na dostawę sprzętu), nawet jeżeli rodzajowo są one do siebie podobne, należy ustalić, czy jeden wykonawca jest w stanie je zrealizować i jednocześnie zachować ich właściwy standard.

W kontekście tożsamości przedmiotowej kryteriami pomocnymi dla ustalenia, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, mogą okazać się np. wspólne kody CPV, tożsame przeznaczenie czy podobieństwo rodzajowe. Z tych też powodów ustalenie tożsamości przedmiotowej może wymagać specjalistycznej wiedzy.

Ostatecznie, w świetle poglądów wyrażonych przez sądy we wskazanych wyrokach, tożsamości czasowej nie determinuje np. okres realizacji projektu, w ramach którego realizowane są określone zamówienia. Zarówno realizacja zamówień objętych jednym projektem czy fakt ich zaplanowania w danym roku budżetowym nie świadczy automatycznie o występowaniu tożsamości czasowej (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z 12 października 2017 r., sygn. akt II SA/Op 307/17).

Jak można zauważyć, ustalenie występowania tożsamości nie zawsze jest proste i wymaga uwzględnienia wielu okoliczności oraz czynników. Niemniej jednak nawet stwierdzenie wystąpienia wszystkich trzech tożsamości nie prowadzi automatycznie do wniosku, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał podziału zamówienia, tj. z naruszeniem art. 29 ust. 2 u.p.z.p. Należy bowiem wskazać, że przepis ten wyraźnie przewiduje jeszcze jedną przesłankę, niezbędną do wystąpienia, aby uznać, iż zamawiający postąpił w sposób sprzeczny z przepisami, tj. działanie z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Wydaje się, że organ kontrolny, wskazując na nieprawidłowość oszacowania wartości zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 u.p.z.p., powinien **udowodnić występowanie po stronie zamawiającego zamiaru uniknięcia stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych**. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16, wskazała, że nie jest konieczne udowodnienie celowego i umyślnego działania mającego na celu uniknięcie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, aby skutecznie zarzucić mu niezasadny podział zamówienia na części. W ocenie Izby najbardziej istotny jest skutek, jaki zaistniał w postępowaniu z powodu niewłaściwego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16). Choć uchwała została wydana na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, wydaje się, że może ona znaleźć zastosowanie również w obecnym stanie prawnym.

Inaczej do sprawy niedozwolonego podziału zamówienia podszedł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu w wyroku z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt I SA/Op 341/19. Jak zauważył skład orzekający w uzasadnieniu wyroku, „(...) sama tożsamość przedmiotu zamówień, możliwość ich przewidzenia w określonej perspektywie czasowej oraz realizacji przez jednego wykonawcę nie przesądza o naruszeniu art. 32 ust. 2 Pzp [aktualnie art. 29 ust. 2 u.p.z.p.] i nieprawidłowości przeprowadzonej procedury zamówień publicznych”. W ocenie sądu dla rozstrzygnięcia istotne było nie tylko ustalenie, czy podzielone zamówienia można traktować jako jedno (w związku z występowaniem tożsamości czasowej, podmiotowej i przedmiotowej), ale również czy dokonany podział zamówienia był świadomym i intencjonalnym działaniem zamawiającego ukierunkowanym na wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. W związku z tym WSA w Opolu zwrócił uwagę, że przy badaniu, czy doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 u.p.z.p. konieczne jest zbadanie wystąpienia wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu: „Trafnie wskazano w skardze, że zarzut naruszenia przez stronę art. 32 ust. 2 ustawy Pzp [aktualnie art. 29 ust. 2 u.p.z.p.] będzie wówczas należycie uzasadnionym, jeżeli organ udowodni zajście czterech kumulatywnych przesłanek, odpowiednio:

- (po pierwsze) okoliczności, iż Beneficjent działał w zamiarze bezpośrednim, tj. działał celem uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp,
- (po drugie) zachodzi przesłanka przedmiotowa, tj. wszystkie przedmioty zamawiane w kilku (tutaj: dziewięciu) zamówieniach są tożsame lub podobne,
- (po trzecie) zachodzi przesłanka podmiotowa, tj. jeden wykonawca jest w stanie zrealizować wszystkie zamówienia (tutaj: wszystkie dziewięć poszczególnych przedmiotów zamówienia),
- (po czwarte) zachodzi przesłanka czasowa, tj. wszystkie zamówienia udzielone są w tym samym czasie lub w krótkich jego odstępach”.

Innymi słowy, z poglądów zaprezentowanych przez skład orzekający wynika, że warunkiem *sine qua non* uznania naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 u.p.z.p. jest ustalenie, iż działał on w zamiarze bezpośrednim w celu ominięcia przepisów ustawy. Jednocześnie, jak wynika z poglądów zaprezentowanych w orzecnictwie, dokonując oceny zakazanego podziału zamówienia na części, należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, np. rodzaj zamówienia, charakter świadczeń, elementy typowe dla tego przedmiotu zamówienia czy przewidywalność jego udzielenia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z 12 października 2017 r., II SA/Op 307/17, LEX nr 2394402, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2018 r., II GSK 324/18, LEX nr 2543026). Jeżeli zatem z tych okoliczności można wywieść wniosek, że zamawiający działał w poczuciu prawidłowości swojego postępowania, gdyż przyjął on określone kryteria dla dokonania podziału zamówienia (np. szczegółowe kody CPV, bądź użytkownik końcowy produktu/usługi), wówczas nie podstaw do uznania, iż jego działanie było wymierzone w naruszenie przepisów ustawy.

Zasady łącznego sumowania wartości zamówień udzielanych w częściach są specyficzne dla poszczególnych rodzajów zamówień (robót budowlanych, usług oraz dostaw), dlatego też zostały bardziej szczegółowo omówione w podrozdziałach „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla robót budowlanych” (zob. nr 26) oraz „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług” (zob. nr 30).

Warto zwrócić uwagę, że na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych udzielanie zamówień w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych (oczywiście pod warunkiem ich łącznego szacowania zgodnie z art. 30 ust. 1 i 2 u.p.z.p.) wyraźnie jest przez ustawodawcę **preferowane** (art. 91 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). Wskazane przepisy określają różnicę pomiędzy udzielaniem zamówienia w częściach (w takim przypadku każda z nich stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia) a dopuszczeniem przez zamawiającego ofert częściowych – te z kolei są składane w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym zamawiający w tym drugim przypadku określa zakres i przedmiot poszczególnych części oraz wskazuje, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia (art. 91 ust. 1 u.p.z.p.). W dokumentach zamówienia zamawiający zobowiązany jest wskazać powody niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 u.p.z.p.).

Zamawiający, podejmując decyzję o niepodzieleniu danego zamówienia, powinien kierować się względami technicznymi, organizacyjnymi, ekonomicznymi lub celowościowymi, które zamawiający musi wymienić w dokumentach zamówienia, co najczęściej znajduje odzwierciedlenie w SWZ (art. 91 ust. 2 u.p.z.p.). Powyższe wynika z założenia ustawodawcy, iż Prawo zamówień publicznych powinno dawać większą szansę małym i średnim przedsiębiorcom, którzy często nie mają wystarczającego potencjału do zrealizowania większych zamówień. Zatem zamawiający nie został pozbawiony możliwości podzielenia zamówień, wręcz prze-

ciwnie – jest do tego zachęcany, jednak podział ukierunkowany na uniknięcie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych nadal jest niedozwolony na gruncie art. 29 ust. 2 u.p.z.p.

a. Przepis art. 30 ust. 4 u.p.z.p.

Jak wskazano powyżej, ustawa – Prawo zamówień publicznych umożliwia udzielanie zamówień w częściach. Co więcej, na gruncie aktualnych przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych takie podejście jest zalecane, a powody niedokonania podziału zamówienia zgodnie z art. 91 ust. 2 u.p.z.p. podaje się w dokumentach zamówienia, co w praktyce oznacza konieczność ujęcia stosownych zapisów w SWZ. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (art. 30 ust. 1 i 2 u.p.z.p.).

Zatem w przypadku gdy wskutek łącznego obliczenia wartości poszczególnych części całkowita wartość zamówień przekroczy kwotę progów stosowania ustawy bądź też progów unijnych, zamawiający będzie zobowiązany stosować przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych do tych części zamówienia, nawet jeżeli żadna z nich pojedynczo nie przekroczy wynikających z danego progu wartości.

Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 30 ust. 4 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem 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 równowartość kwoty 80 tys. euro dla dostaw lub usług oraz 1 mln euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

WAŻNE! W przypadku zamówień udzielanych w częściach do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 tys. euro dla dostaw lub usług oraz 1 mln euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

Powyższy przepis przewiduje zatem uprawnienie zamawiającego albo do zastosowania łagodniejszych przepisów do danej części zamówienia, albo do wyłączenia jej w ogóle ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, jeżeli jej wartość jest niższa niż ustalone w tej ustawie progi i występują pozostałe warunki określone w art. 30 ust. 4 u.p.z.p. Wyłącza on zatem obowiązek zamawiającego do stosowania się do reżimu, w jakim udzielane jest całe zamówienie.

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych: *Stosowanie art. 6a ustawy Pzp*, dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/stosowanie-art.-6a-ustawy-pzp>.

Należy jednak pamiętać, że przepis art. 30 ust. 4 u.p.z.p. przewiduje jedynie uprawnienie zamawiającego w tym zakresie, co oznacza, że nawet przy wystąpieniu wszystkich wymienionych w nim warunków zamawiający może podjąć decyzję o zastosowaniu bardziej rygorystycznych przepisów w stosunku do poszczególnych części zamówienia. Takie działanie nie będzie uznane za nieprawidłowe w świetle obowiązujących przepisów. Zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 30 ust. 4 u.p.z.p., powinien mieć na względzie również brzmienie art. 29 ust. 2 u.p.z.p., tj. powinien mieć na uwadze, aby podział zamówienia na części nie był ukierunkowany na uniknięcie stosowania przepisów ustawy bądź stosowanie łagodniejszej procedury. Oznacza to zatem, że każdorazowo zamawiający powinien wykazać zasadność skorzystania z tej możliwości. Najczęściej wykazuje się w tym względzie powody technologiczne, gospodarcze, organizacyjne bądź po prostu pilną potrzebę.

WAŻNE! Przepis art. 30 ust. 4 u.p.z.p. uprawnia zamawiającego do stosowania przepisów właściwych dla wartości poszczególnych części zamówienia (jeżeli jest ono udzielane w częściach) i po spełnieniu określonych w tym przepisie warunków. Pozwala to zamawiającemu na zastosowanie łagodniejszego reżimu w odniesieniu do części zamówienia. Zamawiający powinien jednak pamiętać o art. 29 ust. 2 u.p.z.p., zgodnie z którym podział zamówienia nie powinien być dokonywany w celu uniknięcia stosowania ustawy lub stosowania łagodniejszej procedury.

D. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla robót budowlanych

26

Przepis art. 34 u.p.z.p. statuuje zasady szacowania wartości zamówienia obejmującego zarówno same roboty budowlane, jak również roboty budowlane połączone z usługami projektowania.

Zamawiający, szacując wartość zamówienia na roboty budowlane, powinien brać pod uwagę definicję obiektu budowlanego określoną w art. 7 pkt 14 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem przez pojęcie „obiekt budowlany” należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Oznacza to, że zakres obiektu budowlanego jest oceniany z uwzględnieniem jego funkcji. Innymi słowy, **dany budynek jest uznawany za obiekt budowlany, jeżeli pełni określoną funkcję gospodarczą lub techniczną** (np. basen, szkoła, urząd). W takim ujęciu za obiekt budowlany może być uznawany nie tylko jednostkowy budynek, ale również cały ich kompleks (np. szkoła z osobną halą sportową bądź ośrodek rekreacyjny obejmujący baseny, pływalnie, boiska itp.).

W przedmiocie pojęcia „obiektu budowlanego” wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 2000 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej* (C-16/98). Jak wskazał Trybunał, aby określić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany, konieczne jest ustalenie, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Udzielenie odpowiedzi twierdzącej na tak postawione pytanie, oznacza, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy.

W konsekwencji, jak zwraca uwagę Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalenie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”:

„(...) dla ustalenia obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane konieczne jest ustalenie przez zamawiającego, czy ma do czynienia z jednym obiektem budowlanym. Ocena, czy w konkretnym postępowaniu zamawiający ma do czynienia z jednym obiektem budowlanym, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt ten będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, że na potrzeby ustalenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp należy brać pod uwagę całość robót budowlanych, nawet jeżeli udzielane są w kilku postępowaniach lub w częściach. Innymi słowy, jeżeli planowane roboty budowlane składają się na jeden obiekt budowlany, wyznaczony wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, wówczas zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamówienie” (zob.: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>).

27

Z kolei **roboty budowlane** to – w świetle art. 7 pkt 21 u.p.z.p. – wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, s. 1, z późn. zm., zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”) lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Roboty budowlane mogą więc polegać na wykonaniu obiektu budowlanego (budowa), ale również na realizacji różnego rodzaju prac: rozbiórkowych, remontowych, modernizacyjnych

oraz mogą dotyczyć wyłącznie ściśle określonego zakresu robót (np. prace dekarские, stolarskie, dotyczące instalacji energetycznych lub ciepłych w obiektach).

Ustalenie, czy dane roboty budowlane stanowią jedno zamówienie, wymaga zbadania, na ile roboty te są tożsame (pod względem specyfiki, charakteru) oraz czy mogły być zaplanowane oraz wykonane w przybliżonym czasie:

„Z kolei w przypadku, w którym zamówienie publiczne obejmuje wykonanie robót budowlanych w różnych obiektach budowlanych, podstawowym kryterium pozwalającym na ustalenie, czy określone roboty stanowią jedno zamówienie, czy też zamówienia odrębne, będzie przede wszystkim tożsamość planowanych robót budowlanych, a także, czy są one możliwe do przewidzenia w tym samym czasie. Odmienna lokalizacja realizowanych robót budowlanych nie przesądza o odrębnym ustalaniu wartości tych robót, a tym samym o uznaniu, że każda z nich stanowi odrębne zamówienie” (zob.: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>).

Jak wskazał UZP w opinii prawnej „Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane” wydanej na gruncie uchylonych już przepisów d.p.z.p. (źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opis-i-szacowanie-przedmiotu-zamowienia-na-roboty-budowlane>), pojęcie robót budowlanych, jako uregulowane ściśle na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych, może obejmować również inne świadczenia, które nie odpowiadają pojęciu robót budowlanych na gruncie ustawy – Prawo budowlane, takie jak np. usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską. W związku z powyższym, zamawiający szacując wartość zamówienia na roboty budowlane, powinien zweryfikować, jakich świadczeń, oprócz samych prac budowlanych (ewentualnie projektowych) wymaga planowana inwestycja. W tym zakresie wytyczne wynikają z załącznika II do dyrektywy 2014/24/UE, który zawiera wykaz rodzajów działalności, jakie mogą być związane z wykonaniem albo zaprojektowaniem i wykonaniem zamówienia na roboty budowlane.

Powyższe pojęcia są istotne z punktu widzenia obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 30 ust. 1 u.p.z.p., tj. sumowania wartości wszystkich prac składających się na dane zamówienie.

W zakresie robót budowlanych można zatem wyróżnić następujące zasady szacowania wartości zamówienia:

1) w przypadku gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień na wykonanie pojedynczych obiektów budowlanych, z których każdy pełni samodzielnie funkcję gospodarczą lub techniczną (np. budynek urzędu, teatru, kina), wówczas zamawiający szacuje wartość robót budowlanych odrębnie dla każdego obiektu. Powyższe wynika z tego, iż każdy z tych budynków stanowi odrębny obiekt budowlany o własnym przeznaczeniu, bez powiązania funkcjonalnego z innymi i tym samym stanowią one odrębne zamierzenia budowlane;

2) jeżeli realizowane zamierzenie budowlane polega na wykonaniu obiektu budowlanego, obejmującego kompleks budynków, posiadających wspólną funkcję gospodarczą lub techniczną (np. ośrodek rekreacyjny obejmujący hale, pływalnię, boiska albo obiekt szkolny obejmujący budynek szkoły, boisko oraz halę sportową), wówczas zamawiający powinien dokonać zsumowania wartości robót budowlanych dotyczących wszystkich budynków, jakie się składają na ten obiekt (opinia prawna UZP „Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane”, źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opis-i-szacowanie-przedmiotu-zamowienia-na-roboty-budowlane>). Powyższe wynika z faktu, iż planowane przez zamawiającego zamierzenie budowlane ma pełnić jedną funkcję gospodarczą lub techniczną i nawet jeśli poszczególne obiekty znajdują się w różnych lokalizacjach, wówczas stanowią jedno przedsięwzięcie i w konsekwencji zamawiający powinien sumować wartość wszystkich robót budowlanych podejmowanych w ramach planowanego zamierzenia (wyrok ETS z dnia 5 października 2000 r. (C-16/98) w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*). Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”:

„Zamawiający, przygotowując się do realizacji inwestycji w postaci robót budowlanych wykonywanych w różnych obiektach budowlanych, powinien dokonać analizy planowanych robót pod kątem ich tożsamości. W konsekwen-

cji, punktem odniesienia dla określenia zamówienia i szacowania jego wartości będzie specyfika/charakter robót budowlanych zaplanowanych do wykonania (np. termomodernizacja różnych budynków należących do gminy albo naprawa chodników dla pieszych w danej miejscowości). Zatem łączne szacowanie wartości robót budowlanych w analizowanym przypadku wyznacza:

- tożsama specyfika/charakter robót budowlanych oraz
- możliwość zaplanowania tych robót budowlanych przez zamawiającego, co odnosi się zarówno do możliwości określenia przez zamawiającego zakresu robót, jak i przybliżonego czasu ich realizacji (dotyczy to również przypadku, w którym zamówienie będzie podzielone na części i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach poszczególnych części będą wszczynane w różnym czasie)” (źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>);

3) w przypadku robót budowlanych określonego rodzaju, które nie polegają na wykonaniu obiektu budowlanego (np. termomodernizacja, prace dekarские, wymiana instalacji elektrycznych czy stolarki okiennej), wówczas o konieczności łącznego sumowania poszczególnych robót budowlanych decydować będzie, czy są to roboty tego samego rodzaju oraz czy mogły być przewidziane w tym samym czasie. Przy czym nie będzie miało znaczenia, czy roboty te będą wykonywane w różnych obiektach i lokalizacjach. Oznacza to zatem, że jeżeli zamawiający planuje np. w danym roku przeprowadzić pełną termomodernizację (albo remont dachów, wymianę okien) wszystkich obiektów znajdujących się w jego majątku, to wówczas powinien zsumować łączną wartość wszystkich tych robót budowlanych, nawet jeśli będą one realizowane w odrębnych obiektach, niepowiązanych ze sobą funkcjonalnie. Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”:

„Zamawiający, przygotowując się do realizacji inwestycji w postaci robót budowlanych wykonywanych w różnych obiektach budowlanych, powinien dokonać analizy planowanych robót pod kątem ich tożsamości. W konsekwencji, punktem odniesienia dla określenia zamówienia i szacowania jego wartości będzie specyfika/charakter robót budowlanych zaplanowanych do wykonania (np. termomodernizacja różnych budynków należących do gminy albo naprawa chodników dla pieszych w danej miejscowości). Zatem łączne szacowanie wartości robót budowlanych w analizowanym przypadku wyznacza:

- tożsama specyfika/charakter robót budowlanych oraz
- możliwość zaplanowania tych robót budowlanych przez zamawiającego, co odnosi się zarówno do możliwości określenia przez zamawiającego zakresu robót, jak i przybliżonego czasu ich realizacji (dotyczy to również przypadku, w którym zamówienie będzie podzielone na części i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach poszczególnych części będą wszczynane w różnym czasie)” (źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>);

4) jeżeli zamawiający planuje wykonać różnego rodzaju roboty budowlane w obiekcie budowlanym, będącym jednym budynkiem, albo stanowiącym kompleks kilku budynków (np. prace rozbiórkowe, budowę nowego budynku, prace remontowe, w tym wymianę instalacji elektrycznych), wówczas zamawiający sumuje wartość wszystkich rodzajów robót dotyczących danego obiektu budowlanego (w przypadku kompleksu, nawet jeżeli będą one wykonywane w poszczególnych budynkach. Powyższe wynika z powiązania funkcjonalnego pomiędzy budynkami, które razem tworzą obiekt budowlany, a planowane roboty jedno zamierzenie budowlane);

5) jeżeli zamawiający jednocześnie planuje wykonać różnego rodzaju roboty budowlane w danym obiekcie budowlanym, czy to będącym jednym budynkiem, czy stanowiącym kompleks kilku budynków (np. prace rozbiórkowe i prace remontowe, w tym wymianę instalacji elektrycznych), a równocześnie planuje wykonanie określonego rodzaju robót w innych, odrębnych obiektach (np. wspomniane powyżej prace remontowe polegające na wymianie instalacji elektrycznych), wówczas zamawiający szacuje wartość różnego rodzaju robót budowlanych wykonywanych w ramach pierwszego obiektu budowlanego według zasady określonej w pkt 4, natomiast roboty jednego rodzaju (w tym wypadku prace remontowe polegające na wymianie instalacji elektrycznych) wykonywane w pozostałych obiektach budowlanych szacuje łącznie według zasady określonej w pkt 3 (oczywiście, o ile zachodzi dodatkowo tożsamość czasowa).

Powyższy sposób szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane potwierdził również Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”, dostępnej pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>.

Szczególnego podkreślenia jednakowoż wymaga, że zawsze konkretna decyzja zamawiającego w zakresie szacowania, w tym robót budowlanych, dokonywana jest w okolicznościach danego stanu faktycznego. W szczególności w odniesieniu do agregacji tych samych rodzajowo robót budowlanych „objektowo” lub „rodzajowo” znaczenie będzie miała specyfika danych prac w konkretnych obiektach. Przykładowo: prace ogólnoremontowe oraz instalacje dozoru wykonywane w różnych obiektach mogą podlegać agregacji „objektowej”, jeżeli będą nierozzerwalnie ze sobą związane (np. przeprowadzane w tym samym pomieszczeniu, w ten samej ścianie) i z tego względu wymagać będą ich wykonywania przez jednego wykonawcę, albo agregacji „rodzajowej” (np. w kilku obiektach przeprowadzany remont innych pomieszczeń niż tych, w których zainstalowany ma zostać system dozoru), a do ich wykonywania nie jest niezbędna tożsamość podmiotowa wykonawcy.

Podsumowując zatem zasady szacowania wartości zamówień na roboty budowlane, należy stwierdzić, iż podstawowym kryterium, na podstawie którego zamawiający powinien podjąć decyzję w przedmiocie sumowania wartości określonych robót budowlanych, jest istnienie zamierzenia budowlanego, w ramach którego zamawiający planuje realizację określonego rodzaju robót budowlanych. Zamierzenie budowlane stanowić może obiekt budowlany będący budynkiem spełniającym określoną funkcję, jak również będący zespołem albo kompleksem budynków, mających pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. W przypadku szacowania wartości robót budowlanych, odnoszących się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, decydujące jest ustalenie, czy poszczególne obiekty składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą, czy też składają się na nie różne rodzaje robót, stanowiące samoistne zamierzenie budowlane. W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest modernizacja lub budowa kilku obiektów w rozumieniu Prawa budowlanego, ale funkcjonalnie ze sobą powiązanych i składających się na jedno zamierzenie budowlane, zamawiający powinien dokonywać łącznego szacowania wartości robót składających się na całe zamierzenie budowlane. Czasowo równoległe realizowanie obiektów budowlanych w odmiennej lokalizacji nie wiąże się z koniecznością sumowania wartości przedmiotu zamówień, jeżeli obiekty te spełniają swoją funkcję gospodarczą całkowicie niezależnie.

Pamiętać również należy, iż przyjęte na gruncie ustawy „pojęcie robót budowlanych i pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych, są pojęciami autonomicznymi dla zamówień publicznych – mają zastosowanie wyłącznie na gruncie stosowania przepisów u.p.z.p., w szczególności celem dokonania czynności szacowania wartości przedmiotu zamówienia. (...) Nowe definicje «robót budowlanych» i «obektu budowlanego» nie będą miały wpływu na rozumienie tych pojęć w innych aktach normatywnych zawierających ich definicję oraz na interpretację przepisów budowlanych, czy też przepisów dotyczących podatków oraz kwalifikowania wydatków. Definicje te pozostają również bez wpływu na dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodzi świadczenia, które w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane nie są robotami budowlanymi. Z oczywistych względów do świadczeń traktowanych celem szacowania przedmiotu jako roboty budowlane, nie będących jednak robotami w rozumieniu prawa budowlanego, nie znajdują zastosowania zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone w art. 31 ustawy Pzp [obecnie: art. 103 u.p.z.p. – *przyp. aut.*], czy szacowania wartości zamówienia w oparciu o art. 33 ustawy Pzp [obecnie: art. 34 u.p.z.p. – *przyp. aut.*]. Wobec takich świadczeń opis i szacowanie następuje na zasadach ogólnych, określonych odpowiednio art. 29 i 30 [obecnie: art. 99 i 101 u.p.z.p. – *przyp. aut.*] oraz art. 32 ustawy Pzp [obecnie: art. 28–33 u.p.z.p. – *przyp. aut.*]. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 – Prawo budowlane, następuje według dotychczasowych zasad, za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych albo programu funkcjonalno-użytkowego, stosownie do zasad określonych art. 31 [obecnie: art. 103 u.p.z.p. – *przyp. aut.*], zaś szacowanie wartości takich robót następuje stosownie do zasad określonych art. 33 ustawy Pzp [obecnie: art. 34 u.p.z.p. – *przyp. aut.*]” (zob. opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane”, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace>

-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opis-i-szacowanie-przedmiotu-zamowienia-na-roboty-budowlane).

Po ustaleniu, jakie świadczenia wchodzą w zakres planowanej inwestycji, zamawiający powinien zsumować ich wartość. Powyższe koresponduje również z art. 30 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym **przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.**

WAŻNE! Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.

Przykładami usług, które zamawiający oddaje do dyspozycji wykonawcy, mogą być: usługi geodezyjne, usługi laboratoryjne. Do sytuacji opisanej w art. 30 ust. 3 u.p.z.p. dojdzie także wówczas, gdy zamawiający samodzielnie dokona zakupu materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych, które następnie odda do dyspozycji wykonawcy.

W praktyce pojawiają się pytania, czy na gruncie art. 30 ust. 3 u.p.z.p. zamawiający zobowiązany jest doliczyć wartość usługi na wykonanie dokumentacji projektowej, która stanowiła przedmiot zamówienia w postępowaniu na roboty budowlane. Choć taka usługa projektowania jest ściśle powiązana z zakładanym zamierzeniem budowlanym, to z całą stanowczością należy uznać, że wartość tych usług nie podlega uwzględnieniu w wartości zamówienia na roboty budowlane, ponieważ nie mamy do czynienia w tym przypadku z tożsamością czasową (zamawiający najpierw musiał udzielić zamówienia na zaprojektowanie, a dopiero potem na budowę obiektu lub wykonanie innych robót budowlanych) oraz podmiotową (zasadniczo, inny jest krąg wykonawców składających ofertę w postępowaniu na samo projektowanie oraz samą budowę lub wykonanie innych robót budowlanych).

Prawidłowość takiego podejścia potwierdził Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”:

„Należy zaznaczyć, że zamówienia służące pozyskaniu przez zamawiającego dokumentacji projektowej wraz z usługami projektanta lub specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, nie mogą zostać zakwalifikowane do kategorii dostaw lub usług oddawanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy w rozumieniu art. 30 ust. 3 ustawy Pzp. Ich nabycie służy bowiem przede wszystkim wypełnieniu przez zamawiającego ustawowego obowiązku dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, stąd koszt ich nabycia przez zamawiającego nie powiększa wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane” (źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-oraz-nadzoru-inwestorskiego>).

Inaczej jest oczywiście w przypadku, gdy zamawiający prowadzi postępowanie na „zaprojektuj i wybuduj”, wówczas oczywiście wartość usług projektowania jest uwzględniana w wartości zamówienia.

Szacunkową wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie zestawienia rodzaju, zakresu i ilości robót budowlanych wraz z ich cenami rynkowymi. Takim zestawieniem, zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p., jest **kosztorys inwestorski**. W przypadku gdy zamówienie obejmuje oprócz robót budowlanych także zaprojektowanie, **planowane koszty robót i projektowania powinny zostać określone na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego**. Metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym zostały uregulowane rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. poz. 2458).

– **Kosztorys inwestorski:** zgodnie z § 2 tego rozporządzenia opracowywany jest metodą kalkulacji uproszczonej, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem robót jako sumy iloczynów liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. Podstawą do sporządzania kosztorysu inwestorskiego są dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, założenia wyjściowe do kosztorysowania oraz ceny jednostkowe robót podstawowych, do których należy stosować w kolejności ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych, aktualnych publikacji oraz kalkulacje szczegółowe (§ 3 rozporządzenia). Na kosztorys inwestorski składają się (§ 7 rozporządzenia):

28

- strona tytułowa zawierająca podstawowe informacje,
- ogólna charakterystyka obiektu lub robót, zawierająca krótki opis techniczny – wraz z istotnymi parametrami, które określają wielkość obiektu lub robót,
- przedmiar robót,
- kalkulacja uproszczona,
- tabela wartości elementów scalonych, sporządzona w postaci sumarycznego zestawienia wartości robót określonych przedmiotem robót, łącznie z narzutami kosztów pośrednich i zysku, odniesionych do elementu obiektu lub zbiorczych rodzajów robót
- oraz załączniki (założenia wyjściowe do kosztorysowania, kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych, analizy indywidualne nakładów rzeczowych oraz analizy własne cen czynników produkcji i wskaźników narzutów kosztów pośrednich i zysku).

– **Planowane koszty robót budowlanych:** zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia obliczane są **metodą wskaźnikową**, jako suma iloczynów wskaźnika cenowego i ilości jednostek odniesienia. Podstawą obliczenia planowanych wartości robót budowlanych jest program funkcjonalno-użytkowy oraz wskaźniki cenowe. Zgodnie z § 8 ust. 3 rozporządzenia **składniki kosztów ustala się z uwzględnieniem struktury systemu klasyfikacji Wspólnego Słownika Zamówień**, stosując odpowiednio określone w nim grupy, klasy lub kategorie robót. Na gruncie rozporządzenia wskazano jednak, że przy zamówieniu na roboty budowlane obejmującym budowę w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy – Prawo budowlane składniki kosztów odpowiadają co najmniej grupom robót w rozumieniu Wspólnego Słownika Zamówień i obejmują: koszty robót przygotowania terenu, koszty robót budowy obiektów podstawowych, koszty robót instalacyjnych, koszty robót wykończeniowych oraz koszty robót związanych z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów pomocniczych. Wskaźnik cenowy danego składnika kosztów określa się na podstawie danych rynkowych lub w przypadku braku takich danych – na podstawie powszechnie stosowanych katalogów i informatorów cenowych.

29

– **Planowane koszty prac projektowych:** zgodnie z § 10 ust. 1 rozporządzenia obliczane są jako **iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów robót budowlanych**. Podstawą obliczenia planowanych kosztów prac projektowych są:

- program funkcjonalno-użytkowy,
- planowane koszty robót budowlanych oraz
- wskaźniki procentowe, które przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do rozporządzenia.

Zgodnie z § 10 ust. 4 i 5 rozporządzenia **planowane koszty prac projektowych** stanowią sumę kosztów prac projektowych ustalonych odrębnie dla poszczególnych obiektów i **nie obejmują opracowania danych wyjściowych, a w szczególności:**

- uzyskania mapy do celów prawnych,
- opracowania mapy do celów projektowych,
- opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej,
- opracowania operatów ochrony środowiska,
- inwentaryzacji obiektów, zagospodarowania terenu,
- inwentaryzacji i waloryzacji zieleni.

WAŻNE! Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane;
 - 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.
- Szczegółowe wytyczne w tym względzie znajdują się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. poz. 2458).

E. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług

30

Ustawodawca określił również kierunek szacowania w odniesieniu do dostaw i usług. Podstawowym przepisem w tym zakresie jest art. 30 ust. 1 i 2 u.p.z.p.

W świetle art. 30 ust. 1 u.p.z.p., jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia na usługi (więcej na temat szacowania zamówień udzielanych w częściach lub dopuszczających złożenie ofert częściowych w podrozdziale „Szacowanie wartości zamówień udzielanych w częściach albo umożliwiających składanie ofert częściowych”, zob. nr 20).

WAŻNE! Jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

W przypadku zamówień, w ramach których zamawiający planuje nabyć podobne dostawy, wówczas wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw (art. 30 ust. 2 u.p.z.p.).

WAŻNE! W przypadku gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych” dostępnej na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/opinie/zasady-szacowania-wartosci-zamowienia-na-zakup-produktow-spozywczych> (dostęp: 18.01.2023 r.):

„Pojęcie «łącznej wartości» należy odnieść do wartości szacunkowej całego zamówienia określonej przed wszczęciem pierwszego postępowania służącego udzieleniu zamówienia w częściach. A zatem, jeżeli zamawiający decyduje się udzielać zamówienia na podobne dostawy w częściach i organizuje odrębne postępowania obejmujące poszczególne części, wówczas dla każdego odrębnego postępowania (części zamówienia) przyjmuje się wartość całego zamówienia, ustaloną przed wszczęciem pierwszego postępowania służącego udzieleniu zamówienia

w częściach. W konsekwencji, zamawiający udzielający zamówienia w częściach, wszczynając postępowanie na poszczególne części, nie jest zobowiązany do ponownego oszacowania ich wartości, chyba że po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane oszacowanie. Wówczas, stosownie do treści art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany będzie dokonać zmiany ustalonej wartości zamówienia. (...) W art. 5 ust. 9 ww. Dyrektywy wskazano, że w przypadku gdy proponowane nabycie podobnych dostaw może prowadzić do udzielenia zamówień w formie odrębnych części, na potrzeby ustalenia, czy wartość dostaw przekracza próg stosowania dyrektywy, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich tych części, zaś w przypadku gdy łączna wartość części jest na poziomie lub powyżej progu określonego w art. 4, przepisy dyrektywy stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia. Z powyższego wynika, iż dyrektywa kładzie nacisk na etap planowania dostawy oraz podobieństwo przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że decydującym kryterium oceny obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia w przypadku dostaw jest obiektywna możliwość za-planowania udzielenia zamówień w określonym czasie oraz podobieństwo przedmiotowe”.

Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że w przypadku, gdy zamawiający jest w stanie ustalić, jakich zamówień na podobne dostawy udzieli w określonej perspektywie czasowej, wówczas ma obowiązek łącznie szacować ich wartość, niezależnie od tego, czy udziela ich w częściach (w drodze odrębnych postępowań bądź poprzez dopuszczenie składania ofert częściowych w jednej procedurze).

Pozostaje do ustalenia, na czym może polegać wspomniane powyżej „podobieństwo przedmiotowe dostaw”? Jak już sygnalizowano, pojęcie „podobnych dostaw” zostało doprecyzowane w motywie 19 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którego brzmieniem, „podobne dostawy” to dostawy o identycznym lub podobnym przeznaczeniu, np. dostawy różnych rodzajów żywności lub różnych mebli biurowych. Jak wskazał prawodawca unijny, zazwyczaj wykonawca działający w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu. W komentarzu do art. 30 u.p.z.p. (w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021) stwierdzono, iż o podobieństwie dostaw świadczy zatem ich tożsamy lub podobny cel, przy czym musi on mieć charakter obiektywny, nie zaś określony w sposób subiektywny przez zamawiającego.

Kwestię podobieństwa dostaw Urząd Zamówień Publicznych poruszył również w wyżej wspomnianej opinii „Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych” dostępnej na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/zasady-szacowania-wartosci-zamowienia-na-zakup-produktow-spozywczych> (dostęp: 18.01.2023 r.). W opinii tej Urząd nawiązał do przytoczonego powyżej motywu 19 dyrektywy „klasycznej”. A zatem:

„intencja ustawodawcy unijnego zdaje się preferować pogląd, iż dostawy różnych rodzajów żywności to podobne dostawy, które mogą być udzielane w częściach, ale wartość wszystkich tych części należy szacować łącznie. Nie jest to jednak pogląd kategoryczny. Jak dalek stanowi treść motywu 19 preambuły, «zazwyczaj wykonawca w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu». Innymi słowy, dostawca pieczywa nie jest z reguły zainteresowany dostawami mięsa, a ten z kolei dostawami pieczywa. A zatem treść motywu 19 nie przekreśla automatycznie argumentu przemawiającego za odrębnym szacowaniem takich zamówień w konkretnych okolicznościach zamówienia”.

Konkluzję powyższego stanowi stwierdzenie:

„W konsekwencji należy wskazać, iż w przypadku zamówień obejmujących swym zakresem dostawę artykułów spożywczych istotnym kryterium decydującym o tym czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi, będzie dostępność produktów u jednego dostawcy. Powyższej oceny zamawiający powinien dokonywać z uwzględnieniem podziału, jaki w sposób naturalny istnieje na rynku artykułów spożywczych. Jeżeli zatem wartość odrębnego zamówienia nie przekroczy kwoty 130 000 zł, do udzielenia zamówienia na produkty spożywcze, przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania. Ostatecznie jednak wybór metody szacowania wartości zamówienia należy oceniać mając na uwadze konkretny stan faktyczny”.

Ponownie należy zwrócić uwagę, iż „podobieństwo” różnych rodzajów dostaw, np. artykułów spożywczych, stwierdzana powinna być w odniesieniu do konkretnych branż przemysłu spożywczego i wynikających z nich zakresów typowej aktywności gospodarczej dostawcy tych produktów. Za podobne z pewnością powinny zostać uznane przykładowo: chleb, bagietka i kajzerka; masło, twaróg i jogurt; mięso, wędliny, parówki. Nie zachodzi natomiast podobieństwo pomiędzy produktami spożywczymi wytwarzanymi w odrębnych segmentach branży

spożywczej (przykładowo: pieczywem i mięsem, mięsem i produktami rybnymi, jajami i warzywami itp.), nawet jeżeli można je nabyć u jednego dostawcy, np. w hurtowni spożywczej.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie zastosował analogicznej zasady, jak określona w art. 30 ust. 2 u.p.z.p., w stosunku do usług. Oznacza to, że wartości usług podobnych nie podlegają łącznemu szacowaniu. Tym samym zamawiający szacuje łącznie tylko jednorodne usługi, które był w stanie przewidzieć. W praktyce często pojawiają się pytania o sposób szacowania usług na sporządzenie dokumentacji projektowej oraz usług nadzoru inwestorskiego.

W przypadku tych pierwszych, z racji ich ścisłego powiązania z robotami budowlanymi, które mają być wykonane na podstawie sporządzonej dokumentacji projektowej, sumowanie ich wartości powinno odbywać się na analogicznych zasadach, jak w przypadku samych robót budowlanych (zob. szerzej w podrozdziale: „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dla robót budowlanych” (zob. nr 26).

Oznaczałoby to, że:

- 1) jeżeli dokumentacja projektowa ma służyć do wykonania pojedynczych obiektów budowlanych, z których każdy pełni samodzielnie funkcję gospodarczą lub techniczną (np. budynek urzędu, teatru, kina), wówczas zamawiający szacuje wartość dokumentacji projektowej odrębnie dla każdego obiektu. Powyższe wynika z tego, iż każdy z tych budynków stanowi odrębny obiekt budowlany o własnym przeznaczeniu, bez powiązania funkcjonalnego z innymi i tym samym stanowią one odrębne zamierzenia budowlane;
- 2) jeżeli dokumentacja projektowa ma służyć wykonaniu kilku budynków, posiadających wspólną funkcję gospodarczą lub techniczną i tym samym składających się na jeden obiekt budowlany (np. ośrodek rekreacyjny obejmujący hale, pływalnię, boiska albo obiekt szkolny obejmujący budynek szkoły, boisko oraz halę sportową), wówczas zamawiający powinien dokonać zsumowania wartości wszystkich dokumentacji projektowych na wykonanie wszystkich budynków, jakie składają się na ten obiekt. Powyższe wynika z faktu, iż planowane przez zamawiającego zamierzenie budowlane ma pełnić jedną funkcję gospodarczą lub techniczną i nawet jeśli poszczególne obiekty znajdują się w różnych lokalizacjach, wówczas stanowią jedno przedsięwzięcie;
- 3) jeżeli dokumentacja projektowa ma służyć wykonaniu robót budowlanych określonego rodzaju, które nie polegają na wykonaniu obiektu budowlanego (np. termomodernizacja, prace dekarские, wymiana instalacji elektrycznych) i wykonywane są na kilku obiektach budowlanych, wówczas zamawiający powinien łącznie sumować wartość dokumentacji projektowych dla różnych obiektów w przypadku, gdy dotyczy ona robót tego samego rodzaju (np. termomodernizacja) oraz jeżeli były one możliwe do przewidzenia w tym samym czasie. Przy czym nie miałyby znaczenia, czy dokumentacje projektowe dotyczyłyby różnych obiektów i lokalizacji. Oznacza to zatem, że jeżeli zamawiający planuje np. w danym roku przeprowadzić pełną termomodernizację wszystkich obiektów znajdujących się w jego majątku, to wówczas powinien zsumować łącznie wartość wszystkich tych dokumentacji projektowych, na podstawie których będzie dokonywana termomodernizacja, nawet jeśli będzie ona realizowana w odrębnych obiektach, niepowiązanych ze sobą funkcjonalnie;
- 4) jeżeli dokumentacja projektowa ma uwzględniać różnego rodzaju roboty budowlane w obiekcie budowlanym, będącym jednym budynkiem, albo stanowiącym kompleks kilku budynków (np. prace rozbiórkowe, budowę nowego budynku, prace remontowe, w tym wymianę instalacji elektrycznych), wówczas zamawiający sumuje wartość dokumentacji projektowej obejmującej wszystkiego rodzaju roboty, dotyczące danego obiektu budowlanego (w przypadku kompleksu – nawet jeżeli prace będą wykonywane w poszczególnych budynkach);
- 5) jeżeli zamawiający jednocześnie planuje wykonanie różnego rodzaju robót budowlanych w danym obiekcie budowlanym, czy to będącym jednym budynkiem, czy stanowiącym kompleks kilku budynków (np. prace rozbiórkowe i prace remontowe, w tym wymianę instalacji elektrycznych), a równocześnie wykonanie określonego rodzaju robót w innych, odrębnych obiektach na podstawie dokumentacji projektowej (np. wspomniane powyżej prace remontowe polegające na wymianie instalacji elektrycznych), wówczas zamawiający szacuje łącznie wartość dokumentacji projektowych dla różnego rodzaju robót budowlanych wykonywanych w ramach pierwszego obiektu budowlanego według zasady określonej w pkt 4, natomiast wartość dokumentacji projektowej dla robót jednego rodzaju (w tym wypadku – prac remontowych polegających na wymianie instalacji elektrycznych) wykonywanych w pozostałych obiektach budowlanych szacuje łącznie według zasady określonej w pkt 3 (oczywiście, o ile zachodzi dodatkowo tożsamość czasowa).

Konkludując, można postawić tezę, iż prace polegające na opracowaniu dokumentacji projektowych robót budowlanych stanowią szczególny rodzaj zamówień na usługi, które w sposób bezpośredni związane są z określonym zakresem robót budowlanych. Zamówienia na usługi przygotowania dokumentacji projektowych po-

winni zatem korzystać z autonomii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takim zakresie, w jakim korzystają z niej roboty budowlane, stanowiące rezultat określonych prac projektowych. Innymi słowy, odrębne zamówienie na usługi projektowe (wykonanie dokumentacji projektowych) stanowić będzie zakres dokumentacji odnoszącej się do określonego zamówienia na roboty budowlane. W konsekwencji zasadnicze znaczenie dla ustalenia zakresu zamówienia na usługi projektowe dla robót budowlanych w każdym przypadku będzie określenie samoistnego zakresu zamówienia na roboty budowlane.

W odniesieniu natomiast do usług pełnienia nadzoru inwestorskiego, przy ustaleniu sposobu szacowania ich wartości należy wziąć pod uwagę ich specyfikę. Choć usługi te, podobnie jak usługi projektowania, są ściśle powiązane z konkretnymi inwestycjami, warto zaznaczyć, że ich zakres oraz sposób wykonania jest regulowany przepisami powszechnie obowiązującymi. W związku z tym, zasadniczo, w odniesieniu do różnych inwestycji budowlanych ich zakres przedmiotowy będzie bądź identyczny, bądź będzie różnił się w sposób nieznaczny. W konsekwencji wydawałoby się, że w sytuacji, gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień na świadczenie tego rodzaju usług w określonej perspektywie czasowej, powinien on potraktować je jako jedno zamówienie, nawet jeżeli dotyczą odrębnych zadań inwestycyjnych. Z kolei nie ulega wątpliwości, że usługi nadzoru inwestorskiego, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych, których dotyczą, mogą obejmować różne branże i wymagać szczególnych kompetencji ściśle związanych ze specyfiką nadzorowanej inwestycji, co w konsekwencji, w opinii autorki, nie pozwala traktować ich jako usług o charakterze jednorodnym. W związku z tym wydaje się, że właściwym podejściem pozostaje szacowanie wartości usług nadzoru inwestorskiego na zasadach analogicznych jak usługi projektowe, w sposób opisany powyżej. Wówczas przy szacowaniu powinno się brać pod uwagę to, czy usługi nadzoru dotyczą danego obiektu budowlanego (składającego się z jednego budynku lub też kilku), czy też odnoszą się do robót budowlanych określonego rodzaju (np. robót z zakresu branży sanitarnej lub elektrycznej) wykonywanych w jednym obiekcie budowlanym, bądź też w kilku różnych obiektach. Nie bez znaczenia pozostaje w takim przypadku również moment realizacji tychże usług (wartości poszczególnych usług powinny być sumowane, jeżeli mogły być one przewidziane w tym samym czasie), natomiast nieistotna jest lokalizacja obiektów, na których mają być one realizowane (np. usługi nadzoru świadczone w trakcie budowy przedszkoli realizowanych w różnych dzielnicach miasta). Na powyższy sposób szacowania wartości zamówienia na usługi projektowe oraz usługi nadzoru inwestorskiego wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego”:

„Usługi polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej robót budowlanych stanowią szczególny rodzaj zamówień na usługi, które w sposób bezpośredni związane są z określonym zakresem robót budowlanych. Zamówienia na usługi przygotowania dokumentacji projektowych powinny zatem korzystać z autonomii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w takim zakresie, w jakim korzystają z niej roboty budowlane, stanowiące rezultat określonych prac projektowych. Zakresem odrębnego zamówienia na usługi projektowe dotyczące przygotowania dokumentacji technicznych robót budowlanych objęte powinny być usługi służące przygotowaniu konkretnej inwestycji budowlanej. Analogicznie, z uwagi na ściśle powiązanie świadczeń, zamówienie na roboty budowlane powinno stanowić punkt odniesienia dla ustalenia zakresu oraz wielkości zamówienia na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego towarzyszących realizacji określonych robót budowlanych. Tym samym, jednym zamówieniem na usługi nadzoru zamawiający powinien objąć te usługi, które będą związane z realizacją konkretnej inwestycji budowlanej” (źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/ustalanie-wartosci-zamowienia-na-roboty-budowlane-i-zwiazanych-z-nim-zamowien-na-uslugi-projektowania-ora-z-nadzoru-inwestorskiego>).

Ustawodawca w art. 35 u.p.z.p. osobno uregulował zasady ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie. Prawo zamówień publicznych nie precyzuje pojęcia usług i dostaw powtarzających się. Ze swojej natury tego typu zamówienia będą cechować się pewną powtarzalnością, cyklicznością.

Pomocna w tym zakresie może się okazać opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Szacowanie wartości zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo”, która została wydana na podstawie nieaktualnego już stanu prawnego, kiedy ustawodawca posługiwał się pojęciem „dostaw i usług powtarzających się okresowo”, ale może stanowić materiał pomocniczy przy interpretowaniu obowiązujących przepisów.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/szacowanie-wartosci-zamowienia-na-dostawy-i-uslugi-powtarzajace-sie-okresowo>

We wskazanej opinii zwrócono uwagę, że do zdefiniowania pojęcia „dostaw i usług powtarzających się okresowo” odpowiednio można stosować przyjęte na gruncie prawa cywilnego pojęcie „świadczeń okresowych”. Przy czym Urząd wskazał na **różnice** występujące pomiędzy obu definicjami: „świadczenia okresowe” dotyczą bowiem świadczeń w ramach jednego stosunku zobowiązaniowego, natomiast „dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo” stanowią pojęcie znacznie szersze, obejmujące więcej stosunków zobowiązaniowych (tamże). W opinii przywołano poglądy prezentowane w literaturze przedmiotu, które definiują „świadczenia okresowe” jako:

„czynności powtarzane cyklicznie, tj. powtarzające się w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowane więcej niż jednokrotnie tzn. w sposób powtarzalny. Pojedyncze świadczenie okresowe posiada co prawda samoistny charakter, jednak jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. To odróżnia świadczenia okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia, i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość (Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 65 i n.). W przypadku świadczeń powtarzających się okresowo bardzo istotne znaczenie ma również fakt, iż istotną część tych świadczeń charakteryzuje **brak możliwości ich skumulowania i wykonania jednorazowo bez szkody dla zamierzonego efektu ich realizacji**. I ta cecha ma bardzo duże znaczenie przy odniesieniu się do «zamówień na dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo»”.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/szacowanie-wartosci-zamowienia-na-dostawy-i-uslugi-powtarzajace-sie-okresowo>

Oznacza to, że usługi lub dostawy powtarzające się mają odpowiadać na potrzeby zamawiającego występujące w określonym czasie i muszą być dokonywane w sposób powtarzalny (a więc niejednokrotnie). Wynika to ze stałego zapotrzebowania na regularnie wykonywane dostawy lub usługi np. usługi sprzątnięcia, usługi utrzymania dróg, dostawy artykułów żywnościowych).

WAŻNE! Zatem zamówienia powtarzające się okresowo to zamówienia na usługi lub dostawy, których realizacja następuje cyklicznie w określonych odstępach czasu (jednakowych bądź różnych), i które co do zasady obejmują ten sam przedmiot.

PRZYKŁAD: Przykładem takiego zamówienia powtarzającego się okresowo jest np. usługa sprzątnięcia, usługa konserwacji urządzeń, dostawa żywności czy dostawa codziennej prasy.

31 Więcej wątpliwości budzą natomiast „zamówienia podlegające wznowieniu”.

Wspominane są one w art. 5 ust. 11 dyrektywy 2014/24/UE, który to przepis w porządku polskim został zaimplementowany art. 35 u.p.z.p. Jak wskazuje się w komentarzu do tego przepisu: „Przedmiotem takiego zamówienia będą zatem co do istoty dobra, które instytucja zamawiająca nabywa sukcesywnie lub z określoną regularnością, aby zaspokoić swoje bieżące potrzeby. Artykuł 5 ust. 11 dyrektywy 2014/24/UE nie znajdzie zatem zastosowania do dostaw lub usług, które mogą zostać zaspokojone w drodze jednorazowego i niepowtarzalnego świadczenia” [W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015].

Pojęcie wznowień pojawiło się już na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy. Regulacja dotycząca wznowień była (i nadal jest) tak samo lakoniczna. Próbę interpretacji tego pojęcia podjął Urząd Zamówień Publicznych w przedstawionych wynikach kontroli z dnia 7 lutego 2014 r., KD/23/13, gdzie stwierdzono:

„Wykładnia systemowa Dyrektywy nakazuje przyjąć, że termin «wznowienia» zamówienia, którym posłużył się ustawodawca wspólnotowy, jest odpowiednikiem «zamówień uzupełniających», o których mowa w przepisach

ustawy Pzp. A zatem, przy obliczaniu wartości szacunkowej wartości zamówienia uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 akapit pierwszy Dyrektywy, por. także art. 31 ust. 4 lit. b Dyrektywy).”

W związku z powyższym pojawiły się swego czasu poglądy utożsamiające zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 u.p.z.p. (art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 d.p.z.p.) właśnie ze wznowieniami.

Przeciwko takiemu rozumieniu zamówień podlegających wznowieniu przemawia jednak:

- stosowanie przez prawodawcę różnych pojęć („zamówienie na dodatkowe dostawy”, „zamówienie polegające na powtórzeniu dodatkowych usług lub robót”, a „zamówienie podlegające wznowieniu”),
- odmienne zasady szacowania zamówień podlegających wznowieniu, a zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki (zamówienia udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 szacowane są na podstawie 31 ust. 1 u.p.z.p.),
- z przepisów i piśmiennictwa zdaje się wynika, że wznowienia mogą dotyczyć jedynie zamówień na dostawy lub usługi, podczas gdy zamówienia udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 u.p.z.p. mogą dotyczyć wszystkich rodzajów zamówień.

Wydaje się zatem, że zamówienia podlegające wznowieniu można uznać za specjalny instrument (podobny do opcji) pozwalający zamawiającemu na pozyskanie dóbr lub usług, które chce otrzymać co jakiś czas, nie zaś ciągle. Wznowienia można zatem określić jako zamówienia polegające na realizacji po raz kolejny tych samych dostaw lub usług przewidzianych w pierwotnej umowie, które, aby z nich skorzystać, nie wymagają zmiany umowy. Umowy, których przedmiotem są zamówienia podlegające wznowieniu, zawarte są na czas określony, które podlegają przedłużeniu na następne okresy.

Wznowienia w takim rozumieniu byłyby zatem instrumentem podobnym do opcji, z tą różnicą, że dotyczyłyby tego samego świadczenia, podczas gdy opcja może polegać na rezygnacji lub rozszerzeniu przedmiotu zamówienia o świadczenie określonego rodzaju (np. wznowienie może polegać na przedłużeniu czasu trwania umowy na kolejne lata, z kolei opcja może polegać np. na rozszerzeniu zakresu zamówienia o dodatkowe ilości tego samego produktu, który stanowi przedmiot zamówienia podstawowego, np. zakup dodatkowych komputerów, bądź rozszerzeniu zakresu zamówienia o dodatkowe, ale innego rodzaju dobra, np. czasowe włączenie dodatkowych usług telekomunikacyjnych).

Tak samo jak opcja, wznowienie oraz warunki skorzystania z niego powinny zostać określone w umowie.

W odniesieniu do interpretacji pojęcia „zamówień podlegających wznowieniu” warto wskazać na komentarz do art. 34 d.p.z.p., autorstwa W. Dzierżanowskiego, w którym stwierdzono:

„Ustawa nie podaje, co należy rozumieć przez pojęcie dostaw i usług powtarzających się okresowo lub też podlegających wznowieniu w określonym czasie. Zważywszy jednak na definicję zamówienia publicznego, należy przyjąć, że ustawodawca przez to pojęcie rozumie zawierane w określonych odstępach czasu umowy, których przedmiotem są dostawy lub usługi określonego rodzaju i których, ze względu na ich właściwość, nie można skumulować. Usługi i dostawy powtarzające się okresowo oraz podlegające wznowieniu nie powinny w związku z tym być identyfikowane jako umowy, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe. Pojęcia te zdefiniowane w doktrynie prawa cywilnego dotyczą jednego stosunku zobowiązaniowego (np. którego źródłem jest umowa), obejmującego spełnienie przez dłużnika wielu świadczeń jednorazowych, powtarzalnych w określonym czasie, które jednak nie składają się na z góry określoną całość (świadczenie okresowe), lub polegającego na określonym zachowaniu się dłużnika przez pewien czas. Biorąc zaś pod uwagę charakter czynności, należy uznać, że nie może być ona dokonana jednorazowo (świadczenie ciągłe). Zamówienia usług i dostaw powtarzające się okresowo to powtarzalne umowy, czyli nie mogą być one zawarte jednorazowo, bez wskazywania na rodzaj świadczeń, jakie mają być dokonane w celu wykonania umowy. Jeżeli zamawiający mógłby skumulować zamówienia danego rodzaju i możliwe jest ich jednorazowe nabycie, natomiast ze względów organizacyjnych, finansowych lub technicznych podejmuje decyzję o udzielaniu tego zamówienia w częściach, to nie jest to dostawa ani usługa powtarzająca się okresowo lub podlegająca wznowieniu – do ustalenia wartości każdego z udzielanych zamówień należy stosować wtedy art. 32 ust. 4. Jeżeli zaś możliwość skumulowania nie istnieje, a zamówienie na usługi i dostawy jest powtarzane co pewien czas w celu zaspokojenia potrzeb zamawiającego, zamówienia takie mają charakter powtarzających się okresowo lub podlegających wznowieniu. W praktyce usługi lub dostawy tego rodzaju nie stanowią większości

udzielanych przez zamawiających zamówień, są to np. usługi ochrony, utrzymania czystości, dostawy bieżących materiałów itp.”

<https://sip.lex.pl/#/commentary/587227458/545212/dzierzanowski-wlodzimierz-jerzykowski-jaroslaw-stachowiak-malgorzata-prawo-zamowien-publicznych...?cm=URELATIONS> (dostęp: 26.01.2023 r.).

32

Wartość zamówień powtarzających się lub podlegających wznowieniu w określonym czasie jest ustalana na zasadach określonych w art. 35 ust. 1 u.p.z.p. W takim przypadku podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy jest rzeczywista łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo łączna wartość tych zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

WAŻNE! Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest:

- 1) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia albo
- 2) łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Jak wskazał ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, pod użytym w art. 35 ust. 1 u.p.z.p. pojęciem „zamówień tego samego rodzaju” należy rozumieć takie usługi i dostawy, które mogą być dostarczone przez tego samego wykonawcę, choć mają nieco odmienne przeznaczenie (np. materiały biurowe) lub gdy są przeznaczone do identycznego lub podobnego użytku (druk sejmowy nr 765). Ten sposób rozumienia koresponduje z brzmieniem motywu 19 dyrektywy 2014/24/UE, w którym prawodawca unijny wytłumaczył co rozumie pod pojęciem „dostaw podobnych” – czyli dostawy o identycznym lub podobnym przeznaczeniu, które jest w stanie zrealizować wykonawca działający w danym sektorze i które dotyczą artykułów będących częścią jego normalnego asortymentu, np. różne rodzaje żywności lub różne meble biurowe.

Zamawiający, szacując wartość zamówienia na podstawie jednego z dwóch sposobów określonych w art. 35 ust. 1 u.p.z.p., musi jednak pamiętać, że nie może dokonać wyboru podstawy ustalenia wartości zamówienia na dostawy lub usługi w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 29 ust. 2 u.p.z.p.).

Przepis art. 35 ust. 2 u.p.z.p. reguluje również szacowanie wartości zamówienia na dostawy, w przypadku gdy udziela się go na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu. Przy czym przepis rozróżnia metody szacowania w zależności od tego, czy czas umowy jest nieoznaczony lub której okres obowiązywania nie może być oznaczony, a sytuacją, gdy umowa ma być zawarta na czas oznaczony.

W pierwszym przypadku określenie wartości zamówienia następuje poprzez pomnożenie przez 48 wartości miesięcznej. Z kolei wartość zamówienia w przypadku umowy na czas oznaczony nie dłuższy niż 12 miesięcy stanowi wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. Inaczej jest, gdy umowa ma być zawarta na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy. Wówczas wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

WAŻNE! Jeżeli zamówienia na dostawy na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu udziela się na czas:

- 1) nieoznaczony lub, których okres obowiązywania nie może być oznaczony, wartością zamówienia jest wartość miesięczna pomnożona przez 48;
- 2) oznaczony:
 - a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,
 - b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie art. 35 ust. 3 u.p.z.p. ustalone zostały podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi, których łączna cena nie może być określona. Jeżeli zamówienie na taką usługę udzielone zostaje **na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy**, wówczas podstawą ustalenia wartości jest całkowita wartość zamówienia przez cały okres jego realizacji.

Z kolei dla zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy wartość zamówienia jest ustalana na podstawie wartości miesięcznej zamówienia pomnożonej przez 48.

WAŻNE! Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi, których łączna cena nie może być określona, jest:

- 1) całkowita wartość zamówienia przez cały okres jego realizacji – w przypadku zamówień udzielanych na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy;
- 2) wartość miesięczna zamówienia pomnożona przez 48 – w przypadku zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy.

Odrębne zasady ustalania wartości zamówienia obowiązują przy **zamówieniach na usługi bankowe, finansowe, ubezpieczeniowe oraz usługi projektowania**. Podstawą ustalania wartości zamówienia jest art. 35 ust. 4 u.p.z.p. W przypadku usług bankowych lub innych usług finansowych, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Dla zamówień na usługi ubezpieczeniowe wartością zamówienia jest należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia, a dla usługi projektowania – wynagrodzenie, opłaty, należne prowizje i inne podobne świadczenia.

WAŻNE! Jeżeli zamówienie obejmuje usługi:

- 1) bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia;
- 2) ubezpieczeniowe, wartością zamówienia jest należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- 3) projektowania, wartością zamówienia jest wynagrodzenie, opłaty, prowizje i inne podobne świadczenia.

Omawiając problematykę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dla dostaw i usług, nie można zapominać o opcji uregulowanej w art. 441 u.p.z.p. i wspomnianej w art. 31 ust. 2 u.p.z.p., zgodnie z którym przy ustaleniu wartości zamówienia zamawiający zobowiązany jest uwzględnić największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.

Więcej na temat opcji w rozdziale „Specyfikacja Warunków Zamówienia”, podrozdział „Opcja”, zob. nr 172.

F. Termin szacowania wartości zamówienia

34

Przepis art. 36 u.p.z.p. określa również moment właściwy na dokonanie czynności szacowania wartości zamówienia, co służyć ma zapewnieniu jak najbardziej aktualnych oraz odpowiadających realnym warunkom rynkowym wycen.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 u.p.z.p. ustalenia wartości zamówienia dokonuje się **nie wcześniej niż**:

- | |
|---|
| – 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, |
| – 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. |

Wskazane terminy mają charakter maksymalny, co oznacza, że jeżeli zamawiający oszacuje wartość zamówienia wcześniej, powinien on ponownie wykonać tę czynność. Za wystarczające należy uznać zaktualizowanie poprzednich ustaleń, przy czym istotne jest, aby zamawiający **odpowiednio je udokumentował** poprzez umieszczenie odpowiedniej informacji w protokole postępowania i dołączenie dowodów wskazujących na aktualizację wartości zamówienia (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt KIO/KD 60/16). Powyższe jest szczególnie istotne, jeżeli zamawiający udzielał zamówienia w częściach w dłuższym przedziale czasowym.

Ustawodawca przewidział również **obowiązek aktualizacji wartości zamówienia, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie**. Zmiana wartości może być dokonana przez zamawiającego jedynie przed wszczęciem postępowania (art. 36 ust. 2 u.p.z.p.).

Warto również pamiętać, że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy (3- i 6-miesięczne) odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań (art. 36 ust. 1 u.p.z.p.).

WAŻNE! Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

35

Przykłady nieprawidłowości w zakresie szacowania wartości zamówienia:

- oszacowanie wartości zamówienia z naruszeniem terminów maksymalnych wskazanych w art. 36 ust. 1 u.p.z.p. poprzez brak zaktualizowania wartości zamówienia ustalonej dla zamówień udzielanych w częściach w dłuższym przedziale czasowym (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r., KIO/KD 60/16),
- dokonanie zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r., KIO/KD 42/17),
- udzielenie zamówienia z pominięciem przepisów ustawy p.z.p. w związku z ustaleniem szacunkowej wartości zamówienia na poziomie 1000 zł netto oraz wynagrodzenia zależnego od kwoty odzyskanego podatku VAT w wysokości 20% (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r., KIO/KD 26/17).

Orzecznictwo:

- uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r., KIO/KD 60/16, LEX nr 2142475 („W odniesieniu do naruszenia art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w terminie dłuższym niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że art. 35 ust. 1 ustawy Pzp określa maksymalny dopuszczalny termin na oszacowanie wartości zamówienia, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu (w trybach z ogłoszeniem), niezależnie od tego czy udzielane zamówienie jest jednym zamówieniem niepodzielonym na części, czy też jest zamówieniem udzielanym w częściach, z których każda część udzielana jest w innym terminie i w ramach innego postępowania. Z powyższego przepisu wynika zasada, zgodnie z którą czynność oszacowania wartości zamówienia na dostawy powinna nastąpić nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia danego postępowania. Jeżeli natomiast szacunkowa wartość zamówienia została określona wcześniej, zamawiający zobowiązany jest do ponownego dokonania czynności szacowania zamówienia. W praktyce powinno mieć to miejsce poprzez zaktualizowanie poprzednich ustaleń i załączenie informacji o tym do dokumentacji postępowania, np. poprzez umieszczenie odpowiedniego wpisu do protokołu postępowania, czy też dołączenie dokumentów wskazujących na dokonaną aktualizację. Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał na udzielenie innej części zamówienia poprzedzającej udzielenie kontrolowanego zamówienia w terminie wymaganym przez art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, oraz poinformował, iż udzielając kolejnych części zamówienia każdorazowo weryfikował ewentualne wystąpienie wyjątkowych okoliczności mogących mieć wpływ na zmiany wartości zamówienia. Zamawiający jednak nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających powyższą informację i wskazujących na dokonanie aktualizacji wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia po dniu 14.09.2014 r., tj. po terminie wskazanym w protokole postępowania (druk ZP-PN). Przepis jest jednoznaczny i nie przewiduje wyjątków w zakresie terminu szacowania wartości zamówienia. Tym samym, zamawiający dokonując ustalenia wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp”);
- uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r., KIO/KD 26/17, LEX nr 2406794 („Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, która stwierdziła, że Zamawiający powinien należycie oszacować wartość zamówienia. Czynność oszacowania wartości zamówienia jest podstawowym elementem całej procedury przygotowawczej planowanego postępowania, gdyż od ustalonej wartości zamówienia zależy zakres obowiązków zamawiającego przy udzielaniu zamówienia, a także wybór przepisów właściwych do zastosowania w danym postępowaniu. Czynność ta ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może się od niej zwolnić, nawet jeśli ustalenie takiej wartości nastręcza zamawiającemu trudności. Należytemu oszacowaniu wartości zamówienia nie sprzeciwiał się przyjęty przez zamawiającego sposób rozliczenia się z wykonawcą. Zamawiający przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia mógł i powinien był powziąć wiadomość o wysokości stawek stosowanych przy zamówieniach tego rodzaju lub o wysokości możliwego do odzyskania podatku VAT. Nawet jeżeli zamawiający nie mógł mieć pewności jaką kwotę podatku uda się wykonawcy odzyskać, do szacunkowej wartości zamówienia powinien był przyjąć maksymalną jego wartość. Jak wynika z dokumentacji zgromadzonej w toku kontroli, Zamawiający znał kwotę podatku VAT zapłaconego w okresie ostatnich 5 lat, w szczególności w zakresie wydatków inwestycyjnych ponoszonych na infrastrukturę gminną. Słusznie zatem stwierdziła Kontrolująca, że przyjmując ustalenie wynagrodzenia *success fee*, przy zachowaniu należytej staranności podczas szacowania wartości zamówienia, Zamawiający był w stanie ustalić szacunkowy koszt wykonania przedmiotowej usługi. Zamawiający mógł również wystąpić do biegłych lub ekspertów w celu uzyskania koniecznej wiedzy na temat wysokości zapłaconego podatku, którego zwrotu mógł się domagać. Zaniechanie Zamawiającego skutkowało, jak stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli, naruszeniem art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Pzp”).

G. Zasady udzielania zamówień „doprogowych”

Ponieważ zamówienia „doprogowe” są wyłączone ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, powstaje wątpliwość, czy podstawowe zasady przeprowadzania postępowań ustanowione w dziale I ustawy – Prawo zamówień publicznych (tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, pisemności, przejrzystości, proporcjonalności, efektywności ekonomicznej, jawności, legalności oraz bezstronności i obiektywizmu) znajdują do tego typu zamówień zastosowanie. Ustawa milczy w tym zakresie. Mając na uwadze literalne brzmienie art. 2 u.p.z.p., należałoby uznać, że wszystkie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych są wyłączone ze stosowania wobec tych zamówień, a co za tym idzie, również zasady prowadzenia postępowania.

Uznać jednak należy, że **zasady prowadzenia postępowania powinny być stosowane pomocniczo**, a zamawiający powinni wystrzegać się ich naruszania przy udzielaniu zamówień. Na powyższe wskazuje stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16, w której Izba stwierdziła, że:

„zamawiający nie stosuje wprost przepisów ustawy, jednak musi pamiętać o zasadach obowiązujących w zamówieniach, tj. zagwarantowanie wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, ograniczenie ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie przejrzystości postępowania i wyboru wykonawcy”.

Tym samym wyrażone w ustawie – Prawo zamówień publicznych **zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** powinny być stosowane do zamówień „doprogowych”, pomimo formalnego wyłączenia ich z režimu tej ustawy.

Do zasad tych należą:

– zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
– zasada proporcjonalności,
– zasada jawności,
– zasada przejrzystości,
– zasada pisemności i języka polskiego,
– zasada efektywności ekonomicznej.

Warto zwrócić również uwagę na orzecznictwo TSUE, z którego wynika, że do zamówień publicznych nieobjętych zakresem dyrektyw mają zastosowanie następujące przepisy traktatowe: zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość (art. 18 TFUE), zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie między państwami członkowskimi (art. 34 TFUE), swoboda zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw oraz rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej na obszarze UE (art. 49 TFUE) czy swoboda świadczenia usług (art. 56 TFUE).

Por. wyrok ETS z dnia 7 grudnia 2000 r., C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, Zb.Orz. 2000, s. I-10745 i wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r., C-231/03, *Consortio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti*, Zb.Orz. 2005, s. I-7287.

W kontekście zasad warto przypomnieć o Komunikacie wyjaśniającym KE (2006/C 179/02) dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. Jak wynika z treści tego Komunikatu, w odniesieniu do zamówień „doprogowych”, choć nie są one objęte regulacją unijną, również znajdują zastosowanie zasady traktatowe WE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. Szczególnie istotne jest kierowanie się zasadami traktatowymi w przypadku zamówień „doprogowych”, które są istotne dla rynku wewnętrznego. Zamawiający przede wszystkim zobowiązany jest do zachowania zasady równego traktowania i niedyskryminacji, które pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, czyli zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji dotyczących zamówień. Dzięki temu jednocześnie zwiększa się konkurencyjność rynku wewnętrznego.

Na gruncie wytycznych płynących z Komunikatu wyjaśniającego KE (2006/C 179/02), należy wywieść **wniosek, że również przy udzielaniu zamówień nieprzekraczających progi stosowania u.p.z.p.** (czyli o wartości do 130 tys. zł) należycie działający zamawiający powinien kierować się naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

a. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

38

Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi fundament systemu zamówień publicznych. Jak wszystkie zasady, jest ona głównie kierowana do zamawiającego, który jako gospodarz postępowania powinien stworzyć wszystkim podmiotom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia równy dostęp do procedury oraz zapewnić jej konkurencyjność.

Równe traktowanie przejawia się między innymi w zakazie dyskryminacji wykonawców, czyli okazywaniu niechęci jakimkolwiek wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

albo produktowi pochodzącemu od tego wykonawcy, bądź nieuzasadnionemu uprzywilejowaniu wybranych podmiotów. Zasadę równego traktowania można sprowadzić do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji prawnej lub faktycznej i jednocześnie do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach. Co istotne, w orzecznictwie unijnym dopuszcza się nierówne traktowanie wykonawców będących w podobnej sytuacji, o ile nie jest to różnicowanie arbitralne (np. ze względu na przynależność państwową wykonawcy), lecz oparte na obiektywnych, merytorycznie uzasadnionych czynnikach (wyrok ETS z 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. *Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*). Arbitralność, inaczej uznaniowość, czyli opieranie swoich decyzji na subiektywnych, często niejasnych kryteriach, jest przeciwieństwem zasady równego traktowania, która w połączeniu z zasadą przejrzystości daje gwarancję wykonawcom, iż zostaną oni potraktowani zgodnie ze znanymi i ogólnie ustalonymi regułami postępowania.

Źródło omawianej zasady stanowi art. 18 TFUE wyrażający zakaz dyskryminacji podmiotów z uwagi na przynależność państwową. Zgodnie z jego dyspozycją: „W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji”. Przyjmuje się, że zasada wyrażona w tym przepisie jest szczególnym wyrazem zasady równości. Zakaz dyskryminacji i zasada równego traktowania są pojęciami zbliżonymi, z tym że zakaz dyskryminacji obejmuje niektóre tylko stany faktyczne podlegające zasadzie równości. Ujmując to w innych słowach, zakaz dyskryminacji jest skoncentrowany na powstrzymaniu się przez zamawiającego od określonych zachowań, podczas gdy zasada równego traktowania zobowiązuje go również do podejmowania działań o charakterze pozytywnym, np. wyznaczania jednakowych terminów na złożenie dokumentów, wyznaczania podobnych terminów negocjacji, dających ten sam czas na przygotowanie się do spotkania z zamawiającym itp.

Z zasadą równego traktowania ściśle wiąże się zasada uczciwej konkurencji, której głównym zamierzeniem jest stworzenie odpowiednich warunków do konkurowania pomiędzy wykonawcami, przejawiającego się w składaniu ofert obiektywnie korzystnych dla zamawiającego. Jej najważniejszym przejawem jest zapewnienie dostępu przez organizatora do jego postępowania możliwie jak największej liczbie potencjalnych wykonawców, dzięki któremu otrzymuje on szeroki wachlarz ofert, spośród których wybierze tę, która najbardziej odpowiada jego uzasadnionym potrzebom. Służą temu w szczególności otwarte procedury, takie jak tryb podstawowy (we wszystkich trzech wariantach), przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem czy partnerstwo innowacyjne, które wszczynane są publicznym, powszechnie dostępnym ogłoszeniem.

Dostęp do postępowania zamawiający gwarantuje również określając odpowiednio minimalne, acz proporcjonalne warunki udziału w postępowaniu oraz poprzez określenie wymagań dla przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na zaoferowanie różnych rozwiązań dostępnych na rynku. Ograniczenie konkurencji, czyli zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, jest możliwe, aczkolwiek należy pamiętać, że stanowi wyjątek od zasady i w związku z tym musi znajdować również odpowiednie, obiektywne i merytoryczne uzasadnienie. W tym względzie wskazuje się, że ograniczenie konkurencji polegające np. na określeniu szczegółowych wymagań co do jakości przedmiotu zamówienia, czy też wyższych poziomów zdolności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, może nastąpić w przypadku uzasadnionych potrzeb zamawiającego (np. w sytuacji, gdy zamówienie dotyczy kosztownej inwestycji obciążonej wysokim ryzykiem). Ograniczenia te muszą jednocześnie wynikać z okoliczności obiektywnych, nie mogą być efektem subiektywnych preferencji podmiotu publicznego.

Jednocześnie, na gruncie tej zasady, na zamawiającym ciąży również obowiązek wyeliminowania zachowań, które zagrażałyby konkurencji, tj. nieuczciwych, sprzecznych z przepisami bądź etyką (np. stosowania przez wykonawców cen dumpingowych czy uczestnictwa wykonawców w zмовach przetargowych). Innymi słowy, zamawiający w ramach zasady uczciwej konkurencji powinien dążyć do tego, aby żaden z wykonawców nie uzyskał, w sposób nieuczciwy lub nieuzasadniony obiektywnymi czynnikami, przewagi nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Nie bez znaczenia dla zachowania tej zasady jest również dbałość zamawiającego o zapewnienie bezstronności wszystkich osób, które mają lub potencjalnie mogą mieć wpływ na wynik postępowania, czyli w stosunku do których zachodzi tzw. konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 u.p.z.p.

Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców pozwalają zamawiającemu wybrać najlepszą dla niego ofertę, jednak jak niestety wskazuje praktyka, zasada ta jest najczęstszym przedmiotem odwołań wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do zarzutów w tym względzie należą: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę bądź produkt, czy też w sposób nieuzasadniony faworyzujący określoną grupę wykonawców (uchwała KIO z dnia 19 maja 2016 r., KIO/KD 34/16, LEX nr 2110662), sformułowanie klauzul umownych, które uprzywilejowują jednego wykonawcę kosztem pozostałych (wyrok KIO z dnia 29 marca 2017 r., KIO 470/17, LEX nr 2268356) lub określenie w ten sposób warunków udziału w postępowaniu.

b. Zasada jawności, dostęp do informacji publicznej

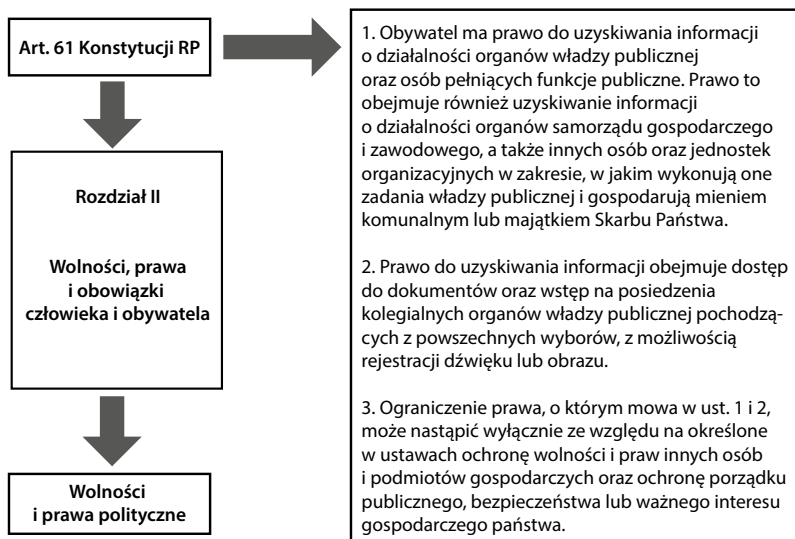
39

Artykuł 18 u.p.z.p. statuuje zasadę jawności, jako regułę przy udzielaniu zamówień. Jest to jednocześnie jedna z najważniejszych zasad występujących w demokratycznym państwie prawnym. Poprzez jej stosowanie obywatele (a tym samym wykonawcy, media, służby) mogą mieć realny wpływ na kontrolę działań niepożądanych, w szczególności poprzez wskazywanie nieprawidłowości czy zaniechań.

Prawo dostępu do informacji publicznej zostało zagwarantowane w akcie najwyższej rangi – Konstytucji RP. Zgodnie z art. 61 Konstytucji RP:

„Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”.

Rysunek 2. Artykuł 61 Konstytucji RP



Źródło: opracowanie własne.

Jednocześnie z regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że dostęp do informacji publicznej może również zostać ograniczony.

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą jednak być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wówczas, gdy są konieczne:

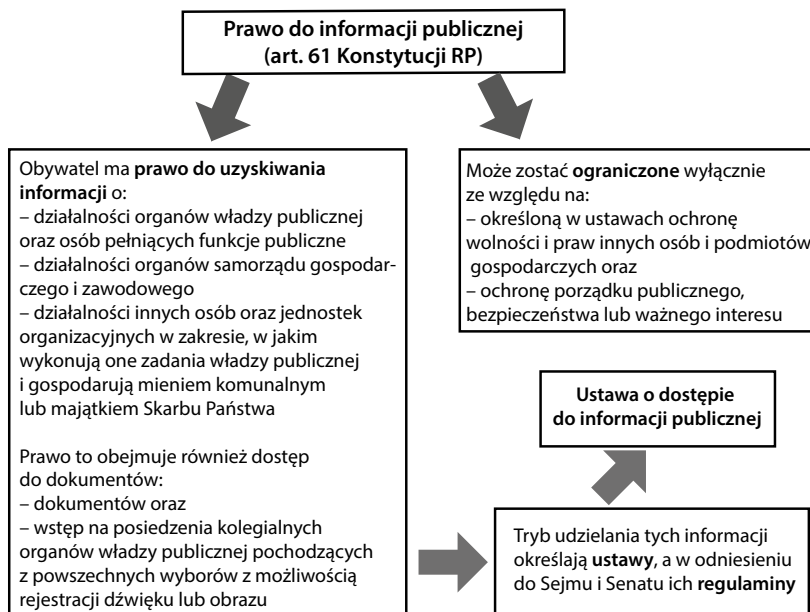
- a) dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego,
 - b) dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej,
 - c) dla ochrony wolności i praw innych osób.
- Ograniczenia te **nie mogą naruszać istoty wolności i praw.**

„Prawo do uzyskania informacji publicznej **nie jest prawem bezwzględny**m. W pierwszej kolejności wypada wskazać, że prawo dostępu do informacji publicznej jest **gwarantowane konstytucyjnie, jako podstawowe prawo obywateli**. Konstytucja RP w art. 61 ust. 1 stanowi bowiem, że obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a ponadto o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Zgodnie z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenie powyższego prawa może nastąpić **wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa**” (wyrok WSA w Krakowie z dnia 8 lutego 2018 r., II SA/Kr 1229/17, LEX nr 2474941).

Natomiast rozwinieciem konstytucyjnego prawa do informacji publicznej jest ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902).

„Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, będąca rozwinieciem konstytucyjnego prawa do informacji publicznej, reguluje zasady i tryb dostępu do informacji, mających walor informacji publicznych, wskazuje, w jakich przypadkach dostęp do informacji publicznej podlega ograniczeniu i kiedy żądane przez wnioskodawcę informacje nie mogą zostać udostępnione” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 listopada 2019 r., II SAB/Wa 167/19, LEX nr 3014355).

Rysunek 3. Zakres prawa do informacji publicznej



Źródło: opracowanie własne.

– Ograniczenia

Podobnie jak zasada jawności na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych, tak również prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Ograniczenia informacji publicznej wynikają z konieczności ochrony prywatności osoby fizycznej lub tajemnicy przedsiębiorcy, przy czym ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz w przypadku gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa (art. 5 u.d.i.p.).

„Ograniczenia przewidziane w art. 5 ust. 1 i 2 DostInfPubU, na co należy położyć nacisk, nie zmieniają istoty informacji i nie skutkują tym, że traci ona walor informacji publicznej. Informacja, która nie może być udostępniona ze względu na przepisy o tajemnicy ustawowo chronionej lub prawo do prywatności nie przestaje być informacją publiczną. Pozostaje nią nadal, choć nie może zostać ujawniona (...)” (wyrok NSA z dnia 3 marca 2020 r., I OSK 3955/18, LEX nr 3007295).

„Zgodnie z art. 5 ust. 2 DostInfPubU prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa.

Tajemnicę przedsiębiorcy wyprowadza się z definicji legalnej «tajemnicy przedsiębiorstwa», którą zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią tego przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z przytoczonego przepisu wynika, że aby dana informacja podlegała ochronie, tj. stanowiła tajemnicę przedsiębiorcy, musi spełniać dwie przesłanki: formalną i materialną. Przesłanka formalna jest spełniona wówczas, gdy zostanie wykazane, że przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji (brak ujawnienia). Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zmanifestowana przez samego przedsiębiorcę. To on powinien podjąć w stosunku do danych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ to na nim spoczywa w razie sporu ciężar wykazania, że określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy. Przesłanka formalna tajemnicy przedsiębiorcy wyraża się zatem w zmanifestowaniu woli konkretnego przedsiębiorcy do utajnienia danych informacji.

Dalej podnieść należy, iż aby skutecznie wywieść uprawnienie do odmowy udostępnienia informacji publicznej z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa, koniecznym jest dokonanie oceny zasadności wyłączenia jawności żądanej przez podmiot gospodarujący informacją albowiem to na nim ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 czerwca 2013 r., II SA/Wa 343/13, LEX nr 1676316).

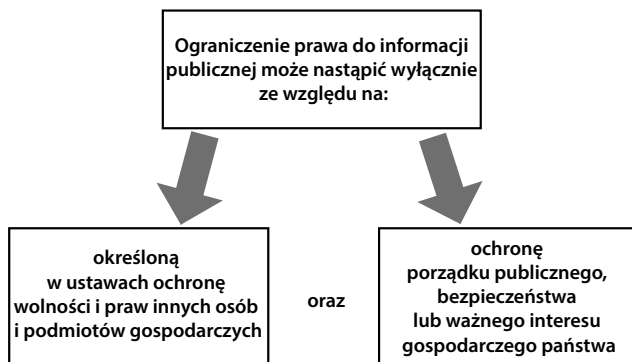
Musi zatem zostać spełniona przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy, muszą ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa, informacje posiadające choćby minimalną wartość gospodarczą, np. szczegółowy opis stosowanych technologii, urządzeń) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa (por. wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13, LEX nr 1456979).

„Brak takich wyjaśnień [wykazujących zasadność zastrzeżenia – *przyp. aut.*] lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp [obecnie art. 18 ust. 3 u.p.z.p.] ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji” (wyrok z dnia 2 marca 2015 r., KIO 291/15, LEX nr 1656457).

Należy również przywołać nadal aktualne stanowisko Sądu Najwyższego, które aprobeuje możliwość dokonania wezwania wykonawcy przez zamawiającego, do wyjaśnienia treści oferty, w przypadku wątpliwości co do za-

strzeżenia utajnienia określonej części jej treści (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 122).

Rysunek 4. Ograniczenia prawa do informacji publicznej – art. 61 ust. 3 Konstytucji RP



Źródło: opracowanie własne.

„(...) prawo do uzyskiwania informacji w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej **nie jest prawem bezwzględnym i doznaje pewnych ograniczeń** w zakresie uregulowanym ustawą. Tym samym ustawa o dostępie do informacji publicznej daje podstawę podmiotowi do odmowy udzielenia odpowiedzi jeżeli udostępnieniu podlegałyby tzw. dane wrażliwe podlegające ochronie z mocy art. 5 ust. 1, ust. 2 i ust. 2a DostInfPubU. Stosownie do tych unormowań prawo do informacji publicznej **podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (ust. 1).** Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu także ze względu na **prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy**” (wyrok WSA w Gdańsku z dnia 13 maja 2020 r., II SA/Gd 6/20, LEX nr 3007473).

WAŻNE! „(...) w sytuacji wystąpienia okoliczności wynikających z art. 5 ust. 1 i 2 DostInfPubU możliwe jest udostępnienie informacji po wymazaniu tzw. danych wrażliwych, o ile nie niweczy to požądane-go przez stronę rezultatu w postaci uzyskania konkretnej informacji publicznej”.

„W orzecznictwie sądowoadministracyjnym przyjmuje się, że w sytuacji wystąpienia okoliczności wynikających z art. 5 ust. 1 i 2 DostInfPubU możliwe jest udostępnienie informacji po wymazaniu tzw. danych wrażliwych, o ile nie niweczy to požądane-go przez stronę rezultatu w postaci uzyskania konkretnej informacji publicznej. W przeciwnym wypadku, na podmiocie zobowiązanym ciąży obowiązek wydania decyzji odmawiającej udostępnienia informacji publicznej ze względu na ograniczenia zawarte w art. 5 ust. 1 i 2 DostInfPubU” (wyrok WSA w Szczecinie z dnia 12 grudnia 2019 r., II SAB/Sz 95/19, LEX nr 276198).

WAŻNE! Wszelkie ograniczenia stanowią jednak wyjątki, które wymagają uzasadnienia na gruncie obowiązującej Konstytucji i muszą się mieścić w granicach ingerencji władzy publicznej w sferę praw konstytucyjnych, wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Prawo do informacji może ponadto niejednokrotnie stać w kolizji z prawem do prywatności oraz autonomią informacyjną, zagwarantowanymi w art. 47 Konstytucji RP.

„Obywatelskie prawo dostępu do informacji obejmuje także – co do zasady – informacje na temat działalności służb realizujących działania z zakresu wywiadu i kontrwywiadu, należy jednak podkreślić, że rozważane prawo nie ma charakteru absolutnego i może zostać ograniczone przez ustawę ze względu na ko-

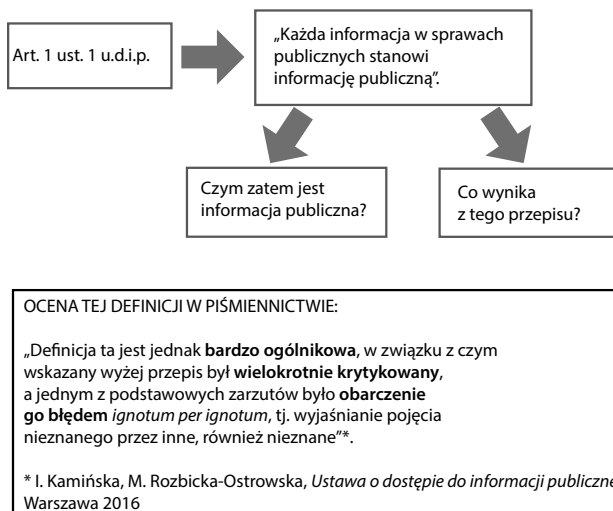
nieczność zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Wszelkie ograniczenia stanowią jednak wyjątki, które wymagają uzasadnienia na gruncie obowiązującej Konstytucji i muszą się mieścić w granicach ingerencji władzy publicznej w sferę praw konstytucyjnych, wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Prawo do informacji może ponadto niejednokrotnie stać w kolizji z prawem do prywatności oraz autonomią informacyjną, zagwarantowanymi w art. 47 Konstytucji” (wyrok TK z dnia 27 czerwca 2008 r., K 51/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 87).

41

– Zakres pojęcia

Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.d.i.p. każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie w niej określonych.

Rysunek 5. Czym jest informacja publiczna? (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.)



Źródło: opracowanie własne.

„(...) ustawodawca stworzył normę kolizyjną zawartą w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, która **wyłącza stosowanie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej tylko w sytuacji, w której inna ustawa reguluje ten sam zakres**. Pozwala to na wyodrębnienie dwóch grup informacji: podlegających udostępnieniu **na zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej** oraz takich, które ujawnia się **na zasadach i w trybie przewidzianym w ustawach szczególnych**. W przypadku kolizji przepisy zawarte w ustawach odrębnych mają **pierwszeństwo i wyłączają też stosowanie ustawy o dostępie do informacji publicznej**. W takiej sytuacji podmiot zobowiązany zawiadania jedynie wnioskodawcę pismem, że **żądana informacja nie może być udostępniona w trybie przewidzianym w DostInnPubU (...)**” (wyrok NSA z dnia 26 lutego 2020 r., I OSK 3322/18, LEX nr 2846461).

WAŻNE! – Wszędzie tam, gdzie konkretne sprawy dotyczące zasad i trybu dostępu do informacji będącej informacją publiczną uregulowane są inaczej w ustawie o dostępie do informacji publicznej, a inaczej w ustawie szczególnej dotyczącej udostępnienia informacji i

- stosowania obu tych ustaw nie da się pogodzić,
- pierwszeństwo mają przepisy ustawy szczególnej.

„(...) istnienie innych zasad czy trybu udostępniania informacji publicznych **wyłącza stosowanie ustawy o dostępie do informacji publicznej**, jednakże tylko w zakresie regulowanym wyraźnie tymi szcze-

gólnymi ustawami. Jak podkreśla się w literaturze prawniczej – przepis art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm.) oznacza, że wszędzie tam, gdzie **konkretne sprawy dotyczące zasad i trybu dostępu do informacji** będącej informacją publiczną **uregulowane są inaczej** w ustawie o dostępie do informacji publicznej, a **inaczej w ustawie szczególnej** dotyczącej udostępnienia informacji i **stosowania obu tych ustaw nie da się pogodzić, pierwszeństwo mają przepisy ustawy szczególnej**” (wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2020 r., I OSK 563/19, LEX nr 2978265).

WAŻNE! „Tam gdzie jednak dana sprawa uregulowana jest tylko częściowo lub w ogóle nie jest uregulowana w ustawie szczególnej, zastosowanie mają odpowiednie przepisy ustawy, przy czym w pierwszym przypadku stosowane są uzupełniająco, w drugim zaś stanowią wyłączną regulację prawną w danym zakresie”.

„Tam gdzie jednak dana sprawa uregulowana jest tylko częściowo, lub w ogóle nie jest uregulowana w ustawie szczególnej, zastosowanie mają odpowiednie przepisy ustawy, przy czym w pierwszym przypadku stosowane są uzupełniająco, w drugim zaś stanowią wyłączną regulację prawną w danym zakresie. Wymaga to zatem **szczególnej analizy porównywanych ustaw.** Przy tym, **jako wyjątek**, uregulowania wprowadzające odmienne zasady i tryb dostępu **winny być traktowane w sposób zawężający.** Z wyjątkami wiąże się bowiem powszechnie znana zasada *exceptiones non sunt extendendae*. Innymi słowy w razie wątpliwości, w świetle art. 61 Konstytucji RP i art. 1 ust. 2 DostInfPubU **wykładnia powinna uwzględniać prawo dostępu do informacji, a nie jej ograniczenie**” (cyt. powyżej wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2020 r.).

„Zaznaczyć również należy, że pojęcie informacji publicznej nie może być wykładane tylko na podstawie literalnego brzmienia art. 1 ust. 1 DostInfPubU, w oderwaniu od innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności od art. 6 DostInfPubU. Przepis ten wprowadza przykładowy katalog informacji i dokumentów stanowiących informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 DostInfPubU. Jego podstawową funkcją jest wskazanie najbardziej typowych kategorii informacji publicznych. Stanowi on nie tylko niezbędną konkretyzację postanowień art. 1 ust. 1 DostInfPubU i doprecyzowuje zakres przedmiotowy ustawy. Założeniem ustawodawcy było szerokie, dość ogólne ujęcie pojęcia informacji publicznej. Co do zasady, wszystko, co wiąże się bezpośrednio z funkcjonowaniem i trybem działania podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 DostInfPubU, stanowi informację publiczną (...)” – M. Bdziński, M. Chmąj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2018 r.

W szczególności udostępnieniu podlega informacja publiczna o:

1) polityce wewnętrznej i zagranicznej, w tym o:

- a) zamierzeniach działań władzy ustawodawczej oraz wykonawczej,
- b) projektowaniu aktów normatywnych,
- c) programach w zakresie realizacji zadań publicznych, sposobie ich realizacji, wykonywaniu i skutkach realizacji tych zadań;

2) podmiotach, o których mowa w art. 4 ust. 1 (podmioty obowiązane do udostępniania informacji publicznej), w tym o:

- a) statusie prawnym lub formie prawnej,
- b) organizacji,
- c) przedmiocie działalności i kompetencjach,
- d) organach i osobach sprawujących w nich funkcje i ich kompetencjach,
- e) strukturze własnościowej podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 3–5 (podmioty obowiązane do udostępniania informacji publicznej),
- f) majątku, którym dysponują;

3) zasadach funkcjonowania podmiotów obowiązanych do udostępniania informacji publicznej, w tym o:

- a) trybie działania władz publicznych i ich jednostek organizacyjnych,
- b) trybie działania państwowych osób prawnych i osób prawnych samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania zadań publicznych i ich działalności w ramach gospodarki budżetowej i pozabudżetowej,

- c) sposobach stanowienia aktów publicznoprawnych,
- d) sposobach przyjmowania i załatwiania spraw,
- e) stanie przyjmowanych spraw, kolejności ich załatwiania lub rozstrzygania,
- f) prowadzonych rejestrach, ewidencjach i archiwach oraz o sposobach i zasadach udostępniania danych w nich zawartych,
- g) naborze kandydatów do zatrudnienia na wolne stanowiska, w zakresie określonym w przepisach odrębnych;

4) danych publicznych, w tym:

- a) treść i postać **dokumentów urzędowych**, w szczególności:
 - treść aktów administracyjnych i innych rozstrzygnięć,
 - dokumentacja **przebiegu i efektów kontroli** oraz wystąpienia, stanowiska, wnioski i opinie podmiotów ją przeprowadzających,
 - **treść orzeczeń** sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych, sądów wojskowych, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu,
- b) **stanowiska w sprawach publicznych** zajęte przez organy władzy publicznej i przez funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego,
- c) treść innych **wystąpień i ocen** dokonywanych przez organy władzy publicznej,
- d) **informacja o stanie państwa**, samorządów i ich jednostek organizacyjnych;

5) majątku publicznym, w tym o:

- a) majątku **Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych**,
- b) innych prawach majątkowych przysługujących państwu i jego długach,
- c) majątku **jednostek samorządu terytorialnego** oraz samorządów zawodowych i gospodarczych oraz majątku osób prawnych samorządu terytorialnego, a także kas chorych,
- d) majątku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5, pochodzącym z zadysponowania majątkiem, o którym mowa w lit. a–c, oraz pożytkach z tego majątku i jego obciążeniach,
- e) **dochodach i stratach spółek handlowych**, w których podmioty, o których mowa w lit. a–c, mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów Kodeksu spółek handlowych, oraz dysponowaniu tymi dochodami i sposobie pokrywania strat,
- f) **długu publicznym**,
- g) **pomocy publicznej**,
- h) **ciężarach publicznych**.

WAŻNE! „(...) pojęcie informacji publicznej nie może być wykładane tylko na podstawie literalnego brzmienia art. 1 ust. 1 DostInfPubU, w oderwaniu od innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności od (...) art. 6 ustawy”.

„W ocenie NSA pojęcie informacji publicznej nie może być wykładane tylko na podstawie literalnego brzmienia art. 1 ust. 1 DostInfPubU, w oderwaniu od innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności od wskazywanego przez skarżące kasacyjnie Stowarzyszenie art. 6 DostInfPubU. Przepis ten wprowadza przykładowy katalog informacji i dokumentów stanowiących informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 DostInfPubU. Jego podstawową funkcją jest wskazanie najbardziej typowych kategorii informacji publicznych. Stanowi on nie tylko niezbędną konkretyzację postanowień art. 1 ust. 1 DostInfPubU i doprecyzowuje zakres przedmiotowy DostInfPubU, ale także ułatwia wykładnię przepisów DostInfPubU w kontekście regulacji art. 61 Konstytucji RP, której jest równocześnie rozwinięciem (M. Jabłoński, *Wejście w życie ustawy o dostępie do informacji publicznych*, Acta Universitatis Wratislaviensis, «Przegląd Prawa i Administracji» 2002, nr 2396, s. 229–230). Założeniem ustawodawcy było szerokie ujęcie informacji publicznej. Co do zasady wszystko, co wiąże się bezpośrednio z funkcjonowaniem i trybem działania podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 ustawy, stanowi informację publiczną” (wyrok NSA z dnia 21 kwietnia 2017 r., I OSK 307/16, LEX nr 2307526).

WAŻNE! „(...) informacją publiczną jest każda informacja dotycząca sfery faktów i danych publicznych, a więc każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów realizujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań publicznych i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”.

„Informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych, a w szczególności o sprawach wymienionych w art. 6 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1764). Uwzględniając wszystkie aspekty wynikające z treści tych przepisów, należy przyjąć, że informacją publiczną jest każda informacja dotycząca sfery faktów i danych publicznych, a więc każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów realizujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań publicznych i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Informację publiczną stanowi m.in. treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej i podmioty niebędące organami administracji publicznej, treść wystąpień, opinii i ocen przez nie dokonywanych niezależnie, do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Ponadto informacją publiczną stanowi treść wszelkiego rodzaju dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej lub podmiotu niebędącego organem administracji publicznej związanych z nimi bądź w jakikolwiek sposób dotyczących ich i są nimi zarówno treść dokumentów bezpośrednio przez nie wytworzonych, jak i te, których używają przy realizacji przewidzianych prawem zadań, nawet jeżeli nie pochodzą wprost od nich” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2017 r., II SAB/Wa 522/16, LEX nr 2203350).

Na szerokie rozumienie pojęcia „informacji publicznej” wskazywał również NSA w wyroku z dnia 7 września 2021 r., III OSK 3211/21, LEX nr 3225278:

„W świetle z kolei art. 1, art. 2 ust. 1 i ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej w orzecznictwie przyjmuje się szerokie rozumienie pojęcia informacji publicznej, co wiąże się z upowszechnieniem zasady transparentności życia publicznego i podwyższenia świadomości prawnej społeczeństwa. Definiuje się ją jako każdą wiadomość wytworzoną przez władze publiczne oraz osoby pełniące funkcje publiczne, a także inne podmioty, które realizują zadania publiczne bądź gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa w zakresie swoich kompetencji. Podkreśla się, że charakter informacji publicznej ma również wiadomość niewytworzona przez podmioty publiczne, lecz odnosząca się do tych podmiotów, o ile odnosi się do faktów i danych. Informacją publiczną jest zatem treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej i podmioty wykonujące zadania publiczne, treść wystąpień, opinii i ocen przez nie dokonywanych, niezależnie do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Ponadto informacją publiczną stanowią treści wszelkiego rodzaju dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej lub podmiotu wykonującego zadania publiczne, związanych z nimi bądź w jakikolwiek sposób ich dotyczących. Informacją publiczną jest więc zarówno treść dokumentów bezpośrednio wytworzonych przez ww. podmioty jak i tych, których używają one przy realizacji przewidzianych prawem zadań, nawet jeżeli nie pochodzą wprost od nich”.

WAŻNE! „Każdą informację wytworzoną przez władze publiczne, przez osoby pełniące funkcje publiczne oraz inne podmioty, które gospodarują mieniem publicznym, jak również informację odnoszącą się do wspomnianych władz, osób i innych podmiotów, niezależnie od tego, przez kogo zostały wytworzone”.

„Doktryna oraz orzecznictwo sądowe, w oparciu o ogólną formułę ustawy o dostępie do informacji publicznej, a także regulacje art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP (konstytucyjną konstrukcję prawa do informacji), przyjmuje szerokie rozumienie pojęcia «informacja publiczna». Za taką uznaje się każdą informację wytworzoną przez władze publiczne, przez osoby pełniące funkcje publiczne oraz inne podmioty, któ-

re gospodarują mieniem publicznym, jak również informację odnoszącą się do wspomnianych władz, osób i innych podmiotów, niezależnie od tego, przez kogo zostały wytworzone.

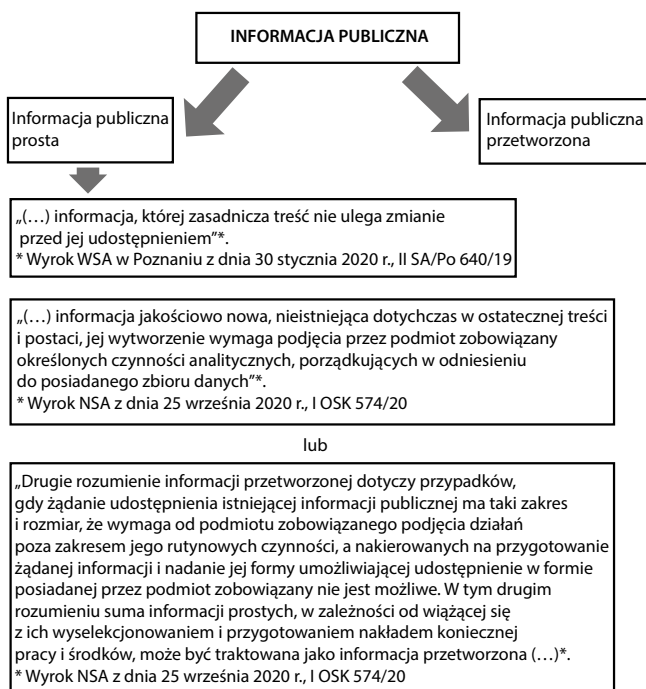
Pojęcie informacji publicznej odnosi się zatem do wszelkich faktów dotyczących spraw publicznych i tych, które odnoszą się do publicznej sfery działalności. Każda informacja dotycząca gospodarowania finansami publicznymi stanowi informację publiczną. W ramach zaś gospodarowania funduszami publicznymi mieści się wynagradzanie i premiowanie pracowników, także i tych, którzy nie pełnią funkcji publicznych (por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 22 sierpnia 2019 r., sygn. akt II SAB/Kr 221/19)” (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 stycznia 2020 r., IV SAB/Po 227/19, LEX nr 2763725).

42 – Informacja publiczna prosta i przetworzona

Rysunek 6. Rodzaje informacji publicznej



* art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.



Źródło: opracowanie własne.

WAŻNE!

- „Ocena tej «szczególnej istotności dla interesu publicznego» **należy do podmiotu dysponującego informacją**”.
- „Zatem decyzja podejmowana w przedmiocie udostępniania takiej informacji **będzie miała charakter uznaniowy**”.
- „Także **ciężar oceny** tego, czy wnioskodawca w sposób właściwy wykazał we wniosku istnienie interesu publicznego spoczywa **na podmiocie zobowiązanym (...)**”.

„W odniesieniu do informacji przetworzonej ustawodawca wprowadził szczególną przesłankę jej udostępnienia. Przed udostępnieniem informacji **podmiot zobowiązany powinien sprawdzić**, czy udostępnienie informacji w zakresie określonym we wniosku jest **«szczególnie istotne dla interesu publicznego»**. Ocena tej «szczególnej istotności dla interesu publicznego» **należy do podmiotu dysponującego informacją**. W tym przypadku do D. Kuratora Oświaty. Zatem decyzja podejmowana w przedmiocie udostępniania takiej informacji **będzie miała charakter uznaniowy**. Także **ciężar oceny** tego, czy wnioskodawca w sposób właściwy wykazał we wniosku istnienie interesu publicznego spoczywa **na podmiocie zobowiązanym**, który powinien **dokonać oceny zarówno wniosku, jak i zakresu, w jakim wnioskodawca chce uzyskać informację publiczną**” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2005 r., IV SAB/Wr 47/05, www.nsa.gov.pl).

WAŻNE! „(...) ograniczenie powyższe stanowi konsekwencję podporządkowania interesu prywatnego interesowi publicznemu. Ma to stanowić swego rodzaju **ochronę podmiotów obowiązanych do udostępnienia informacji publicznej przed koniecznością reorganizacji ich komórek organizacyjnych, w przypadku obowiązku przetwarzania posiadanych informacji udzielanych wnioskodawcom dla ich celów prywatnych (...)**”.

„Jak trafnie zauważyła A. Niżnik-Mucha, na **podmiotach obowiązanych do udzielania informacji publicznej** każdorazowo spoczywa obowiązek **rozważenia i ustalenia**, czy udostępnienie informacji przetworzonej w zakresie objętym żądaniem wniosku jest **«szczególnie istotne dla interesu publicznego»**. Przedmiotowej ocenie podlegać ma **nie tylko celowość, lecz także zakres udostępnienia informacji** (zob. A. Niżnik-Mucha, *Problematyka zakresu przedmiotowego konstytucyjnego prawa do informacji publicznej*, s. 15). Zdaniem T.R. Aleksandrowicza, ograniczenie powyższe stanowi konsekwencję podporządkowania interesu prywatnego interesowi publicznemu. Ma to stanowić swego rodzaju **ochronę podmiotów obowiązanych do udostępnienia informacji publicznej przed koniecznością reorganizacji ich komórek organizacyjnych, w przypadku obowiązku przetwarzania posiadanych informacji udzielanych wnioskodawcom dla ich celów prywatnych** (zob. T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, 2006, s. 126, oraz wyr. NSA z 21.9.2006 r., I OSK 1049/05, CBOSA). Z powyższego wynika, że udostępnienie informacji **nie powinno nastąpić wyłącznie w interesie prywatnym**, zaś ewentualna deklaracja wnioskodawcy **nie ma większego znaczenia**. Ocena «charakteru interesu» leżącego u podstaw wniosku powinna abstrahować od **deklarowanych intencji wnioskodawcy, a być dokonywana według kryteriów obiektywnych** (zob. A. Piskorz-Ryń, *Głosa do wyr. WSA z 22.2.2006 r., II SA/Wa 1721/05, ST 2007, Nr 3, s. 72*)” – M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2018.

A zatem informacją publiczną przetworzoną będzie informacja*, która:

- w chwili złożenia wniosku w zasadzie **nie istnieje** w kształcie objętym wnioskiem;
- jest **specjalnie przygotowana dla wnioskodawcy**, w oparciu przez wskazanę przez niego kryteria;
- jest **wynikiem działań wymagających ponad standardowego nakładu pracy i wykraczających poza zakres działań mieszczących się w ramach podstawowych kompetencji organu**, dlatego też zgodnie z normą zawartą w art. 3 ust. 1 u.d.i.p. proces wytworzenia nowej informacji w oparciu o posiadane dokumenty obwarowany jest koniecznością wykazania, że jej udostępnienie jest **szczególnie istotne dla interesu publicznego**;
- **może być jakościowo nową informacją**, nieistniejącą dotychczas w przyjętej ostatecznie treści i postaci, chociaż jej źródłem są materiały znajdujące się w posiadaniu podmiotu zobowiązanego;

- **nie musi być wyłącznie wytworzoną rodzajowo nową informacją** (może być sumą informacji prostych, w zależności od wiążącej się z ich pozyskaniem wysokości nakładów, jakie musi ponieść organ, czasochłonności, liczby zaangażowanych pracowników);
- **której przygotowanie jest zdeterminowane szerokim zakresem** (przedmiotowym, podmiotowym, czasowym) wniosku, wymagającego zgromadzenia i znacznej liczby dokumentów (wyrok WSA w Szczecinie z dnia 20 sierpnia 2020 r., II SA/Sz 525/20, LEX nr 3055564).

43

– Informacja publiczna przetworzona na gruncie orzecznictwa

„W ślad za poglądami judykatury (por. wyrok NSA z dnia 21 października 2016 r., sygn. akt I OSK 412/15, opubl. w internetowej bazie – orzeczenia.nsa.gov.pl), które skład orzekający przyjmuje za własne, wyjaśnić należy, że **pojęcie «informacji publicznej przetworzonej» jest pojęciem nieostrym i nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane**. Analiza dotychczasowego orzecznictwa sądowego daje podstawę do odkodowania swojego rodzaju opisowej definicji tego pojęcia stanowiącej wynik wykładni art. 3 ust. 1 pkt 1 DostInfPubU. Informacja publiczna na przetworzona to zatem taka informacja publiczna, która:

- **w chwili złożenia wniosku w zasadzie nie istnieje w kształcie objętym wnioskiem**, a niezbędnym podstawowym warunkiem jej wytworzenia jest przeprowadzenie przez podmiot zobowiązany pewnych czynności analitycznych, organizacyjnych i intelektualnych w oparciu o posiadane informacje proste (por. wyrok NSA z dnia 30 września 2015 r., I OSK 1746/14);
- **jest wynikiem ponadstandardowego nakładu pracy podmiotu zobowiązanego** wymagającej użycia dodatkowych sił i środków oraz zaangażowania intelektualnego w stosunku do posiadanych przez niego danych i wyodrębniana w związku z żądaniem wnioskodawcy oraz na podstawie kryteriów przez niego wskazanych; jest to zatem informacja przygotowywana «specjalnie» dla wnioskodawcy **wedle wskazanych przez niego kryteriów** (por. wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r., I OSK 89/13, por. też wyrok NSA z dnia 17 października 2006 r., I OSK 1347/05) na podstawie pierwotnego zasobu danych (por. wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2012 r., I OSK 2149/12; wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r., I OSK 89/13; wyrok NSA z dnia 3 października 2014 r., I OSK 747/14);
- **jest wynikiem działań wykraczających poza zakres działań mieszczących się w ramach podstawowych kompetencji organu** – «przy rozstrzyganiu tego typu spraw należy mieć na uwadze, iż ograniczenie wprowadzone przepisem art. 3 ust. 1 pkt 1 DostInfPubU, w zakresie udzielania informacji publicznej przetworzonej ma zapobiegać sytuacjom, w których działania organu skupiać się będą nie na funkcjonowaniu w ramach przypisanych kompetencji, lecz na czynnościach związanych z udzielaniem informacji publicznej» (wyroki NSA z dnia 5 września 2013 r.: I OSK 953/13, I OSK 866/13, I OSK 865/13); «proces powstawania informacji (przetworzonej) skupia podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej na jej wytworzeniu dla wnioskodawcy, odrywając go od przypisanych mu kompetencji i zadań, toteż ustawodawca zdecydował, że **proces wytworzenia nowej informacji w oparciu o posiadane dokumenty obwarowany będzie koniecznością wykazania, że jej udostępnienie jest szczególnie istotne dla interesu publicznego**» (por. wyrok NSA z dnia 9 października 2010 r., I OSK 1737/12);
- **może być jakościowo nową informacją**, nieistniejącą dotychczas w przyjętej ostatecznie treści i postaci, chociaż jej źródłem są materiały znajdujące się w posiadaniu podmiotu zobowiązanego (por. wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2016 r., I OSK 2658/14; wyrok NSA z dnia 5 stycznia 2016 r., I OSK 33/15);
- **nie musi być wyłącznie wytworzoną rodzajowo nową informacją** – «informacja przetworzona obejmuje dane publiczne, które co do zasady wymagają dokonania stosownych analiz, obliczeń, zestawień statystycznych, ekspertyz, połączonych z zaangażowaniem w ich pozyskanie określonych środków osobowych i finansowych organu, innych niż te wykorzystywane w bieżącej działalności. Uzyskanie żądanych przez wnioskodawcę informacji wiązać się zatem musi z potrzebą ich odpowiedniego przetworzenia, co nie zawsze należy utożsamiać z wytworzeniem rodzajowo nowej informacji. Przetworzenie może bowiem polegać np. na wydobyciu poszczególnych informacji cząstkowych z posiadanych przez organ zbiorów dokumentów (które to zbiory mogą być prowadzone w sposób uniemożliwiający proste udostępnienie gromadzonych w nich danych) i odpowiednim ich przygotowaniu na potrzeby wnioskodawcy. Tym samym również **suma informacji prostych**, w zależności od wiążącej się z ich pozyskaniem wysokości nakładów, jakie musi ponieść organ, czasochłonności, liczby zaangażowanych pracowników – **może być traktowana jako informacja przetworzona**» (zob. np. wyrok NSA z dnia 5 marca 2015 r., I OSK 863/14, wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2015 r., I OSK 1645/14, wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2011 r., I OSK 977/11);

- której przygotowanie jest zdeterminowane szerokim zakresem (przedmiotowym, podmiotowym, czasowym) wniosku, wymagającym zgromadzenia i przekształcenia (zanonimizowania i usunięcia danych objętych tajemnicą prawnie chronioną) znacznej liczby dokumentów – «informacja przetworzona w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej to nie tylko taka, która powstaje w wyniku poddania posiadanych informacji analizie albo syntezie i wytworzenia w taki właśnie sposób nowej jakościowo informacji (...); w pewnych wypadkach szeroki zakres wniosku, wymagający zgromadzenia i przekształcenia (zanonimizowania i usunięcia danych objętych tajemnicą prawnie chronioną) wielu dokumentów, może wymagać takich działań organizacyjnych i angażowania środków osobowych, które zakłócają normalny tok działania podmiotu zobowiązanego i utrudniają wykonywanie przypisanych mu zadań. Informacja wytworzona w ten sposób, pomimo że składa się z wielu informacji prostych będących w posiadaniu organu, powinna być uznana za informację przetworzoną, bowiem powstała w wyniku wskazanych wyżej działań zbiór nie istniał w chwili wystąpienia z żądaniem o udostępnienie informacji publicznej» (zob. np. wyroki NSA: z dnia 2 października 2014 r., I OSK 140/14, LEX nr 1769184; z dnia 21 września 2012 r., I OSK 1477/12, LEX nr 1264566; z dnia 9 sierpnia 2011 r., I OSK 792/11, LEX nr 1094536; z dnia 8 czerwca 2011 r., I OSK 426/11, LEX nr 1135982; z dnia 17 października 2006 r., I OSK 1347/05, LEX nr 281369) (wyrok WSA w Szczecinie z dnia 20 sierpnia 2020 r., II SA/Sz 525/20).

Jak wskazał ponadto NSA w wyroku z dnia 25 września 2020 r., I OSK 574/20, LEX nr 3062978:

„Rozumienie kryterium «przetworzenia» podlega kształtowaniu w praktyce orzeczniczej, stanowiąc reakcję na różnicowane stany faktyczne. Brak normatywnego wyznaczenia, poprzez wprowadzenie definicji legalnej, rozumienia danego określenia stwarza możliwość adekwatnego stosowania norm generalnych i abstrakcyjnych do konkretnych, zróżnicowanych stanów faktycznych. Kryterium «przetworzenia» w praktyce orzeczniczej sprowadza się do dwóch grup takich stanów faktycznych. Jedno rozumienie przetworzenia uwzględnia aspekt jakościowy zmian wprowadzanych w odniesieniu do informacji prostych, drugie zwraca uwagę na aspekt techniczny i ilościowy, traktując przetworzenie informacji prostych w kategoriach czynności, jakim muszą zostać poddane, aby uzyskać dane podlegające udostępnieniu. W przekonaniu Naczelnego Sądu Administracyjnego, oba te rozumienia «przetwarzania» informacji prostych nie stoją w sprzeczności w potocznych intuicjach językowymi, nie wprowadzają zatem jakiegось sztucznego rozumienia informacji przetworzonej. Nie stanowią też rozumień wzajemnie konkurencyjnych i wykluczających się, ale uzupełniają się, tworząc dwa kryteria uznawania informacji publicznej za informację przetworzoną. Posługując się niejednoznacznym terminem, ustawodawca dopuścił tę dwuznaczność” (wyrok NSA z dnia 25 września 2020 r., I OSK 574/20, LEX nr 3062978).

• Czy istnieje trudność w rozróżnieniu informacji przetworzonej od informacji prostej?

TAK: „(...) wskazuje się na trudność z zakreśleniem granicy pomiędzy informacją przetworzoną, a informacją prostą, udostępnioną po wykonaniu na niej pewnych czynności umożliwiających jej udostępnienie”.

„Pojęcie «informacji publicznej przetworzonej» jest pojęciem nieostrym i nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. W judykaturze wskazuje się na trudność z zakreśleniem granicy pomiędzy informacją przetworzoną, a informacją prostą, udostępnioną po wykonaniu na niej pewnych czynności umożliwiających jej udostępnienie. Problem pojawia się bowiem, gdy wnioskodawca wnosi o przedstawienie mu wielu informacji prostych. Dominuje w orzecznictwie stanowisko, że w pewnych przypadkach suma informacji prostych posiadanych przez adresata wniosku może przekształcić się w informację przetworzoną, jeżeli uwzględnienie wniosku wymaga ich zgromadzenia poprzez przegląd materiałów źródłowych, w których są zawarte, a ilość informacji prostych konieczna dla sporządzenia informacji wskazanej we wniosku jest znaczna i angażuje po stronie wnioskodawcy środki i zasoby konieczne dla jego prawidłowego funkcjonowania (...)” (wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 12 marca 2020 r., II SA/Go 2/20, LEX nr 2906056).

- Dlaczego uzyskanie informacji przetworzonej powinno być możliwe w zakresie, w którym jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego?

„(...) o ile dostęp do informacji «prostej» ma właściwie nieograniczony charakter – co wynika z przepisów art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, to udostępnienie informacji publicznej przetworzonej uwarunkowane jest wykazaniem przez wnioskodawcę, że jej uzyskanie jest «szczególnie istotne dla interesu publicznego» w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Informacją prostą jest bowiem informacja, której zasadnicza treść nie ulega zmianie przed jej udostępnieniem. Natomiast «informacją przetworzoną» jest informacja publiczna opracowana przez podmiot zobowiązany przy użyciu dodatkowych sił i środków, na podstawie posiadanych przez niego danych, w związku z żądaniem wnioskodawcy i na podstawie kryteriów przez niego wskazanych, czyli innymi słowy informacja, która zostanie przygotowana «specjalnie» dla wnioskodawcy wedle wskazanych przez niego kryteriów. Wprowadzenie dodatkowego wymogu udostępnienia informacji przetworzonej spowodowane jest więc założeniem, że materiał przygotowany z nakładem dodatkowych sił i środków specjalnie dla wnioskodawcy, nie powinien służyć jedynie indywidualnym interesom wnioskodawcy, ale musi być elementem pewnego szerszego działania służącego większej społeczności. (...)» (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 30 stycznia 2020 r., II SA/Po 640/19, LEX nr 2779453).

- Kiedy informacji publicznej nie można uznać za przetworzoną?

„W sprzeczności z zasadą dostępu do informacji publicznej pozostaje kwalifikowanie informacji publicznej jako informacji przetworzonej tylko z uwagi na fakt, że jest ona przygotowywana dla wnioskującego podmiotu poprzez czynności polegające na odnalezieniu odpowiednich dokumentów, sporządzeniu ich kopii i anonimizacji, nawet jeżeli są one czasochłonne i wymagają zwiększonego nakładu środków osobowych. Czynności te stanowią proste czynności kancelaryjno-biurowe o charakterze technicznym. Tymczasem informacja przetworzona to informacja wytworzona specjalnie na potrzeby wnioskodawcy z dokumentów pozostających w dyspozycji organu. Za informację przetworzoną nie mogą być uznane natomiast dokumenty pozostające w dyspozycji organu, które należy odszukać, spisać z nich dane objęte wnioskiem o udzielenie informacji publicznej i przekazać je stronie w ustalonej formie. Dotyczy to w szczególności informacji dotyczącej wynagrodzenia, dodatków i nagród prezesa zarządu, jak i członków rady nadzorczej” (wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 15 stycznia 2020 r., II SA/Go 812/19, LEX nr 2770141).

44 – Informacja niebędąca informacją publiczną – przykłady praktyczne

- Czy informacją publiczną jest wniosek z pytaniem o zdarzenia przyszłe?

NIE: „(...) nie jest więc informacją publiczną wniosek, który obejmuje pytanie o zdarzenia przyszłe lub takie, które jeszcze nie nastąpiły”.

„Informacją publiczną stanowi więc treść wszelkiego rodzaju dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej, związanych z nim, bądź w jakikolwiek sposób dotyczących tego organu. Informacją publiczną stanowi zarówno treść dokumentów bezpośrednio przez organ wytworzonych, jak i tych, których używa się przy realizacji przewidzianych prawem zadań (także tych, które tylko w części dotyczą działalności organu), nawet, gdy nie pochodzą wprost od niego (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt II SA/Wa 1542/08, LexPolonica nr 2263509, wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 lipca 2008 r. w sprawie o sygn. akt II SA/Wa 721/08, wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt I OSK 123/06). Przyjąć zatem należy, że «analiza art. 6 udiop wskazuje na to, że przedmiotem wniosku może być jedynie informacja o zaistniałych faktach, a także o niektórych zamierzeniach organu» (I. Kamińska, M. Rozłupka-Ostrowska, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, opublikowany w LexPolonica), nie jest więc informacją publiczną wniosek, który obejmuje pytanie o zdarzenia przyszłe lub takie, które jeszcze nie nastąpiły” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2010 r., II SAB/Wa 219/10, LEX nr 756202).

- Czy informację publiczną stanowią wyjaśnienia organu, np. informacje o obowiązującym prawie?

NIE: „W tym znaczeniu nie stanowią informacji publicznej wszelkiego rodzaju wyjaśnienia, objaśnienia czy tłumaczenia organu kwestii związanych z daną informacją publiczną. Udostępnieniu podlega bowiem sama informacja, stanowiąca obiektywnie istniejący fakt, a nie przyczyny, dla których dana informacja ma określoną treść, czy z powodu których została podjęta bądź też nie przez dany organ, czy też znajduje się w danym, a nie innym miejscu”.

„W tym znaczeniu nie stanowią informacji publicznej wszelkiego rodzaju wyjaśnienia, objaśnienia czy tłumaczenia organu kwestii związanych z daną informacją publiczną. Udostępnieniu podlega bowiem sama informacja, stanowiąca obiektywnie istniejący fakt, a nie przyczyny, dla których dana informacja ma określoną treść, czy z powodu których została podjęta bądź też nie przez dany organ, czy też znajduje się w danym, a nie innym miejscu. Tego typu informacje nie stanowią informacji publicznej dotyczącej spraw publicznych. Wyjaśnienia, motywacje i tłumaczenia organu nie są objęte zakresem przedmiotowym ustawy o dostępie do informacji publicznej i jako takie nie podlegają udostępnieniu w trybie jej przepisów. Z tych przyczyn nie można było uznać zawartego we wniosku Spółki żądania za informację publiczną, ponieważ jak to słusznie uznał Marszałek Województwa (...) Spółka domagała się udostępnienia informacji o obowiązującym prawie” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 stycznia 2020 r., II SAB/Wa 607/19, LEX nr 3010572).

- Czy pisma prywatne stanowią informację publiczną?

NIE: „Pismom prywatnym nie można przypisać cech dokumentu publicznego, a skoro nie posiadają charakteru pism urzędowych, to nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu Konstytucji RP oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej. Dokumenty prywatne, co do zasady, nie stanowią zatem informacji publicznej w rozumieniu powołanej ustawy”.

„Jednak, jak słusznie podkreślił organ w odpowiedzi na skargę, pomimo szerokiego rozumienia pojęcia informacji publicznej DostInfPubU nie może być i nie jest środkiem do wykorzystywania w celu wystąpienia z wnioskiem o udzielenie każdej informacji. Oznacza to, że zakres przedmiotowy ustawy wytycza i obejmuje dostęp tylko do informacji publicznej, a nie publiczny dostęp do wszelkich informacji. Udostępnianie informacji publicznej na gruncie powołanej ustawy podlega zatem ograniczeniom. Ustawodawca realizację wglądu do dokumentu ograniczył więc wyłącznie do dokumentu urzędowego. Od dokumentów urzędowych należy odróżnić dokumenty prywatne pochodzące od osób fizycznych. Nie jest dopuszczalne udostępnianie dokumentów pochodzących od osób prywatnych, nawet jeżeli skutkują koniecznością podjęcia przez organ określonych działań w ramach sprawowania funkcji publicznych. Chociaż dokumenty prywatne mogą zatem zawierać w niektórych wypadkach informację publiczną, jednak wówczas udostępnieniu podlega tylko ta informacja, a nie sam dokument. Pismom prywatnym nie można przypisać cech dokumentu publicznego, a skoro nie posiadają charakteru pism urzędowych, to nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu Konstytucji RP oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej. Dokumenty prywatne, co do zasady, nie stanowią zatem informacji publicznej w rozumieniu powołanej ustawy” (wyrok WSA w Łodzi z dnia 25 lutego 2020 r., II SAB/Łd 108/19, LEX nr 2854699).

- Czy wnioski podmiotów aplikujących o dofinansowanie stanowią informację publiczną?

NIE: „Same wnioski podmiotów aplikujących o dofinansowanie na podstawie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju nie stanowią informacji publicznej, ponieważ stanowią dokumenty prywatne”.

„Zgodnie z art. 28 ust. 8 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.) wszelkie dokumenty przedstawiane przez wnioskodawców, oceniane w trakcie trwania konkursu lub danej tury konkursu, do czasu zawarcia umów o dofinansowanie lub zakończenia danej tury konkursu w przypadku konkursu otwartego, nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.). Zauważyć w tym miejscu należy, że użyty przez ustawodawcę zwrot «wszelkie dokumenty przedstawiane przez wnioskodaw-

ców» podlega ocenie w ramach art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, a to oznacza, że udostępnieniu w tym trybie podlegać będą **jedynie dokumenty mające walor informacji publicznej, a nie dokumenty prywatne. Same wnioski podmiotów aplikujących o dofinansowanie na podstawie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju nie stanowią informacji publicznej, ponieważ stanowią dokumenty prywatne.** Fakt, że wniosek o dofinansowanie projektu jest następnie załącznikiem do podpisanej umowy nie oznacza bowiem, że wniosek ten nabiera przez to cech dokumentu publicznego. Wskazać należy, iż każda sprawa administracyjna realizowana przez organ administracji publicznej generuje określoną ilość dokumentów, wśród których są zarówno dokumenty prywatne, jak i dokumenty urzędowe. Kluczowe zaś jest, czy dokumenty te zawierają dane stanowiące informację publiczną” (wyrok NSA z dnia 13 czerwca 2014 r., I OSK 3070/13, LEX nr 1521345).

• **Jaka jest forma odmowy udostępnienia informacji niebędącej informacją publiczną?**

„Zatem, *a contrario*, art. 16 ust. 1 wskazanej ustawy **nie obejmuje sytuacji, w której żądana informacja nie jest informacją publiczną.** W takim przypadku odmowa jej udzielenia winna nastąpić **zwykłym pismem**”.

„Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, **tylko odmowa udostępnienia informacji publicznej oraz umorzenie postępowania o udzielenie informacji w przypadku określonym w art. 14 ust. 2 ww. ustawy następują w drodze decyzji.** Zatem, *a contrario*, art. 16 ust. 1 wskazanej ustawy **nie obejmuje sytuacji, w której żądana informacja nie jest informacją publiczną.** W takim przypadku odmowa jej udzielenia winna nastąpić **zwykłym pismem**” (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 11 sierpnia 2020 r., II SA/OI 384/20, LEX nr 3045936).

• **Czy informacja, że podmiot nie jest w posiadaniu informacji publicznej stanowi taką informację?**

NIE: „(...) jeśli podmiot **nie jest w posiadaniu informacji publicznej** żądanej we wniosku o udzielenie informacji publicznej lub **posiada ją tylko w pewnym zakresie** (w części), to **odpowiedź udzielona pismem** (czynność materialno-techniczna), z **podaniem wyjaśnienia, że podmiot nie jest w posiadaniu informacji**, względnie nie dysponuje pełną informacją, **stanowi udzielenie informacji publicznej**”.

„W dotychczasowym orzecznictwie przyjmuje się zgodnie, że skoro **obowiązek** udostępnienia informacji publicznej obejmuje **podmioty, które taką informacją dysponują**, uznać należy, że jeśli podmiot **nie jest w posiadaniu informacji publicznej** żądanej we wniosku o udzielenie informacji publicznej lub **posiada ją tylko w pewnym zakresie** (w części), to **odpowiedź udzielona pismem** (czynność materialno-techniczna), z **podaniem wyjaśnienia, że podmiot nie jest w posiadaniu informacji**, względnie nie dysponuje pełną informacją, **stanowi udzielenie informacji publicznej** (zob. m.in. wyrok WSA w Krakowie z dnia 31 marca 2017 r., sygn. akt II SAB/Kr 195/16, Legalis)” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 listopada 2019 r., II SAB/Wa 167/19, LEX nr 3014355).

45 – Dokumenty wewnętrzne, organizacyjne, projektowe

• **Czym są dokumenty wewnętrzne? – Nie są wyrazem stanowiska organu**

„Z tego szerokiego zakresu przedmiotowego informacji publicznej **wyłączeniu podlegają jednak treści zawarte w dokumentach wewnętrznych**, rozumiane jako **informacje o charakterze roboczym** (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i **stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, (...).** W ich przypadku można bowiem mówić o **pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej**”.

„Z tego szerokiego zakresu przedmiotowego informacji publicznej **wyłączeniu podlegają jednak treści zawarte w dokumentach wewnętrznych**, rozumiane jako **informacje o charakterze roboczym** (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i **stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez po-**

jedynczego pracownika lub zespół. W ich przypadku można bowiem mówić o **pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej** Od «dokumentów urzędowych» w rozumieniu art. 6 ust. 2 DostInPubU odróżnia się zatem **«dokumenty wewnętrzne»** służące wprawdzie realizacji **jakiegoś zadania publicznego**, ale **nieprzesądzające o kierunkach działania organu**. Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk. **Nie są jednak wyrazem stanowiska organu, wobec czego nie stanowią informacji publicznej**” (wyrok TK z dnia 13 listopada 2013 r., P 25/12, OTK-A 2013, nr 8, poz. 122).

Dokumentem wewnętrznym nie jest zatem kosztorys inwestorski, na podstawie którego zamawiający ustalił wartość zamówienia na roboty budowlane, nawet jeśli był opatrzony klauzulą „do użytku wewnętrznego”:

„Przedmiotem sporu pozostawała ocena charakteru objętych wnioskiem informacji. Wbrew jednak stronie skarżącej nie można ich kwalifikować jedynie jako «dokumentu wewnętrznego», który sam w sobie nie stanowi informacji publicznej. Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie pojęcie «dokumentu wewnętrznego» odnosi przede wszystkim do tych dokumentów, które nie są skierowane na zewnątrz. Służą one bowiem wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk oraz mogą określać zasady działania w danych sytuacjach, czy też być fragmentem przygotowań do powstania aktu będącego formą działalności danego podmiotu (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2 grudnia 2015 r. sygn. akt I OSK 2337/15, z 17 listopada 2016 r. sygn. akt I OSK 1281/15, z 3 marca 2017 r. sygn. akt I OSK 1163/15, 29 listopada 2019 r., sygn. akt I 23 czerwca 2021 r. sygn. akt III OSK 2374/21). Wbrew twierdzeniom strony skarżącej kasacyjnie sam fakt, że żądane do udostępnienia dokumenty są opatrzone klauzulą «do użytku wewnętrznego», nie ma charakteru przesądzającego. Podobnie twierdzenie, że **dokumenty te stanowią pewne «stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej»**, całkowicie pomija fakt, że było to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które z założenia ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), ma charakter etapowy” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 września 2021 r., III OSK 3211/21, LEX nr 3225278).

• Czy dokumenty wewnętrzne stanowią informacje publiczną?

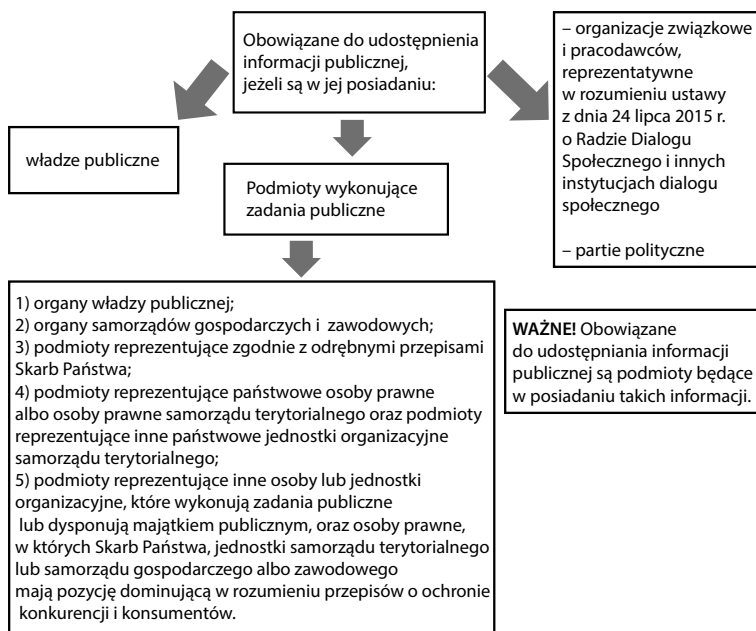
NIE: „tj. dokumentów wewnętrznych, a tego rodzaju dokumenty nie są informacją publiczną i nie podlegają udostępnieniu”.

„Ze złożonych do akt sprawy, (niepodlegających udostępnieniu skarżącej), pism objętych wnioskiem wynika, jak to trafnie przyjął Sąd pierwszej instancji, że są to dokumenty **wymieniane pomiędzy komórkami i oddziałami** jednego urzędu (Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad), służą **jedynie wymianie informacji, poglądów lub sugestii** co do czynności podejmowanych sprawach i są w **istocie gromadzeniem materiałów roboczych**, tj. **dokumentów wewnętrznych**, a tego rodzaju dokumenty **nie są informacją publiczną i nie podlegają udostępnieniu**” (wyrok NSA z dnia 27 maja 2020 r., I OSK 1632/19, LEX nr 3008369).

– Podmioty zobowiązane i uprawnione do udostępniania informacji publicznej

Podmiotami obowiązany do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności organy władzy publicznej, organy samorządów gospodarczych i zawodowych, podmioty reprezentujące zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa, podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 ust. 1 u.d.i.p.). Zgodnie z art. 4 ust. 3 u.d.i.p. obowiązane do udostępniania informacji publicznej są podmioty wymienione w tym przepisie, będące w posiadaniu takich informacji.

Rysunek 7. Podmioty zobowiązane do udzielenia informacji publicznej



Źródło: opracowanie własne.

WAŻNE! Do podmiotów wchodzących w zakres tej władzy zaliczymy: Sejm i Senat (także Zgromadzenie Narodowe), Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy wojskowe, sądy administracyjne, Trybunał Stanu, Trybunał Konstytucyjny, Prezydenta RP, Radę Ministrów, ministrów, Prezesa Rady Ministrów, Radę Gabinetową (pomimo tego, że organ ten nie ma żadnych uprawnień poza konsultacyjnymi), delegatury ministerstw i urzędów centralnych, wojewodów, organy administracji zespolonej, organy administracji niezespolonej, organy gminy, powiatu i województwa oraz ich struktury pomocnicze i jednostki organizacyjne, regionalne izby obrachunkowe oraz samorządowe kolegia odwoławcze. W skład władzy publicznej wchodzi także samorządy gospodarcze i zawodowe, (...) oraz (...) organy kontroli państwowej i ochrony prawa (Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji), a także wiele innych podmiotów działających na podstawie ustaw szczególnych.

„Należy zauważyć, że w świetle przepisu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, do udostępniania informacji publicznej obowiązane są w szczególności organy władzy publicznej (art. 4 ust. 1 pkt 1 DostInffPubU).

Konstytucja RP nie definiuje, jakie organy wchodzi w skład systemu władz publicznych. Z drugiej jednak strony, w art. 10 Konstytucji RP ustrojodawca wskazuje, że «władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały». Bez wątpienia zakres pojęcia władzy publicznej jest znacznie szerszy. Do podmiotów wchodzących w zakres tej władzy zaliczymy: Sejm i Senat (także Zgromadzenie Narodowe), Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy wojskowe, sądy administracyjne, Trybunał Stanu, Trybunał Konstytucyjny, Prezydenta RP, Radę Ministrów, ministrów, Prezesa Rady Ministrów, Radę Gabinetową (pomimo tego, że organ ten nie ma żadnych uprawnień poza konsultacyjnymi), delegatury ministerstw i urzędów centralnych, wojewodów, organy administracji zespolonej, organy administracji niezespolonej, organy gminy, powiatu i województwa oraz ich struktury pomocnicze i jednostki organizacyjne, regionalne izby obrachunkowe oraz samo-

rządowe kolegia odwoławcze. W skład władzy publicznej wchodzi także **samorządy gospodarcze i zawodowe**, chociaż w komentowanym przepisie zostały one ujęte w odrębnym punkcie (art. 4 ust. 1 pkt 2 DostInPubU) oraz wymienione w Rozdziale IX Konstytucji RP **organy kontroli państwowej i ochrony prawa** (Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji), a także **wiele innych podmiotów działających na podstawie ustaw szczególnych**, w tym m.in. Rzecznik Praw Dziecka, czy też Rzecznik Praw Pacjenta (por. dr Mariusz Bidziński, prof. dr hab. Marek Chmaj, dr hab. Przemysław Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, wydanie 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018)” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 listopada 2019 r., II SAB/Wa 167/19, LEX nr 3014355).

WAŻNE! „W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że **ustawodawca mówi o władzy publicznej** wówczas gdy wskazuje na pewne **generalne powinności czy uprawnienia**. Natomiast gdy chodzi o **konkretyzację tych powinności i uprawnień** wskazuje na **organy**, które mają realizować wspomniane **powinności i uprawnienia**. Celem ustawy o dostępie do informacji publicznej było **objęcie obowiązkiem informacyjnym przede wszystkim podmiotów publicznych powiązanych ze sprawowaniem władz ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej** (por. M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa NSA*, Toruń 2002)”.

„Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są **władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne**, które przykładowo zostały wymienione w pkt 1–5 powołanego przepisu, a na co wskazuje użyty zwrot «w szczególności». Wprawdzie w art. 4 ust. 1 ustawodawca posługuje się niezbyt precyzyjnym określeniem «obowiązane do udostępnienia informacji są władze publiczne (...) w szczególności organy władzy publicznej», analiza pozostałych przepisów ustawy wskazuje, że pojęcia «władze publiczne» i «organy władzy publicznej» traktowane są zamiennie.

W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że **ustawodawca mówi o władzy publicznej** wówczas gdy wskazuje na pewne **generalne powinności czy uprawnienia**. Natomiast gdy chodzi o **konkretyzację tych powinności i uprawnień** wskazuje na **organy**, które mają realizować wspomniane **powinności i uprawnienia**. Celem ustawy o dostępie do informacji publicznej było **objęcie obowiązkiem informacyjnym przede wszystkim podmiotów publicznych powiązanych ze sprawowaniem władz ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej** (por. M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa NSA*, Toruń 2002)” (wyrok NSA z dnia 6 marca 2008 r., I OSK 1918/07, LEX nr 505424).

WAŻNE! „(...) ustawodawca utożsamia z pojęciem **organów władzy publicznej** wszystkie **organy administracyjne funkcjonujące w istniejącym aparacie władzy**, a także te podmioty, których w sensie organizacyjnym nie zalicza się do administracji, a które są powołane w drodze ustawy do organizacji i realizacji zadań publicznych”.

„Ustawodawca w art. 4 ust. 1 pkt 1 *expressis verbis* nie wymienił żadnych organów władzy publicznej. Niewątpliwie w pkt 1 ustawodawca utożsamia z pojęciem **organów władzy publicznej** wszystkie **organy administracyjne funkcjonujące w istniejącym aparacie władzy**, a także te podmioty, których w sensie organizacyjnym nie zalicza się do administracji, a które są powołane w drodze ustawy do organizacji i realizacji zadań publicznych (por. M. Jabłoński, K. Wygoda, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej – komentarz*, Wrocław 2002)” (cyt. powyżej wyrok NSA z dnia 6 marca 2008 r., I OSK 1918/07).

WAŻNE! „Podmiotami zobowiązanymi do udostępniania informacji publicznej na gruncie DostInPubU są nie tylko szeroko pojęte władze publiczne, ale także inne podmioty wykonujące zadania publiczne. Zakres pojęcia «zadania publiczne» jest szerszy od pojęcia «zadania władzy publicznej». Pojęcia te różnią się przede wszystkim zakresem podmiotowym, bowiem zadania władzy publicznej mogą być realizowane przez organy tej władzy lub podmioty, którym zadania te zostały powierzone w oparciu o konkretne i wyraźne unormowania ustawowe”.

„W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można również pominąć stanowiska NSA wyrażonego w wyroku z 15 czerwca 2018 r. (sygn. akt I OSK 1722/06, dostępny w CBOSA). (...) NSA w cytowanym wyroku wskazał, że o tym czy kierownik Zakładu Gospodarki Komunalnej jest organem władzy publicznej nie decyduje forma prawna w jakiej jest prowadzony zakład, ale fakt wykonywania «władztwa publicznego»”. Jak dalej wywodził sąd, „Ustawodawca niestety dość niefortunnie połączył pojęcia władzy publicznej (art. 4 ust. 1 DostInfPubU) oraz organów władzy publicznej (art. 4 ust. 1 pkt 1 DostInfPubU), nie wyjaśniając i nie definiując użytych przez siebie pojęć. Należy zatem odnieść się do ogólnych, sposobów wykładni prawa oraz wskazówek płynących z orzecznictwa sądów administracyjnych. Podmiotami zobowiązanymi do udostępniania informacji publicznej na gruncie DostInfPubU są nie tylko szeroko pojęte władze publiczne, ale także inne podmioty wykonujące zadania publiczne. Zakres pojęcia «zadania publiczne» jest szerszy od zakresu pojęcia «zadania władzy publicznej». Pojęcia te różnią się przede wszystkim zakresem podmiotowym, bowiem zadania władzy publicznej mogą być realizowane przez organy tej władzy lub podmioty, którym zadania te zostały powierzzone w oparciu o konkretne i wyrażone unormowania ustawowe. Pojęcie «zadanie publiczne» użyte w art. 4 DostInfPubU, zamiast pojęcia «zadanie władzy publicznej» użytego w art. 61 Konstytucji RP, pomija element podmiotowy i oznacza, że zadania publiczne mogą być wykonywane przez różne podmioty niebędące organami władzy i bez konieczności przekazywania tych zadań. Ustawodawca w art. 4 ust. 1 pkt 1 DostInfPubU *expressis verbis* nie wymienił żadnych organów władzy publicznej. Niewątpliwie w pkt 1 utożsamia z pojęciem organów władzy publicznej wszystkie organy administracyjne funkcjonujące w istniejącym aparacie władzy, a także te podmioty, których w sensie organizacyjnym nie zalicza się do administracji, a które są powołane w drodze ustawy do organizacji i realizacji zadań publicznych (zob. wyrok NSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. akt I OSK 1918/07 dostępny w CBOSA). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że nawet w sytuacjach oczywistych składy orzekające są zmuszone dokonywać wykładni prawa przez rozstrzygnięcie, czy dany podmiot wchodzi w zakres władz publicznych (Bidziński M., Komentarz do art. 4 ustawy o dostępie do informacji publicznej (w:) Bidziński M., Chmaj M., Szustakiewicz P., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, C.H. Beck 2015 r.)” (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 9 kwietnia 2019 r., II SAB/OI 5/19, LEX nr 2652849).

WAŻNE! „Pojęcie «zadanie publiczne» użyte w art. 4 powołanej ustawy zamiast pojęcia «zadanie władzy publicznej» użytego w art. 61 Konstytucji RP ignoruje element podmiotowy i oznacza, że zadania publiczne mogą być wykonywane przez różne podmioty nie będące organami władzy i bez konieczności przekazywania tych zadań”.

„(...) termin «zadania publiczne» jest pojęciem szerszym od terminu «zadań władzy publicznej» (art. 61 Konstytucji RP). Pojęcia te różnią się zakresem podmiotowym bowiem zadania władzy publicznej mogą być realizowane przez organy tej władzy lub podmioty, którym zadania te zostały powierzone w oparciu o konkretne i wyrażone unormowania ustawowe. Pojęcie «zadanie publiczne» użyte w art. 4 powołanej ustawy zamiast pojęcia «zadanie władzy publicznej» użytego w art. 61 Konstytucji RP ignoruje element podmiotowy i oznacza, że zadania publiczne mogą być wykonywane przez różne podmioty nie będące organami władzy i bez konieczności przekazywania tych zadań. Tak rozumiane «zadanie publiczne» cechuje powszechność i użyteczność dla ogółu a także sprzyjanie osiągnięciu celów określonych w Konstytucji lub ustawie. Wykonywanie zadań publicznych zawsze wiąże się z realizacją podstawowych publicznych praw podmiotowych obywateli” (wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2020 r., I OSK 1348/19, LEX nr 3025611).

Podobnie stwierdzono w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., I OSK 413/17, LEX nr 2646148, w którym Naczelny Sąd Administracyjny określił definicję zadań publicznych, wskazując, iż:

„Przyjmuje się, że zadania publiczne, to zadania wywodzące się z Konstytucji i obowiązujących ustaw, które służą zaspokojeniu potrzeb zbiorowych, przypisane Państwu oraz szeroko rozumianym podmiotom władzy publicznej, które ponoszą w świetle prawa odpowiedzialność za ich zrealizowanie. 2. Podstawowym kryterium dla uznania danych zadań za zadania publiczne jest brak rezygnacji przez władze publiczne z odpowiedzialności za ich wykonanie. Nie jest konieczne, by samo wykonywanie zadań publicznych odbywało się w ramach struktur organizacyjnych państwa lub samorządu terytorialnego. Wykonywanie zadań publicznych nie musi też być oparte na zasadzie władztwa

administracyjnego”. Również w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 4 grudnia 2019 r. II SAB/Kr 341/19, LEX nr 2756925, stwierdzono, że: „Użyte w treści art. 4 u.d.i.p. sformułowanie «zadania publiczne» jest pojęciem szerszym od «zadań władzy publicznej», bowiem pomija element podmiotowy, co w konsekwencji oznacza możliwość wykonywania zadań publicznych przez podmioty niebędące organami władzy. Tak rozumiane «zadania publiczne» w sumie cechują się powszechnością i użytecznością dla ogółu, co sprzyja osiągnięciu celów zarówno konstytucyjnych, jak i ustawowych”.

WAŻNE! „(...) wymienione w art. 4 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej pojęcie «zadania publiczne» jest szersze od zakresu pojęcia «zadania władzy publicznej» i cechuje je **powszechność oraz użyteczność dla ogółu**, a także **sprzysiężanie osiągnięciu celów** określonych w Konstytucji RP lub ustawie (...)”.

„W orzecznictwie sądowoadministracyjnym podkreśla się, że wymienione w art. 4 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej pojęcie «zadania publiczne» jest szersze od zakresu pojęcia «zadania władzy publicznej» i cechuje je **powszechność oraz użyteczność dla ogółu**, a także **sprzysiężanie osiągnięciu celów** określonych w Konstytucji RP lub ustawie (por. wyroki NSA z dnia 18 sierpnia 2010 r. sygn. akt I OSK 851/2010 i z dnia 13 grudnia 2013 r. sygn. akt I OSK 1858/13, dostępne w internetowej bazie orzeczeń NSA, dalej «CBOSA»).

Mając na uwadze powyższe należy zaakcentować, że **każdy podmiot jest zobowiązany do udostępniania informacji publicznej, jeśli wykonuje zadania władzy publicznej lub dysponuje majątkiem publicznym**” (wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 19 maja 2020 r., II SAB/Go 15/20, LEX nr 3017619).

WAŻNE! „Przed wszystkim zaś **obowiązuje tutaj ogólna zasada**, wynikająca z art. 4 ust. 3 ustawy, iż **zobowiązane do udzielania informacji są podmioty będące w ich posiadaniu**.

Oznacza to w konsekwencji, że obowiązek informacyjny organu publicznego **nie musi być adekwatny do ustalonego zakresu jego działania**, ale jest tylko i wyłącznie **konsekwencją faktu dysponowania przez organ daną informacją**”.

„Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o dostępie **obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty** wykonujące zadania publiczne, w szczególności **organy władzy publicznej**. W grupie tej mieści się zarówno Minister Środowiska, jak i Dyrektor Generalny Ministerstwa Środowiska. Wymaga przy tym podkreślenia, iż **nie można** tej kategorii podmiotów utożsamiać z **tradycyjnie ujmowanym pojęciem organu administracji publicznej**. Przed wszystkim zaś **obowiązuje tutaj ogólna zasada**, wynikająca z art. 4 ust. 3 ustawy, iż **zobowiązane do udzielania informacji są podmioty będące w ich posiadaniu**. Oznacza to w konsekwencji, że obowiązek informacyjny organu publicznego **nie musi być adekwatny do ustalonego zakresu jego działania**, ale jest tylko i wyłącznie **konsekwencją faktu dysponowania przez organ daną informacją**” (wyrok NSA z dnia 24 sierpnia 2005 r., OSK 1931/04, www.nsa.gov.pl).

W orzecznictwie upowszechnił się pogląd, że do kręgu podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej należą m.in. przedsiębiorstwa realizujące zadania publiczne np. z zakresu energetyki:

„Do zadań publicznych należą zadania postawione przed przedsiębiorstwami energetycznymi w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012 r. Poz. 1059). Nie tylko obowiązki operatora systemu dystrybucyjnego wymienione w art. 9c ust. 3 Prawa energetycznego, ale także dystrybucja energii elektrycznej i inne zadania wykonywane przez przedsiębiorstwa energetyczne, ze względu na znaczenie energii elektrycznej dla rozwoju cywilizacyjnego i poziomu życia obywateli, a tym samym urzeczywistniania dobra wspólnego, o którym mowa w art. 1 Konstytucji RP, są zadaniami publicznymi. Tak rozumiane dysponowanie zasobami energetycznymi państwa jest wykonywaniem zadania publicznego (por. wyrok TK z dnia 25 lipca 2006 r., sygn. akt P 24/05, OTK-A 2006/7/87; wyrok NSA z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt I OSK 851/10; wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt I OSK 102/13, niepublikowane, treść (w): CBOSA, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>)” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 21 lutego 2019 r., II SAB/Rz 3/19). Podobnie stwierdził WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 16 stycznia 2019 r., II SAB/Po 121/18: «Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem sądów administracyjnych do podmiotów wykonujących zadania publiczne w powyższym rozumieniu zalicza się m.in. przedsiębiorstwa energetyczne i ich wyodrębnione jednostki organizacyjne, np. oddziały (por. wyroki

NSA z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt I OSK 851/10; z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt I OSK 102/13; z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt I OSK 831/13; z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt I OSK 2436/13; z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt I OSK 2874/13; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). W konsekwencji określone informacje związane z wykonywaniem takich zadań przez przedsiębiorstwa energetyczne (...) co do zasady są uznawane w judykaturze za informacje publiczne w rozumieniu u.d.i.p. (por. np. wyroki NSA z 12 marca 2014 r., sygn. akt I OSK 2753/13; z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt I OSK 2263/13; z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt I OSK 2994/13; z 1 października 2014 r., sygn. akt I OSK 314/14; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). W przedmiotowej sprawie poza sporem jest, iż spółka E. O. Sp. z o.o. w P. realizująca zadanie publiczne w zakresie dystrybucji energii elektrycznej jest podmiotem zobowiązanym do udzielania informacji publicznej»”.

47

– Podmioty uprawnione do uzyskania dostępu

Rysunek 8. Podmioty uprawnione do uzyskania dostępu do informacji publicznej

- | | |
|--------------------------|--|
| – Art. 61 Konstytucji RP | → „Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji (...)”. |
| – Art. 2 ust. 1 u.d.i.p. | → „Każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5*, prawo dostępu do informacji publicznej, zwane dalej «prawem do informacji publicznej»”. |

* Ograniczenie prawa do informacji publicznej.

WAŻNE! Od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej **nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego.**

Źródło: opracowanie własne.

WAŻNE! „Uprawnienie do żądania informacji publicznej przysługuje także obywatelom innych państw, bezpaństwowcom oraz osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, a więc również stowarzyszeniu”.

„Jak wynika z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP dostęp do informacji publicznej przysługuje «obywatelowi». Jak przyjęto w judykaturze, przy dokonywaniu wykładni użytego w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP pojęcia «obywatel» oraz użytego w art. 2 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1764) pojęcia «każdy» należy mieć na względzie przede wszystkim cel przepisów dotyczących dostępu do informacji publicznej. Celem tym jest zapewnienie *sui generis* «społecznej kontroli» nad organami władzy publicznej oraz przejrzystości działania tych organów. Uprawnienie do żądania informacji publicznej przysługuje także obywatelom innych państw, bezpaństwowcom oraz osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, a więc również stowarzyszeniu” (wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20 września 2017 r., II SA/Gd 475/17, LEX nr 2374089).

WAŻNE!

- „(...) prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne”.
- „(...) uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”.

„Zgodnie z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują

ją mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo do uzyskania, tak rozumianej, informacji publicznej przysługuje **zgodnie z art. 2 ust. 1 DostInfPubU każdemu**” (wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 31 marca 2020 r., II SAB/Go 17/20, LEX nr 2973615).

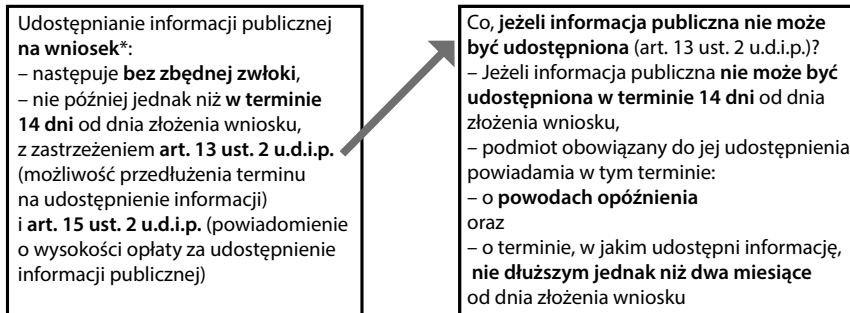
WAŻNE! (...) wniosek o udostępnienie informacji musi zawierać **co najmniej takie dane i być na tyle precyzyjny**, aby możliwe było jego **załatwienie zgodnie z prawem**. Za elementy niezbędne wniosku o udzielenie dostępu uznać zaś należy **wyraźne wskazanie zakresu żądanej informacji publicznej** oraz określenie **miejsca i sposobu udostępnienia jej wnioskodawcy (...)**”.

„Jednak prawo, którego realizacji domaga się wnioskodawca **musi zostać we wniosku skonkretyzowane** (por uzasadnienie uchwały NSA z dnia 9 grudnia 2013 r., I OPS 7/13, CBOSA). Jednym z założeń dostępu do informacji jest bowiem to, że **prawo to dotyczy określonego nośnika informacji (dokumentu)** nie zaś wszystkich możliwych informacji związanych z działalnością jakiegoś podmiotu publicznego. Z tych względów uznaje się, że wniosek o udostępnienie informacji musi zawierać **co najmniej takie dane i być na tyle precyzyjny**, aby możliwe było jego **załatwienie zgodnie z prawem**. Za elementy niezbędne wniosku o udzielenie dostępu uznać zaś należy **wyraźne wskazanie zakresu żądanej informacji publicznej** oraz określenie **miejsca i sposobu udostępnienia jej wnioskodawcy** (zob. H. Knysiak-Molczyk, *Granice prawa do informacji w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2013 r., s. 224)” (cyt. powyżej wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z dnia 31 marca 2020 r., II SAB/Go 17/20).

– Organizacyjno-techniczne aspekty udostępnienia informacji

48

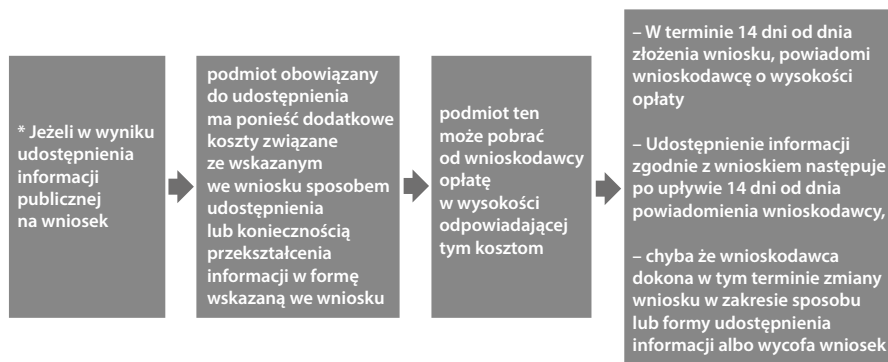
Rysunek 9. Zasady udostępniania informacji publicznej



* art. 13 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

Rysunek 10. Opłata – dodatkowe koszty



* art. 15 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

WAŻNE! „«Bezzwłocznie» nie oznacza, że każda sprawa dotycząca udostępnienia informacji publicznej ma być załatwiona «natychmiast», a jedynie w taki sposób, by w jej rozpatrzeniu nie wystąpiła nieuzasadniona («zbędna») zwłoka”.

„Jak wynika z treści art. 13 ust. 1 DostInfPubU ustawodawca przyjął zasadę bezzwłocznego załatwiania spraw dotyczących udostępniania informacji publicznej. «Bezzwłocznie» nie oznacza, że każda sprawa dotycząca udostępnienia informacji publicznej ma być załatwiona «natychmiast», a jedynie w taki sposób, by w jej rozpatrzeniu nie wystąpiła nieuzasadniona («zbędna») zwłoka. Zdaniem Sądu w sytuacji kiedy wniosek został złożony zaledwie 10 minut przed posiedzeniem, w którym chciał uczestniczyć skarżący, nie można uznać, że przesunięcie jego załatwienia na okres po posiedzeniu (w którym uczestniczył sam organ, któremu przedłożono wniosek) jest jednoznaczne z nieuzasadnioną zwłoką. W rezultacie w trakcie prowadzonego zgodnie z prawem (tj. art. 13 ust. 1 DostInfPubU) postępowania dotyczącego wniosku skarżącego pojawiła się przeszkoda faktyczna – brak możliwości udostępniania mu informacji dotyczącej przebiegu posiedzenia z udziałem wójta i radnych gminy w formie przez niego wskazanej tj. bezpośredniego udziału w posiedzeniu. W tej sytuacji zdaniem Sądu zasadnie skierowano do skarżącego powiadomienie, o którym mowa w art. 14 ust. 2 DostInfPubU” (wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 18 kwietnia 2006 r., II SA/Bd 1154/05, www.nsa.gov.pl).

WAŻNE! „(...) przedmiot sprawy reguluje ustawa o dostępie do informacji publicznej, która posiada własne rozwiązania proceduralne, dotyczące terminu udzielenia informacji publicznej, wyłączające w tym zakresie przepisy art. 35 KPA”.

„Wobec rozbieżności między stronami, co do ocen prawnych w przedmiocie terminu do wykonania wyroku, wskazać należy, iż termin określony w przepisie art. 13 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej jest właściwy do zastosowania w niniejszej sprawie. Jest tak dlatego, że przedmiot sprawy reguluje ustawa o dostępie do informacji publicznej, która posiada własne rozwiązania proceduralne, dotyczące terminu udzielenia informacji publicznej, wyłączające w tym zakresie przepisy art. 35 KPA. Fakt wydania w niniejszej sprawie wyroku uchylającego wcześniej wydane decyzje w sprawie dostępu do informacji publicznej, w żaden sposób nie zmienia przedmiotu sprawy i zasad jej rozpatrywania przez organ. Przedmiotowa sprawa nadal pozostaje sprawą rozstrzyganą w oparciu o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej z tym tylko, iż organ podczas ponownego rozpatrywania sprawy zobowiązany jest do zrealizowania wytycznych za-

wartych w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 lipca 2008 r., co w ocenie Sądu rozpoznającego niniejszą skargę, stanowi zazwyczaj ułatwienie dla organu w dalszym rozpatrywaniu sprawy. Skoro jednak organ uznał, że **nie jest w stanie dochować zakreślonego 14-dniowego terminu do załatwienia sprawy, powinien jak najwcześniej poinformować o tym skarżącego**, wskazując na ewentualne przyczyny zwłoki i podając termin rozstrzygnięcia sprawy. Pisma takiego w sprawie zabrakło” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 lutego 2009 r., II SA/Wa 1672/08, LEX nr 491641).

• **Czy uprawniony określa, w jakiej formie chce otrzymywać informację publiczną?**

TAK: „(...) to wnioskodawca określa w jaki sposób i w jakiej formie chce otrzymać informację publiczną. Natomiast podmiot zobowiązany nie może odmówić udostępnienia informacji publicznej w sposób wskazany we wniosku, jeżeli dysponuje środkami technicznymi umożliwiającymi udostępnienie informacji w żądanej formie i żądany sposób. W skardze kasacyjnej organ nie kwestionuje, że nie udostępnił L. W. polisy ubezpieczeniowej w żądanej przez nią formie” (wyrok NSA z dnia 29 maja 2020 r., I OSK 3232/19, LEX nr 3025411).

• **Czy przedłużenie terminu na udostępnienie informacji publicznej wymaga powiadomienia strony?**

TAK: „(...) ustawowy termin na udostępnienie informacji publicznej nie może ulec wydłużeniu bez wystosowania przez organ stosownego powiadomienia na podstawie art. 13 ust. 2 DostInfPubU, a zwłaszcza że **przedmiot wniosku** (przekrojowe pytania, dotyczące szczegółowych danych, wymagające dla ich zebrania nakładu pracy) **jest wystarczającą przesłanką i uzasadnieniem «wydłużenia»** ustawowych terminów udostępniania informacji publicznej”.

„Powołane wyżej przepisy DostInfPubU nie dają podstaw do przyjęcia stanowiska, że **bez powiadomienia**, o jakim mowa w art. 13 ust. 2 DostInfPubU możliwe jest skuteczne powoływanie się na termin dwumiesięczny i w konsekwencji kwestionowanie stanu beczynności, gdy reakcja na wniosek o udostępnienie informacji publicznej nastąpiła po upływie 14 dni a przed upływem dwóch miesięcy od dnia złożenia wniosku. Trafnie podnosi strona skarżąca kasacyjnie, że **ustawowy termin na udostępnienie informacji publicznej nie może ulec wydłużeniu bez wystosowania przez organ stosownego powiadomienia** na podstawie art. 13 ust. 2 DostInfPubU, a zwłaszcza że **przedmiot wniosku** (przekrojowe pytania, dotyczące szczegółowych danych, wymagające dla ich zebrania nakładu pracy) **jest wystarczającą przesłanką i uzasadnieniem «wydłużenia»** ustawowych terminów udostępniania informacji publicznej” (wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2019 r., I OSK 2660/18, LEX nr 2682345).

WAŻNE! „(...) beczynność w zakresie dostępu do informacji publicznej ma miejsce wówczas, gdy zobowiązany milczy, jak również wtedy gdy odmawia udzielenia informacji w nieprzewidzianej do tej czynności podstawie prawnej”.

„Beczynność ma miejsce wówczas, kiedy wniosek o udzielenie informacji dotyczy informacji publicznej i jest skierowany do adresata zobowiązanego do jej udzielenia. Nieudzielenie informacji publicznej i niepowiadomienie, w trybie art. 13 ust. 2 DostInfPubU o przyczynach opóźnień i terminie w jakim informacja zostanie udostępniona oznacza beczynność podmiotu zobowiązanego do jej udzielenia (wyrok NSA z dnia 18 marca 2008 r., OSK 1209/04; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 25 listopada 2005 r. IV SAB/Wr 57/05). Z beczynnością będziemy zatem mieć do czynienia wtedy, gdy we wskazanym w art. 13 ust. 1 DostInfPubU terminie zobowiązany nie udzieli informacji lub nie podejmie przewidzianych prawem czynności zmierzających do powiadomienia o przyczynach zwłoki i dodatkowym terminie albo podejmując te czynności nie udzieli informacji w maksymalnym 2-miesięcznym terminie, albo nie wyda na zasadach przewidzianych w DostInfPubU decyzji o odmowie udzielenia żądanych informacji publicznych (I. Drachal, *Zagadnienia sądowej ochrony prawa...*).

Z powyższego zatem wynika, że **bezczyнность w zakresie dostępu do informacji publicznej ma miejsce wówczas, gdy zobowiązany milczy, jak również wtedy gdy odmawia udzielenia informacji w nieprzewidzianej do tej czynności podstawie prawnej**” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2019 r., IV SAB/Wr 33/19, LEX nr 2678325).

Podmiot zobowiązany udostępnić informację publiczną na wniosek bez zbędnej zwłoki. Jak wskazał WSA w Bydgoszczy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2006 r., II SA/Bd 1154/05, www.nsa.gov.pl:

„«Bezzwłocznie» nie oznacza, że każda sprawa dotycząca udostępnienia informacji publicznej ma być załatwiona «natychmiast», a jedynie w taki sposób, by w jej rozpatrzeniu nie wystąpiła nieuzasadniona («zbędna») zwłoka”.

Ustawodawca jednocześnie w art. 13 ust. 1 u.d.i.p. określił graniczny, najpóźniejszy moment na udostępnienie informacji, tj. 14 dni od dnia złożenia wniosku.

Termin ten **nie ma zastosowania**, gdy:

- informacja publiczna nie może być udostępniona w tym terminie (art. 13 ust. 2 u.d.i.p.) – w takim przypadku, podmiot obowiązany do jej udostępnienia powiadamia w tym terminie (czyli niezwłocznie, jednak nie później niż 14 dni od dnia złożenia wniosku) o powodach opóźnienia oraz o terminie, w jakim udostępni informację. Wówczas informacja nie może być udostępniona w terminie nie dłuższym niż 2 miesiące od dnia złożenia wniosku;
- podmiot obowiązany do udostępnienia musi ponieść dodatkowe koszty związane ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji w formę wskazaną we wniosku (art. 15 ust. 1 i 2 u.d.i.p.) – wówczas podmiot ten może pobrać od wnioskodawcy opłatę w wysokości odpowiadającej tym kosztom. W takim przypadku podmiot udostępniający informację powiadamia wnioskodawcę o wysokości opłaty w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, natomiast samo udostępnienie informacji następuje po upływie 14 dni od dnia powiadomienia wnioskodawcy, chyba że wnioskodawca dokona w tym terminie zmiany wniosku w zakresie sposobu lub formy udostępnienia informacji albo wycofa wniosek.

Zasadniczo udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje w sposób i w formie określonych we wniosku (art. 14 ust. 1 u.d.i.p.). Jeżeli jednak informacja publiczna nie może być udostępniona w sposób lub w formie określonych we wniosku, np. ze względu na środki techniczne, którymi dysponuje podmiot obowiązany do udostępnienia, wówczas w odpowiedzi na wniosek podmiot obowiązany informuje pisemnie wnioskodawcę o przyczynach braku możliwości udostępnienia informacji zgodnie z wnioskiem i wskazuje, w jaki sposób lub w jakiej formie informacja może być udostępniona niezwłocznie. Jeżeli w terminie 14 dni od otrzymania takiego powiadomienia, wnioskodawca nie złoży wniosku o udostępnienie informacji w sposób lub w formie wskazanych w powiadomieniu, wówczas postępowanie o udostępnienie informacji umarza się (art. 14 ust. 2 u.d.i.p.).

49 – Procedura i formy udostępnienia informacji publicznej

Rysunek 11. Formy udostępniania informacji publicznej



* art. 7 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

WAŻNE! Dostęp do informacji publicznej jest bezpłatny, z zastrzeżeniem art. 15 u.d.i.p.

Rysunek 12. Biuletyn Informacji Publicznej (BIP)*

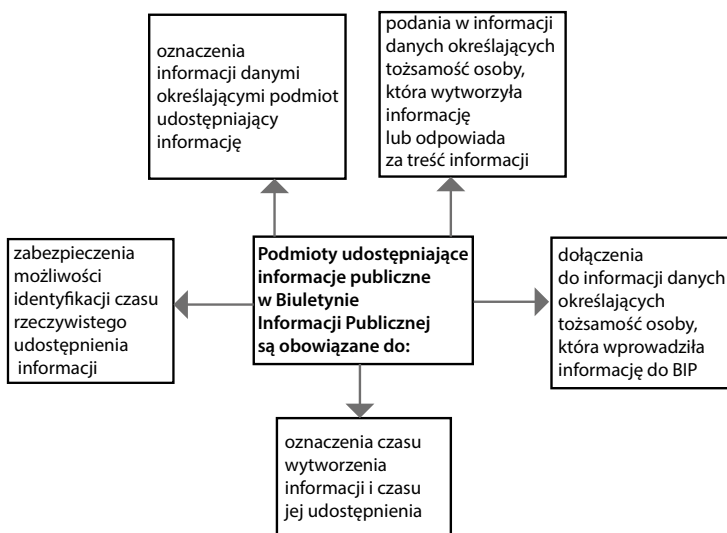
Czym jest BIP?	– jest urzędowym publikatorem teleinformatycznym, – stworzonym w celu powszechnego udostępniania informacji publicznej, – w postaci ujednoliconego systemu stron w sieci teleinformatycznej
Kto udostępnia informacje publiczne w BIP?	– informacje publiczne są udostępniane w NIP przez podmioty, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p. (podmioty zobowiązane do udostępniania informacji)
Kto może udostępniać w BIP również inne informacje publiczne?	– podmioty, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p. (podmioty zobowiązane do udostępniania informacji publicznej), zobowiązane są do udostępniania w BIP informacji publicznych, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–3, 4 lit. a tiret drugie, lit. c i d i pkt 5 u.d.i.p.
Jakie jeszcze informacje udostępniają podmioty do tego obowiązane?	– podmioty mające obowiązek udostępniać informacje publiczne, – obowiązane do udostępniania w BIP informacji dotyczących sposobu dostępu do informacji publicznych będących w ich posiadaniu i nieudostępnionych w BIP

Co dzieje się w przypadku wyłączenia jawności informacji publicznej?	– podaje się zakres wyłączenia, – podaje się podstawę prawną wyłączenia jawności oraz – wskazuje się organ lub osobę, które dokonały wyłączenia, – w przypadku, w którym ograniczenie jawności następuje ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), podmiot, w interesie którego dokonano wyłączenia jawności
--	---

* art. 8 ust. 1–5 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

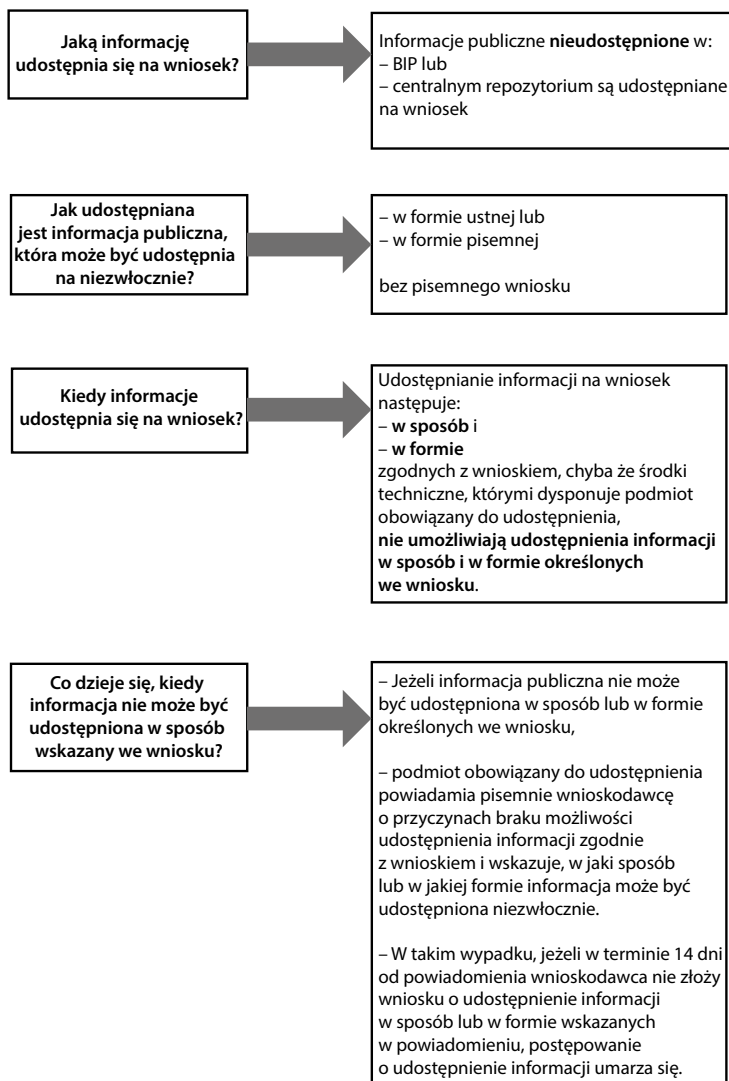
Rysunek 13. Obowiązki podmiotów udostępniających informacje w BIP



* art. 8 ust. 6 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

Rysunek 14. Udostępnianie informacji publicznej na wniosek*



* art. 14 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

– Odmowa udostępnienia informacji publicznej

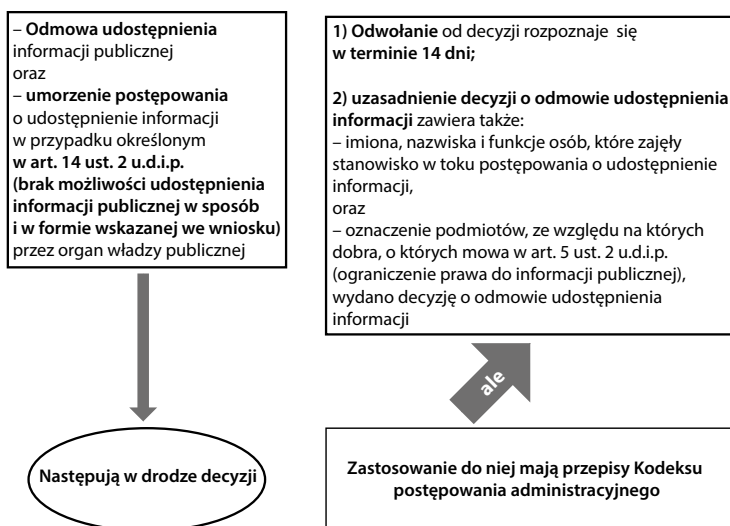
50

Odmowa udostępnienia informacji publicznej oraz umorzenie postępowania o udostępnienie informacji następuje w drodze decyzji, co oznacza, że można wobec niej złożyć odwołanie (art. 16 ust. 1 u.d.i.p.). Odwołanie od decyzji jest rozpoznawane w terminie 14 dni i na rozstrzygnięcie zapadłe na skutek jego wniesienia, przysługuje skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego.

WAŻNE! „(...) Pod pojęciem «odmowy udostępnienia informacji publicznej» należy rozumieć sytuację, w której organ posiada informację o charakterze publicznym, ale jej nie udostępnia z uwagi na ochronę danych osobowych, tajemnicę zawodową, służbową, państwową, skarbową, statystyczną czy inną tajemnicę ustawowo chronioną bądź prawo do prywatności”.

„Przypomnieć należy, że rozpoznając wniosek o udostępnienie informacji publicznej na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, podmiot w zależności od okoliczności danej sprawy, zobowiązany jest udostępnić żądaną informację publiczną w terminie wskazanym w art. 13 ustawy. Jest to czynność materialno-techniczna, której formy przepisy ustawy nie określają. Organ winien wydać decyzję o odmowie udostępnienia informacji (art. 16 ust. 1 lub art. 17 ust. 2 ustawy), bądź wydać decyzję o umorzeniu postępowania w sytuacjach, o jakich mowa w art. 14 ust. 2 tej ustawy (niewłaściwa forma złożenia wniosku). Pod pojęciem «odmowy udostępnienia informacji publicznej» należy rozumieć sytuację, w której organ posiada informację o charakterze publicznym, ale jej nie udostępnia z uwagi na ochronę danych osobowych, tajemnicę zawodową, służbową, państwową, skarbową, statystyczną czy inną tajemnicę ustawowo chronioną bądź prawo do prywatności (por. wyrok NSA z 19.12.2002 r., sygn. akt II SA 3301/02, z 26.06.2019 r., I OSK 3688/18, z 28.07.2017 r. I OSK 2916/15, publ. www.nsa.gov.pl). Nie wymaga również wydania decyzji sytuacja, w której organ nie dysponuje żądanymi informacjami. Podobnie stwierdzenie przez organ, że żądane informacje nie stanowią informacji publicznej, skutkuje jedynie koniecznością powiadomienia wnoszącego, że jego wniosek nie znajduje podstaw w przepisach prawa (por. wyrok WSA w Warszawie z 26.04.2007 r., sygn. akt II SA/Wa 162/07)” (wyrok WSA w Gliwicach z dnia 11 grudnia 2019 r., III SA/Gl 888/19, LEX nr 2764664).

Rysunek 15. Odmowa udostępnienia informacji publicznej*



* art. 16 u.d.i.p.

Źródło: opracowanie własne.

Rysunek 16. Artykuł 23 u.d.i.p.

art. 23 u.d.i.p.	
➤	Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови
➤	nie udostępnia informacji publicznej,
➤	podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Źródło: opracowanie własne.

- **Co dzieje się w przypadku wprowadzenia żądającego informacji w błąd? – odpowiedzialność karna**

„W tym miejscu wypada jednak zaznaczyć, że w razie wprowadzenia żądającego informacji w błąd, przez udzielenie niezgodnej z rzeczywistością odpowiedzi co do faktu posiadania informacji, **osoba zobowiązana do udostępnienia** żadnej informacji publicznej **podlega odpowiedzialności karnej w trybie art. 23 DostInfPubU** w zbiegu z innymi przepisami określonymi w Kodeksie karnym (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 13 października 2005 r., sygn. akt IV SAB/Wr 41/05)” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 marca 2014 r., II SAB/Wa 654/13, LEX nr 1468057).

- **Jakie sądy orzekają w sprawie odpowiedzialności karnej?**

„Odnosnie [do] żądania skargi wymierzenia odpowiedniej kary przepisanej **art. 23 DostInfPubU**. Sąd wyjaśnia, że przepis ten, mówiący, że ten kto wobec ciążącemu na nim obowiązкови, nie udostępni informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, **ma charakter przepisu karnego**. Oznacza to, że ustalenie znamion czynu zabronionego, opisanego w tym przepisie **następuje w postępowaniu karnym**. Do orzekania o odpowiedzialności karnej właściwe są sądy powszechne (Prawo o ustroju sądów powszechnych t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 133 ze zm.; postanowienie WSA w Białymstoku z 18 października 2011 r., II SO/Bk 18/11). Zatem sprawy w tym zakresie **nie należą do sądu administracyjnego** (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 27 stycznia 2011 r., II SAB/Rz 49/10)” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 7 listopada 2018 r., IV SAB/Wr 131/18, LEX nr 2591303).

– **Zasady pobierania opłat za udostępnienie informacji publicznej**

51

WAŻNE! „Ponoszenie przez **uprawnionego do uzyskania dostępu** do informacji publicznej **kosztów związanych z jej przygotowaniem i udzieleniem** do niej dostępu zostało przewidziane **jedynie w przypadku informacji udostępnianej na wniosek (...)**”.

„W pierwszej kolejności warto podkreślić, że przepis art. 7 ust. 2 DostInfPubU wprowadza **zasadę bezpłatnego dostępu do informacji publicznej**. Wyjątek od tej zasady został przewidziany w **art. 15 ust. 1** wspomnianej ustawy, zgodnie z którym dopuszczalne jest obciążenie podmiotu zwracającego się o udostępnienie informacji publicznej **«dodatkowymi kosztami»** związanymi ze **sposobem jej udostępnienia lub koniecznością jej przekształcenia**. Ponoszenie przez uprawnionego do uzyskania dostępu do informacji publicznej kosztów związanych z jej przygotowaniem i udzieleniem do niej dostępu zostało przewidziane **jedynie w przypadku informacji udostępnianej na wniosek** (art. 10 DostInfPubU). Podkreślenia wymaga, że dopuszczalne jest tylko pobieranie **opłat odpowiadających «dodatkowym kosztom»** poniesionym przez podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej. **Nie należy utożsamiać** tego pojęcia, jak uczynił to autor skargi kasacyjnej,

z kosztami każdej dodatkowej aktywności organu bądź jego pracowników (np. konieczność wykonania dodatkowej pracy, jak chociażby wyszukania określonych we wniosku informacji)” (wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2017 r., I OSK 2436/16, LEX nr 2254546).

WAŻNE! „Kosztem dodatkowym jest w tej sytuacji wydatek rzeczywiście poniesiony ponad koszt funkcjonowania bazy, związany z realizacją wskazanego we wniosku sposobu udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji”.

„Naczelny Sąd Administracyjny w pełni podziela wyrażane w orzecznictwie sądów administracyjnych poglądy dotyczące kosztów dodatkowych, które nie są wszelkimi kosztami związanymi z udostępnieniem informacji publicznej. Kosztem dodatkowym jest w tej sytuacji wydatek rzeczywiście poniesiony ponad koszt funkcjonowania bazy, związany z realizacją wskazanego we wniosku sposobu udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że realizacja uprawnienia do pobrania opłaty wynikającego z art. 15 ust. 1 DostInfPubU może nastąpić tylko w konkretnych, indywidualnych sprawach. Przepis ten nie może być podstawą do generalnego ustalania wysokości opłat we wszystkich sprawach dotyczących udostępniania informacji publicznych” (wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2017 r., I OSK 2436/16, LEX nr 2254546).

WAŻNE! „(...) nie chodzi o wszelkie koszty związane z żądaniem udostępnienia informacji publicznej. Koszty, które może podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej żądać od wnioskodawcy powinny niejako przekraczać «zwykłe koszty» funkcjonowania tego podmiotu, które wynikają z postawionych przed nim zadań. Nie można natomiast z kosztów postępowania czynić sobie źródła dodatkowych dochodów, czy też bariery dla wnioskodawców (...)”.

„Możliwość żądania opłaty za informację publiczną dotyczy tylko udzielenia takiej informacji na wniosek zainteresowanej osoby. Wysokość przedmiotowej opłaty odpowiadać ma kosztom związanym ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji w formę wskazaną we wniosku. Należy ogólnie zauważyć, że przekształcanie informacji przez przeniesienie na nośnik papierowy lub elektroniczny generuje dodatkowe koszty, dlatego udostępnianie jej w taki sposób powinno łączyć się z ponoszeniem opłat. Często również przekształcanie informacji wiąże się z pozbawieniem danych chronionych odrębną ustawą, co z kolei angażuje środki materialne i osobowe podmiotu zobowiązanego do realizowania zadań innych niż te, do których został powołany.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie przyjmuje się, że użyte w art. 15 ust. 1 DostInfPubU sformułowanie «dodatkowe koszty» wskazuje, że nie chodzi o wszelkie koszty związane z żądaniem udostępnienia informacji publicznej. Koszty, które może podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej żądać od wnioskodawcy powinny niejako przekraczać «zwykłe koszty» funkcjonowania tego podmiotu, które wynikają z postawionych przed nim zadań. Nie można natomiast z kosztów postępowania czynić sobie źródła dodatkowych dochodów, czy też bariery dla wnioskodawców (por. P. Szustakiewicz, *Praktyka udostępniania informacji przez sądy na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*, WPP 2017/476–96). Żaden przepis nie sprzeciwia się uprawnieniu odzyskania kosztu pracy związanej z udostępnieniem informacji, jeżeli wykazane zostanie, że ów koszt przekracza normalne działanie pracownika w ramach wykonywania swoich obowiązków. Kosztem dodatkowym jest zatem wydatek rzeczywiście poniesiony ponad koszt funkcjonowania urzędu związany z realizacją wskazanego we wniosku sposobu udostępnienia informacji publicznej (por. wyrok NSA z 28 marca 2018 r., I OSK 1302/17). Koszty osobowe mogą być potraktowane jako dodatkowe tylko wówczas, jeżeli konieczność zatrudnienia dodatkowej osoby do udzielenia informacji lub zapłacenia za nadgodziny pracownikowi wynika tylko ze specjalnej, szczególnej formy lub sposobu jej udzielenia wskazanej we wniosku (por. M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2018)” (wyrok NSA z dnia 7 listopada 2019 r., I OSK 547/18, LEX nr 2866010).

- Czy można uzależnić wszczęcie postępowania od uprzedniego wniesienia opłaty?

NIE: „(...) nie istnieje możliwość uzależnienia wszczęcia postępowania w sprawie udostępnienia informacji publicznej od uprzedniego wniesienia opłaty, o której mowa w art. 15 DostInfPubU. Podmiot udostępniający daną informację nie może «z góry żądać» wniesienia tej opłaty”.

„12.3. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdza, że nie istnieje możliwość uzależnienia wszczęcia postępowania w sprawie udostępnienia informacji publicznej od uprzedniego wniesienia opłaty, o której mowa w art. 15 DostInfPubU. Podmiot udostępniający daną informację nie może «z góry żądać» wniesienia tej opłaty. Przepisy DostInfPubU nie przewidują bowiem możliwości uzależnienia wszczęcia postępowania w sprawie udostępnienia informacji publicznej od uprzedniego wniesienia opłaty. Wszczęcie tego postępowania następuje na wniosek, w momencie doręczenia podmiotowi zobowiązanego stosownego pisma (lub złożenia wniosku w formie ustnej)” (postanowienie NSA z dnia 1 października 2013 r., I OSK 2139/13, LEX nr 1397148).

WAŻNE! „Ustalenie wysokości opłaty za dostęp do informacji publicznej następuje w drodze aktu, stwierdzającego obowiązek poniesienia opłaty oraz ustalającego jej wysokość, który kreuje zobowiązanie o charakterze finansowym. Akt ten może być określony przykładowo jako: «zarządzenie», «zawiadomienie», «wezwanie», «informacja», czy nawet «postanowienie» (choć ostatnie z tych określeń nie jest właściwsze, ponieważ może wprowadzać w błąd) jak również może nie zawierać określenia formy i stanowić pismo skierowane do wnioskodawcy”.

„Ustalenie wysokości opłaty za dostęp do informacji publicznej następuje w drodze aktu, stwierdzającego obowiązek poniesienia opłaty oraz ustalającego jej wysokość, który kreuje zobowiązanie o charakterze finansowym. Akt ten może być określony przykładowo jako: «zarządzenie», «zawiadomienie», «wezwanie», «informacja», czy nawet «postanowienie» (choć ostatnie z tych określeń nie jest właściwsze, ponieważ może wprowadzać w błąd) jak również może nie zawierać określenia formy i stanowić pismo skierowane do wnioskodawcy. Samo zawarcie w treści pisma informacji o wysokości opłaty za udostępnienie informacji publicznej wypełnia dyspozycję normy z art. 15 ust. 2 DostInfPubU. Przyjęta nazwa pisma nie ma jednak znaczenia, gdyż nie jest to decyzja czy postanowienie, lecz akt z zakresu administracji publicznej, o którym mowa w art. 3 § 2 pkt 4 PostAdmU” (postanowienie NSA z dnia 1 października 2013 r., I OSK 2139/13, LEX nr 1397148).

– Zasada jawności w zamówieniach publicznych

52

Również na gruncie zamówień publicznych zasada jawności stanowiła przedmiot bogatego orzecznictwa. Jako reprezentatywne w tym zakresie wskazać można:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2020 r., KIO 2469/19, Legalis nr 2283728 („Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie”);
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2020 r., KIO 13/20, Legalis nr 2300796 („Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzeżił takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa”);

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia KIO 1818/19, Legalis nr 2256714 („Aby zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz zasadę przejrzystości, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien prowadzić w oparciu o przepisy i zasady Prawa zamówień publicznych. Jedną z zasad zapewniających przejrzystość i transparentność postępowania jest zasada wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Oznacza to, że nie jest prawidłowym postępowanie Zamawiającego polegające na bezzasadnym i bezpodstawnym utajnianiu treści dokumentu lub jego części”.);
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., KIO 1633/21, Legalis nr 2637212 („Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca «wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa». Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem «wykazał», co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie «oświadczenia», czy «deklarowania», ale stanowi znacznie silniejszy wymóg «udowodnienia». Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw «wykazać», czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.);
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r., KIO 80/2, LEX nr 3326928 („Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym za naganą należy uznać, dostrzeganą w praktyce orzeczniczej Izby tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzegania przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów, niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy”).

Jak wynika z powyższych orzeczeń, zasada jawności na gruncie u.p.z.p. nie ma charakteru absolutnego. Należy jednak pamiętać, że ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z zasadniczo jawnym postępowaniem o udzielenie zamówienia może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie.

Do takich przypadków uzasadniających ograniczenie jawności należy:

- zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 u.p.z.p.) – przy czym, co należy podkreślić, ochrona takich informacji jest uzależniona od skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia. W tym zakresie, ustawa nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia stosownego oświadczenia o zastrzeżeniu informacji, które zamierza objąć ochroną (wraz z przekazaniem tych informacji) oraz wykazanie, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Brak wypełnienia tychże warunków świadczy o tym, iż wykonawca odstępuje od zachowania informacji w poufności i tym samym zobowiązuje zamawiającego do potraktowania ich jako jawne. Na zamawiającym spoczywa również obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę było skuteczne. Weryfikacja w tym względzie nie powinna być powierzchowna i opierać się wyłącznie o ogólne deklaracje wykonawcy – zamawiający powinien wnikliwie zbadać, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz czy można uznać, iż zostały one przez niego „wykazane”, co należy rozumieć jako „złożenie dowodów” (więcej na ten temat w rozdziale „Przetarg nieograniczony”, podrozdział „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”, zob. nr 307);

- zastrzeżenie przez zamawiającego poufnego charakteru informacji przekazywanych w toku postępowania (art. 18 ust. 4 u.p.z.p.) – również zamawiający ma prawo zastrzec niektóre informacje, które zamierza przekazać wykonawcom w trakcie postępowania, jako poufne. Konieczność zachowania ich w poufności może wynikać z różnych względów, np. wewnętrznych wymagań regulaminowych występujących u zamawiającego, konieczności zapewnienia poufności informacji ustawowo chronionych, ochrony danych osobowych pracowników. Warunkiem zastrzeżenia jest określenie w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu wymagań w zakresie zapewnienia poufnego charakteru tych informacji. W szczególności zamawiający może uzależnić przekazanie poufnych informacji od złożenia przez wykonawcę zobowiązania do zachowania ich w poufności lub przewidzieć kary umowne za naruszenie obowiązków w zakresie bezpieczeństwa informacyjnego;
- ograniczenie jawności w zakresie danych osobowych lub wysokości wynagrodzenia w przypadku niektórych zamówień z wolnej ręki (art. 18 ust. 5 u.p.z.p.) – ustawa przewiduje możliwość nieujawniania określonych informacji, jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym. Mowa tutaj o:
 - danych osobowych – w przypadku, gdy mamy do czynienia z zamówieniem udzielonym w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b u.p.z.p. (tj. w sytuacji, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia);
 - wysokości wynagrodzenia – w przypadku, gdy mamy do czynienia z zamówieniem udzielonym w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. (tj. w sytuacji, dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej).

Ograniczenie jawności w zakresie wymienionych wyżej informacji dotyczy wyłącznie zamówień na dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwalu, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwale przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest uprzednie zastrzeżenie przez wykonawcę, iż dane te nie mogą być udostępniane. Zastrzeżenia wykonawca musi dokonać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- ochrona danych osobowych na podstawie przepisów RODO (art. 18 ust. 6 u.p.z.p.) – wskazany przepis art. 18 ust. 6 u.p.z.p. modyfikuje zasady udostępniania tzw. danych wrażliwych przekazanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi o dane osobowe wymienione w art. 10 RODO, a zatem informacje dotyczące wyroków skazujących oraz czynów zabronionych lub powiązanych środków bezpieczeństwa. Zgodnie z tym przepisem przetwarzania takich informacji można dokonywać wyłącznie pod nadzorem władz publicznych lub jeżeli przetwarzanie jest dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw i wolności osób, których dane dotyczą. Innymi słowy, za dane wrażliwe należy uznać dane osobowe ujawnione we właściwych rejestrach dotyczących karalności (np. w Polsce jest to informacja z Krajowego Rejestru Karnego). Przepis art. 18 ust. 6 u.p.z.p. przewiduje ograniczenie w udostępnianiu takich danych określając cel, jakiemu ma ono służyć (umożliwienie korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX ustawy, tj. odwołania, skargi do sądu zamówień publicznych oraz skargi kasacyjnej do SN) oraz termin (do momentu upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej). Oznacza to, że zamawiający udostępnia dane osobowe dotyczące karalności (np. informacji wynikających z informacji KRK złożonych przez wykonawcę w postępowaniu) jedynie wyłącznie dla celów skorzystania ze środków ochrony prawnej i tylko do momentu, aż termin na ich wniesienie nie upłynie.

Poza wskazanymi powyżej wyjątkami, zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania zasady jawności. Do głównych jej przejawów należy:

- udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami;

- publikacja ogłoszenia przez zamawiającego do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej oraz publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- zapewnienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ, jak i określenie, w jaki inny sposób zamawiający przekaze dane wrazliw w ogłoszeniu o zamówieniu;
- zapewnienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do OPIW, jak i określenie, w jaki inny sposób zamawiający przekaze dane wrazliw w ogłoszeniu o zamówieniu;
- obowiązek udostępnienia przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert;
- ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- ogłoszenie o wykonaniu umowy zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- informowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- informowanie odnośnie do unieważnienia postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

53

Ponieważ zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. f u.d.i.p. udostępnieniu podlega informacja publiczna, w szczególności o majątku, którym dysponują podmioty zobowiązane do udostępniania informacji, należy uznać, że ustawa ta może być stosowana do danych dotyczących zamówień poniżej wartości 130 tys. zł.

Tym samym, w sytuacji gdy dany podmiot jest zainteresowany wynikiem lub sposobem przeprowadzenia postępowania zamówienia o wartości poniżej 130 tys. zł, może złożyć wniosek o dostęp do informacji publicznej na podstawie art. 10 u.d.i.p. W związku z brzmieniem art. 2 ust. 2 u.d.i.p. wnioskujący nie ma obowiązku wykazania interesu prawnego lub faktycznego, zaś podmiot obowiązany na podstawie ustawy do udostępnienia informacji, nie ma nawet uprawnienia do żądania jego wykazania.

Zasada jawności w zamówieniach publicznych realizowana jest również przez rejestr umów. przewidziany ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2054 z późn. zm. z Dz. U. z 2022 r. poz. 1265). Ustawa ta wprowadziła zmiany w art. 34 ust. 1 u.f.p., gdzie po pkt 11 został dodany pkt 12, w którym rozszerzono katalog form realizacji zasady jawności finansów publicznych o umowy zawarte przez jednostki sektora finansów publicznych.

W dodanym art. 34a u.f.p. została wprowadzona instytucja rejestru umów zawartych przez jednostki sektora finansów publicznych. Rejestr ten jako system teleinformatyczny będzie prowadzony przez Ministra Finansów i ma zawierać informacje dotyczące umów zawartych przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym umów z zakresu zamówień publicznych, które mogą podlegać udostępnieniu na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902). Przy czym znajdują do niego odpowiednio zastosowanie art. 5 ust. 1, 2 i 2a u.o.d.i.p. (tj. ograniczona będzie jawność umów w zakresie, w jakim dotyczy to tajemnic ustawowo chronionych, danych prywatnych osoby fizycznej, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z uwzględnieniem zasad określonych w przepisach o przymusowej restrukturyzacji) (art. 34a ust. 3 u.f.p.). W takim przypadku w rejestrze zamieszcza się informację o zakresie wyłączenia, podstawie prawnej wyłączenia jawności oraz wskazuje się organ lub osobę, które dokonały wyłączenia lub podmiot, w interesie którego dokonano wyłączenia jawności informacji podawanych w rejestrze (art. 34a ust. 8 u.f.p.).

W rejestrze umów nie będzie się zamieszczać informacji o umowach zawartych w wyniku rozstrzygnięcia zamówień oraz konkursów, o których mowa w art. 12 ust. 1 u.p.z.p. (czyli tych, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych lub którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, a ponadto zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa) (art. 34a ust. 4 u.f.p.).

W rejestrze umów zamieszcza się natomiast informacje o umowach zawartych w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej albo innej formie szczególnej, których wartość przedmiotu przekracza 500 zł (art. 34a ust. 5 u.f.p.). W rejestrze podaje się takie informacje jak: numer umowy – o ile taki nadano, datę i miejsce zawarcia umowy, okres obowiązywania umowy, oznaczenie stron umowy, w tym przedstawicieli stron, określenie przedmiotu umowy, wartość przedmiotu umowy, informacje o źródłach i wysokości współfinansowania

przedmiotu umowy (art. 34a ust. 6 u.f.p.). Ponadto podawane są również informacje o uzupełnieniu lub zmianie umowy, rozwiązaniu za zgodą stron umowy, jak również informacje o odstąpieniu od umowy, jej wypowiedzeniu lub wygaśnięciu (art. 34a ust. 7 u.f.p.).

Dane udostępniane w rejestrze umów wprowadzają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy lub zaistnienia podstaw do wyłączenia jawności informacji (art. 34a ust. 9 i 10 u.f.p.). Dane w rejestrze umów są powszechnie dostępne (art. 34a ust. 10 u.f.p.).

Za niewykonanie lub niedopuszczenie do wykonania obowiązku prowadzenia, aktualizacji, udostępnienia lub wprowadzania danych do rejestru umów albo podanie w nim nieprawdziwych danych grozi grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 34b u.f.p.).

Minister właściwy do spraw finansów publicznych określa, po zasięgnięciu opinii Państwowej Komisji Wyborczej, w drodze rozporządzenia, wzór rejestru umów, mając na uwadze konieczność zapewnienia kompletności, jednolitości i przejrzystości informacji zamieszczanych w tym rejestrze oraz łatwości wyszukiwania tych informacji (art. 4 ust. 10 ustawy z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 2054).

Zmiany ustawy o finansach publicznych wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2024 r.

c. Zasada pisemności i języka polskiego

Ustawa – Prawo zamówień publicznych w art. 20 statuuje zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która przejawia się m.in. w obowiązku dokumentowania wszystkich czynności zamawiającego, jak również zastrzeżenie formy pisemnej *ad solemnitatem* umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 432 u.p.z.p.).

Warto w tym miejscu również wskazać, że w świetle art. 7 pkt 16 u.p.z.p. ustawodawca przez pojęcie pisemności rozumie sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jest to zatem jeden z przejawów uregulowanej w art. 77² k.c. formy dokumentowej, ograniczony jednak do plików tekstowych (nie zaś dźwiękowych lub wideo). Tym samym, ustanawiając zasadę pisemności, ustawodawca miał na myśli nie tylko konieczność dokumentowania postępowania za pomocą dokumentów w ujęciu tradycyjnym („papierowych”), ale również w postaci elektronicznej, w tym oświadczeń składanych w formie elektronicznej (opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Zasadniczo jednak wprowadzenie do ustawy – Prawo zamówień publicznych pojęcia „pisemność” służy usprawnieniu komunikacji w postępowaniu. Zauważyć bowiem należy, iż pisemność (co jest charakterystyczne dla formy dokumentowej) całkowicie odrywa się od wymogu składania podpisu. Nie będzie zatem zasadne domaganie się przez zamawiającego, aby oświadczenia wykonawcy, dla których ustawa nie wymaga formy szczególnej (pisemna/elektroniczna), opatrywane były podpisem. Przykładowo wskazać można, iż takimi oświadczeniami będą: zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 4 u.p.z.p.), zgoda na wybór oferty po upływie terminu związania (art. 252 ust. 2 u.p.z.p.), wszelkiego rodzaju wyjaśnienia, np. treści oferty (art. 223 ust. 1 u.p.z.p.), czy w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 224 u.p.z.p.). Ich treść może być przekazywana przez wykonawcę jako zawartość poczty elektronicznej (e-mail), czy też odpowiedniego formularza przeznaczonego do komunikacji w używanym przez zamawiającego narzędziu zakupowym (np. platformie).

Kolejnym przejawem zasady pisemności jest również obowiązek komunikacji zamawiającego z wykonawcami zgodnie z zasadami określonymi w ustawie. Przepisy regulujące tę kwestię zostały ujęte w rozdziale 7 działu I u.p.z.p. Najważniejszą wytyczną w tym względzie statuuje art. 61 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, czyli wszelka komunikacja w postępowaniu lub konkursie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (za pomocą plików tekstowych). Wyjątkowo dopuszczalna jest komunikacja ustna (art. 61 ust. 2 u.p.z.p.): jeżeli odbywa się ona w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do informacji, które nie są istotne. Za takie informacje ustawodawca uznał w szczególności dane, które nie dotyczą ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów

zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych. Zasadniczo, niedopuszczalne zatem będzie telefoniczne udzielanie przez zamawiającego wyjaśnień do treści SWZ (winno to odbywać się zgodnie z art. 135 u.p.z.p.), ale już telefoniczne kontaktowanie się w celu potwierdzenia otrzymania danej wiadomości, powinno zostać uznane za bezsprzecznie dopuszczalne. Należy również pamiętać, że komunikacja ustna musi zostać udokumentowana (np. za pomocą protokołu lub notatki służbowej).

Zasada pisemności gwarantuje zachowanie przejrzystości postępowania – dzięki bowiem odpowiedniej komunikacji oraz przestrzeganiu obowiązków w zakresie dokumentowania czynności zamawiającego, wykonawcy uzyskują pełny i równy dostęp do dokumentów zamówienia, informacji dotyczących postępowania czy protokołu. Umożliwia to wykonawcom bieżące weryfikowanie prawidłowości czynności zamawiającego. Rozdział 8 działu I u.p.z.p. zawiera regulacji dotyczące obowiązku i zasad dokumentowania przebiegu postępowania. Podstawowym dokumentem w tym względzie jest protokół postępowania (art. 71 u.p.z.p.).

Z zasadą pisemności powiązana jest również zasada prowadzenia postępowania w języku polskim (art. 20 ust. 2 u.p.z.p.). Przede wszystkim wiąże się ona z obowiązkami po stronie zamawiającego, który zobligowany jest do sporządzenia dokumentów zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, informacji, protokołu postępowania i innych dokumentów w języku polskim. Wyjątkowo zamawiający może w innym języku sporządzić dokumenty oraz dokonywać niektórych czynności w postępowaniu, w szczególności prowadzić negocjacje. W takich sytuacjach dopuszczalne jest stosowanie jednego z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 20 ust. 4 u.p.z.p.). Możliwe jest również odstąpienie od stosowania języka polskiego w odniesieniu do wykonawców – zamawiający ma prawo bowiem dopuścić możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacjom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 20 ust. 3 u.p.z.p.). Co jednak istotne, taka możliwość musi zostać przewidziana w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, co gwarantuje zachowanie zasady przejrzystości.

Wydatkowanie środków do 130 tys. zł, ponieważ nie jest objęte reżimem ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie podlega wprost obowiązkom wynikającym z zasady pisemności. W szczególności pojawiają się wątpliwości co do obowiązku zawierania umowy w formie pisemnej (tym bardziej pod rygorem nieważności) oraz dokonywania czynności w formie pisemnej czy elektronicznej w ramach procedury udzielania zamówienia „doprogowego”, jak również sposobów komunikacji (pisemna/ustna).

Jak zasygnalizowano w podrozdziale „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków” (zob. nr 61), wytyczne przewidują wiele obowiązków związanych z dokumentowaniem podejmowanych przez zamawiającego czynności, co ma zapewnić realizację zasady pisemności. Wytyczne m.in. rekomendują gromadzenie środków dowodowych potwierdzających przeprowadzenie rozeznania rynku, czy sporządzenie protokołu postępowania w przypadku procedury przeprowadzanej zgodnie z zasadą konkurencyjności. Zasada pisemności realizowana jest również poprzez zawieranie umów w formie pisemnej w przypadku zamówień o wartości powyżej 50 tys. zł netto, a w przypadku umów zawieranych po przeprowadzeniu rozeznania rynku – poprzez dokumentowanie ich realizacji za pomocą dokumentów księgowych.

Wytyczne jednak znajdują zastosowanie do zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Rodzi się zatem pytanie, na ile zachowanie formy pisemnej jest konieczne w stosunku do zamówień finansowanych w całości ze środków zamawiającego. Ponieważ, w tym zakresie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, konieczne jest sięgnięcie do regulacji Kodeksu cywilnego.

Podstawę w tym względzie stanowi przepis art. 60 k.c., zgodnie z którym z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). W aktualnym stanie prawnym nie obowiązuje już art. 75 k.c., zgodnie z którym czynność prawna obejmująca rozporządzenie prawem, którego wartość przenosi dwadzieścia milionów złotych, jak również czynność prawna, z której wynika zobowiązanie do świadczenia wartości przenoszącej 20 mln zł powinna być stwierdzona pismem.

Kodeks cywilny reguluje formę poszczególnych rodzajów czynności prawnych. W przypadku umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 648 § 1 k.c. powinna być ona stwierdzona pismem. Brak dookreślenia rygору związanego z formą umowy o roboty budowlane oznacza, iż wymagana jest tylko *ad probationem*. Zatem brak

dochowania formy pisemnej umowy o roboty budowlane wiąże się jedynie z wyłączeniem możliwości przeprowadzenia dowodu ze świadków lub z przesłuchania stron na potwierdzenie okoliczności jej zawarcia, chyba że żadna ze stron nie sprzeciwi się przeprowadzeniu takiego dowodu [komentarz do art. 648 k.c. (w:) M. Fras (red.), M. Habdas Magdalena (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535–764⁹), Warszawa 2018]. Rygor nieważności ustawodawca przewidział jedynie w stosunku do umów o podwykonawstwo, choć konstrukcja przepisu art. 647¹ § 2 k.c. wskazuje, że wystarczająca byłaby forma pisemna *ad eventum* [komentarz do art. 647¹ k.c. (w:) M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535–764⁹), Warszawa 2018].

Z powyższego wynika zatem, iż z punktu widzenia interesu zamawiającego zasadne jest zawieranie umów o roboty budowlane w formie pisemnej, choćby ze względów dowodowych. Jest to szczególnie istotne dla zamawiającego z punktu widzenia ewentualnych przyszłych kontroli udzielonych zamówień „doprogowych”. Warto pamiętać, że brak dochowania formy pisemnej uniemożliwia również zabezpieczenie innych interesów zamawiającego, np. przewidzenia kar umownych za naruszenie postanowień umownych czy uregulowania szczegółowych zasad wypowiedzenia, czy odstąpienia od umowy.

Z kolei w odniesieniu do dostaw lub usług, przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują żadnych szczególnych postanowień regulujących formę zawieranej umowy. Zamawiający zatem dysponuje w tym zakresie pewną swobodą. Przyjęcie formy pisemnej w przypadku konkretnego zamówienia na dostawę lub usługi uzależnione jest w głównej mierze od jego wartości i przeznaczenia, a sama umowa będzie mieć jedynie walor dowodowy w związku z brzmieniem art. 76 k.c.:

„Jeżeli strony zastrzegły w umowie, że określona czynność prawna między nimi ma być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy. Jednakże gdy strony zastrzegły dokonanie czynności w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej, nie określając skutków niezachowania tej formy, w razie wątpliwości poczytuje się, że była ona zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych”.

Wydaje się zatem, że w przypadku zamówienia na dostawę lub usługę jednorazową o nieznaczej wartości (np. zakup artykułów spożywczych lub biurowych czy usługę naprawy sprzętu komputerowego) nie jest konieczne zawieranie umów w formie pisemnej. Za wystarczające, w świetle Wytycznych, należałoby uznać udokumentowanie zamówienia za pomocą faktury lub rachunku (oczywiście pod warunkiem, że wartość zamówienia nie przekroczy progu 50 tys. zł netto w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej).

Z kolei usługi lub dostawy realizowane w częściach lub cyklicznie w dłuższym przedziale czasowym (np. powtarzające się okresowo) uzasadniają zawarcie umowy w formie pisemnej. Jedynie bowiem za pomocą umowy zostaną zabezpieczone interesy zamawiającego związane z ewentualną zmianą cen (np. poprzez zawarcie odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej) czy ze sposobem realizacji zamówienia (np. poprzez uregulowanie procedury składania zleceń i określania terminów ich wykonania).

W odniesieniu do postępowań nieobjętych regulacjami Wytycznych zastosowanie znajdą w tym względzie funkcjonujące u zamawiających regulaminy dokonywania zakupów o wartości do 130 tys. zł.

d. Zasada efektywności ekonomicznej

W regulacjach poprzedniej ustawy zasada efektywności ekonomicznej nie była sformułowana wprost. Została ona wprowadzona *explicite* dopiero w obecnej ustawie – Prawo zamówień publicznych i uregulowana w jej art. 17. Niemniej znana ona była już w dotychczasowym obrocie prawnym. Wynikała przede wszystkim z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.):

„Do rangi zasad obowiązujących w toku wykonywania budżetu podniesiono zasadę efektywności wykorzystania środków publicznych. Efektywny oznacza tyle, co skuteczny, wydajny, dający pozytywne wyniki” – uchwała RIO w Krakowie z dnia 6 listopada 2013 r., KI-412/249/13.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ra-

mach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zasada efektywności kładzie więc nacisk na aspekt planowania w zakresie udzielania zamówień publicznych, zobowiązując zamawiających do bardziej „świadomego” wydatkowania środków i brania pod uwagę szerszego kontekstu przy ustalaniu swoich potrzeb oraz sposobu ich zaspokojenia.

W przypadku zamówień powyżej progów unijnych zasada ta jest realizowana m.in. poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego odpowiedniej analizy potrzeb i wymagań oraz wstępnych konsultacji rynkowych (art. 83 i 84 u.p.z.p.) (więcej na ten temat w rozdziale „Przygotowanie postępowania”, zob. nr 96 i n.). W przypadku zamówień „doprogowych” taki obowiązek nie wynika z przepisów ustawowych, jednak niewątpliwie, zanim zamawiający dokona szacowania wartości zamówienia, powinien on przeanalizować swoje zapotrzebowanie na określone dostawy, usługi lub roboty budowlane oraz podjąć stosowne decyzje i działania co do najbardziej efektywnego sposobu zaspokojenia swoich potrzeb.

Zasada efektywności obliguje bowiem każdego zamawiającego do dokonywania zakupów, które w sposób odpowiedni zaspokajają będą jego potrzeby. Przygotowując i przeprowadzając postępowanie, zamawiający powinien więc dążyć do nabycia dóbr o jak najlepszej jakości. Oznacza to w szczególności konieczność prawidłowej identyfikacji swoich potrzeb, a następnie, po podjęciu decyzji, iż zakup w systemie zamówień publicznych jest najlepszym sposobem ich zaspokojenia, należytego przygotowania i przeprowadzenia właściwej procedury. W szczególności zamawiający powinien rozważyć, czy tryby przetargowe będą najbardziej optymalnymi do dokonania zakupu oraz czy, a jeżeli tak, to jakie, kryteria jakościowe powinien zastosować do oceny ofert. Alternatywą w tym względzie może być realizacja danych zadań siłami własnymi zamawiającego bądź skorzystanie z procedur przewidzianych ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, czy też szerzej, ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zaznaczyć jednak należy, że ani umowa koncesji, ani PPP nie będą właściwe do realizacji projektów o niskiej wartości, w tym w szczególności nieprzekraczających 130 tys. zł.

Przepis art. 17 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. posługuje się pojęciem jakości „uzasadnionej charakterem zamówienia”. W ocenie autorki oznacza to, że zamawiający pozostaje ograniczony, w szczególności w dążeniu do osiągnięcia jak najwyższej jakości, konkretnym przeznaczeniem danego dobra. Nie może zatem dokonywać zakupu o zbyt wygórowanej jakości, nieuzasadnionej rodzajem czynności/działalności/obowiązków służbowych osób, które będą z nich korzystać, realizując zadania publiczne. Przykładowo wskazać można, iż nie będzie uzasadniony charakterem zamówienia zakup komputera umożliwiającego odsłuchiwanie w wysokiej jakości plików audio-video (filmy, gry komputerowe), w sytuacji, w której sprzęt ten ma być narzędziem pracy urzędnika biurowego, czy też zatrudnionego w tzw. okienku przeznaczonym do obsługi petentów w urzędzie publicznym. Z kolei, zgodnie z paremią, że „z pustego i Salomon nie naleje”, nie będzie można postawić zamawiającemu zarzutu zakupu dobra o zbyt niskiej jakości, jeżeli nie będzie on dysponował wystarczającymi środkami na jego nabycie. Przepis art. 17 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. jednoznacznie bowiem wprowadza ograniczenia w nabywaniu „najlepszej jakości” poprzez doprecyzowanie, że dokonywane ono jest „w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć”.

Innymi słowy, zamawiający określając poziom jakości zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych ograniczony jest dwoma czynnikami: charakterem zamówienia oraz środkami, jakimi dysponuje na ich realizację.

Z regulacji art. 17 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. wynika natomiast, że dodatkowo zamawiający powinien zawsze mieć na uwadze cele strategiczne realizowane przez system zamówień publicznych, w tym w szczególności aspekty społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze. Zamawiający zatem powinien rozważyć nie tylko planowany efekt bezpośrednio uzyskany poprzez zakup (tj. zaspokojenie swojej/publicznej potrzeby na odpowiednio wysokim poziomie), ale także szerszy kontekst udzielania zamówień. Jest to niezwykle istotne z uwagi na fakt, że w ramach zakupów publicznych mogą, a wręcz powinny być zaspokajane nie tylko potrzeby publiczne, ale również realizowane cele związane z ochroną środowiska, rozwojem innowacyjnej gospodarki czy też pomocy w funkcjonowaniu na rynku pracy osobom z tzw. grup defaworyzowanych. Jednak także w tym względzie zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem i nie podejmować prób realizacji tych celów strategicznych za wszelką cenę, we wszystkich prowadzonych przez siebie postępowaniach. Ograniczać go zawsze będą kalkulacja nakładów niezbędnych do poniesienia oraz specyfika danego zamówienia, częstokroć uniemożliwiające

bądź czyniące nieopłacalnym realizację czegokolwiek innego niż wyłącznie zaspokojenie konkretnej potrzeby publicznej. Kwestie zrównoważonych zamówień poruszone w szczególności zostały w opracowanej przez Radę Ministrów Polityce Zakupowej Państwa przyjętej uchwałą nr 6 z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa (Dz. U. poz. 125) (dostępna na stronie internetowej pod adresem: <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/rada-ministrow-przyjela-polityke-zakupowa-panstwa>). Uzasadnione, a w zasadzie obowiązkowe, wydaje się również kierowanie się przez sektor publiczny wytycznymi wynikającymi z opracowanego przez Urząd Zamówień Publicznych dokumentu „Zamówienia publiczne na rzecz włączenia społecznego”, Warszawa 2021 (dostępna na stronie internetowej pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/publikacje-z-obszaru-spoecznych-zamowien-publicznych2>).

W kontekście zasady efektywności wspomina się także o koncepcji Value for Money (VfM). Jak wskazano w publikacji *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021:

„Koncepcja ta zasadza się na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele, a jednocześnie aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań, w szczególności dotyczących jakości i ilości. W skrócie VfM jest opisywana jako równowaga kosztu, jakości oraz ilości. VfM stanowi kombinację czterech elementów:

- 1) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie kosztów własnych związanych z organizacją postępowań,
- 2) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie ceny płaconej przez zamawiającego wykonawcy i innych kosztów ponoszonych przez zamawiającego związanych z realizacją zamówienia, w tym związanych z nabyciem, a następnie z użytkowaniem przedmiotu zamówienia,
- 3) wydajności, inaczej produktywności działań podejmowanych w związku z prowadzeniem postępowania oraz realizacją przedmiotu zamówienia oraz
- 4) efektywności rozumianej jako osiąganie pozytywnych, najlepszych z możliwych rezultatów ilościowych i jakościowych w ramach wcześniej założonych przez zamawiającego celów.

Celem tej koncepcji jest wybór takiej oferty, która przedstawia najbardziej optymalną relację ceny, kosztów cyklu życia i jakości oraz jej przydatności do osiągnięcia przez realizację zamówienia wcześniej założonych celów”.

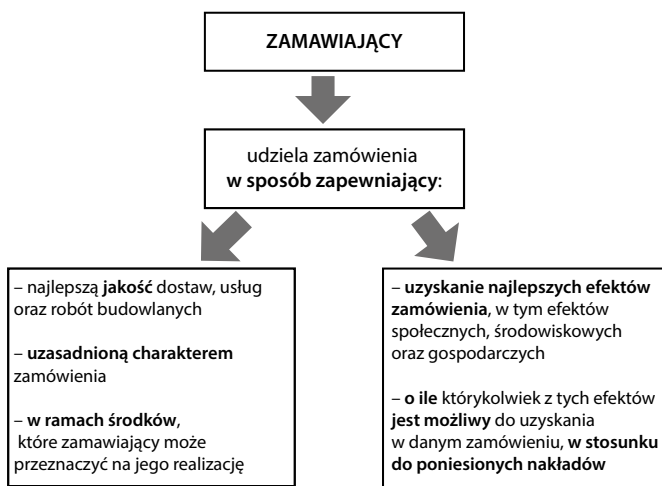
W swoim komentarzu Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę na adekwatność tej koncepcji w odniesieniu do zasady efektywności. Jak zauważono, przejawem koncepcji VfM w praktyce zamówień publicznych jest dążenie zamawiających do wyboru oferty gwarantującej najkorzystniejszy bilans jakości zamówianych dostaw, usług lub robót budowlanych w stosunku do ceny ich nabycia lub kosztów, jakie w związku z nimi ponosić będzie zamawiający¹. Stąd tak kluczowe dla procesu udzielania zamówień jest ustalanie przez zamawiających odpowiednich kryteriów oceny ofert, gdyż to na ich podstawie dokonywany jest wybór oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie zwrócono uwagę, iż błędem jest ograniczanie zasady efektywności wyłącznie do aspektu ekonomicznego. W udzielaniu zamówień nie chodzi bowiem wyłącznie o opłacalność przedsięwzięcia, jak zasygnalizowano powyżej, zamawiający powinien mieć również na uwadze inne cele, o strategicznym znaczeniu (związane z ochroną środowiska, ochroną określonych grup społecznych itp.). To zaś w konsekwencji wiąże się z koniecznością niezwykle uważnego planowania udzielania zamówień, wykraczającego poza dotychczasową praktykę ograniczającą się do ustalania potrzeb zamawiającego z uwzględnieniem budżetu. Zasada efektywności wymusza na zamawiających branie pod uwagę w procesie planowania również wartości niematerialnych, jakie wiąże się z realizacją danego zamówienia. Innymi słowy, zamawiający powinien swoją strategię zakupową dostosować do realizowanych celów. Takie podejście do planowania zamówień będzie wpływać na to, czy zamawiający zdecyduje się np. na łączne udzielenie zamówienia, bądź podzielnie go na części, na prowadzenie postępowania wspólnie z innymi zamawiającymi albo samodzielnie, określenie precyzyjnie parametrów przedmiotu zamówienia, czy też skorzystanie z trybu negocjacyjnego pozwalającego na doprecyzowanie warunków wspólnie z wykonawcami znającymi najnowsze rozwiązania techniczne².

¹ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021.

² *Prawo zamówień publicznych...*, Urząd Zamówień Publicznych.

Rysunek 17. Zasada efektywności*



* art. 17 ust. 1–2 u.p.z.p.

Źródło: opracowanie własne.

Przykłady urzeczywistnienia zasady efektywności w ustawie:

- art. 61–70 u.p.z.p. – komunikacja zamawiającego z wykonawcami – wpływająca na zwiększenie konkurencji i poprawę efektywności udzielenia zamówień;
- art. 83 u.p.z.p. – analiza potrzeb i wymagań zamawiającego publicznego – służący lepszemu przygotowaniu procesu udzielenia zamówienia publicznego, który ma bezpośredni wpływ na kolejne etapy procesu zakupowego;
- art. 84 u.p.z.p. – wstępne konsultacje rynkowe zamawiającego – w celu jak najpełniejszego dostosowania postępowania do wymagań zamawiającego;
- art. 99 u.p.z.p. – zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia;
- art. 112 u.p.z.p. – katalog warunków udziału w postępowaniu – wskazujący wprost „minimalne poziomy zdolności” celem umożliwienia jak najszerszej grupie wykonawców możliwość ubiegania się o udział w postępowaniu;
- art. 129 u.p.z.p. – tryby udzielania zamówień;
- art. 241–245 u.p.z.p. – dotyczące oceny kryteriów jakościowych;
- art. 275 u.p.z.p. – tryb podstawowy; wariantowość – negocjacje w celu ulepszenia treści ofert (nie mogą one jednak prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia);
- art. 466 u.p.z.p. – raport z realizacji zamówienia – w przypadku problemów przy zamówieniu, nakłada na zamawiającego obowiązek sporządzenia raportu celem uniknięcia komplikacji w podobnych zamówieniach w przyszłości.

e. Zasada przejrzystości

Ustawodawca unijny w art. 18 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE określił, iż instytucje zamawiające działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zasada przejrzystości znalazła odzwierciedlenie w ustawie krajowej w art. 16 pkt 2 u.p.z.p.

Syntetycznie rzecz ujmując, można sformułować tezę, iż nakłada ona na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób transparentny, jednoznaczny i czytelny, oraz ustalenia

wszystkich warunków zamówienia z góry, w sposób klarowny i jednoznaczny – dzięki czemu wszyscy potencjalni zainteresowani danym postępowaniem, na samym jego początku, będą znali wymogi instytucji zamawiającej. Upraszczając, zasadę tę określa wytyczna – „reguły gry w postępowaniu muszą być znane od początku wszystkim, na równych zasadach i pozostać niezmiennie aż do jej zakończenia”.

Oznacza to więc po pierwsze, konieczność formułowania przez zamawiającego swoich wymagań w sposób jednoznaczny i dostatecznie precyzyjny, a po drugie, zachowania ich niezmienności (po upływie terminu składania ofert) oraz stosowania się do nich. Zasada przejrzystości gwarantuje więc, iż zamawiający będzie postępował w sposób obiektywny, nie zaś arbitralny, zgodnie z uprzednio ustalonymi regułami. Pozwala to równocześnie na kontrolowanie prawidłowości czynności zamawiającego.

„To zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyslać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca” (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2019 r., KIO 42/19, LEX nr 2631833).

Zasada przejrzystości jest szczególnie istotna przy sporządzaniu warunków udziału w postępowaniu, opisie przedmiotu zamówienia oraz kryteriach oceny ofert – w zakresie tych warunków zamówienia stosowanie zrozumiałych i precyzyjnych sformułowań jest szczególnie istotne, gdyż od ich brzmienia wykonawcy uzależniają swoją decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu.

Zatem zasada ta już na wstępie umożliwia wykonawcy ocenę, czy faktycznie będzie w stanie sprostać stawianym wymaganiom.

W związku z tym wszelkie dokumenty przygotowywane przez zamawiającego powinny być formułowane w sposób jednoznaczny oraz zrozumiałym językiem. W orzecznictwie co do zasady przyjmuje się regułę, iż wątpliwości związane z treścią przygotowanych przez zamawiającego dokumentów powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Za reprezentatywne w tym względzie można uznać następujące wyroki:

- „(...) zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13, LEX nr 1412584);
- „(...) zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy” (wyrok SO w Nowym Sączu III Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, LEX nr 1835613);
- Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2018 r., KIO 1557/14, LEX nr 1515464);
- „Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy” (uchwała KIO z dnia 12 kwietnia 2018 r., KIO/KD 10/18, LEX nr 2507592);
- „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy” (wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 4 lipca 2019 r., IV CSK 363/18, LEX nr 2691628).

W konsekwencji ważnym przejawem zasady przejrzystości jest również stosowanie się do reguły, iż zamawiający nie może wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji, jeżeli nie zostały one wprost przewidziane w ustawie lub warunkach zamówienia. Co więcej, w kontekście negatywnych konsekwencji lub sankcji zasada przejrzystości może doznawać pewnego ograniczenia na rzecz zasady proporcjonalności – w niektórych przypadkach zamawiający powinien wręcz odstąpić od stosowania sankcji wobec wykonawcy, jeżeli jest ona nieproporcjonalnie duża w stosunku do stwierdzonego naruszenia (np. uznanie za złożone wyjaśnień bądź żądanych dokumentów, jeżeli wykonawca spóźnił się nieznacznie z ich złożeniem). Tym samym, również zasada przejrzystości nie ma charakteru absolutnego.

57

Z zasadą przejrzystości łączy się również **obowiązek dokumentowania przez zamawiającego dokonywanych w postępowaniu czynności**.

Pozostaje ona w ścisłym związku przede wszystkim z zasadą jawności i pisemności.

Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych zasada ta realizowana jest w szczególności poprzez:

- art. 67 u.p.z.p. – **obowiązki informacyjne dotyczące stosowanych środków komunikacji elektronicznej;**
- art. 74 u.p.z.p. – **udostępnianie protokołu postępowania oraz załączników;**
- art. 88 u.p.z.p. – **udostępnianie ogłoszenia na stronie internetowej prowadzącego postępowanie oraz w innych miejscach;**
- art. 253 u.p.z.p. – **obowiązki informacyjne zamawiającego po wyborze oferty; publikacja informacji;**
- art. 260 u.p.z.p. – **obowiązki informacyjne zamawiającego związane z unieważnieniem postępowania;**
- art. 318 u.p.z.p. – **udostępnianie informacji o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów.**

f. Zasada proporcjonalności

58

Zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3, nakłada na zamawiającego **powinność stosowania jedynie racjonalnych oraz adekwatnych środków wobec wykonawców** (ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego), **bez których nie byłoby możliwe osiągnięcie celu zamówienia**.

Jak słusznie skonstratowała KIO:

„Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania” (wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r., KIO 1052/20, LEX nr 3044315).

Zatem jednym z przejawów zasady proporcjonalności jest takie formułowanie warunków udziału w postępowaniu, które z jednej strony zapewni zamawiającemu wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, a z drugiej nie doprowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Stąd zamawiający powinien określać wymagania względem wykonawców na niezbędnym, minimalnym poziomie. Zasada proporcjonalności nie ogranicza się jednak do określonego sposobu formułowania warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert. Ma ona znaczenie w odniesieniu do wszystkich czynności zamawiającego, a zwłaszcza wówczas, gdy jej skutki negatywnie wpływają na sytuację wykonawcy.

Z uwagi na swoją bardzo wysoką rangę w prawie unijnym i szeroki zakres zastosowania zasada proporcjonalności ma charakter zbliżony do innych zasad prawa o charakterze powszechnym, takich jak: zasada niedziałania prawa wstecz czy też zasada *pacta sunt servanda*. W doktrynie łączy się ją z zasadą rządów prawa i zasadą mi pewności prawa, ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz nieretroaktywności prawa.

[https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7589/1/S_Golec_Zasada_proporcjonalnosci_jako_podstawa_rozstrzygnięcia_sadu_administracyjnego.pdf]

O zasadzie proporcjonalności jest mowa m.in. w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa klasyczna). Wymaga ona, by akty instytucji zamawiających nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego **niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów** (wyrok TSUE z dnia 5 maja 1998 r. w sprawie C-157/96 *National Farmers' Union i in.*, Rec. s. I-2211, pkt 60; por. również wyrok TSUE z dnia 14 marca 2014 r., T-297/11, teza 10).

Zgodnie więc z tą ogólną zasadą prawa Unii Europejskiej normy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające podczas stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie powinny wykra-

czać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celów określonych w tych dyrektywach (zob. podobnie wyroki: z dnia 8 lutego 2018 r., C-144/17, *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78, pkt 32; z dnia 30 stycznia 2020 r., C-395/18, *Tim*, EU:C:2020:58, pkt 45).

W wyroku z dnia 14 marca 2017 r., KIO 371/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że definicji zasady proporcjonalności należy szukać w orzecznictwie, które jednoznacznie potwierdza, że:

„zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom”.

O zasadzie proporcjonalności niejednokrotnie wypowiadał się również Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 14 czerwca 2004 r., SK 21/03, stwierdził, że:

„Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że «spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu»”.

Istotę zasady proporcjonalności bardzo dobrze ujął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 27 października 2015 r., w sprawie C-234/03 *Conte SA, Vivirol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (Ingesa)*. Z wyroku wnika bowiem, że:

„(...) przepisy krajowe, które mogą ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych wolności zagwarantowanych przez Traktat, aby mogły zostać uznane za zgodne z art. 43 WE i 49 WE, powinny, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, spełniać cztery przesłanki: powinny być stosowane w sposób niedyskryminujący, powinny być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego, powinny być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia (...)”.

W świetle ww. wyroku nieproporcjonalność oznacza zatem nadmierność.

Skierowany do zamawiających obowiązek działania w sposób proporcjonalny implikuje konieczność stosowania dwustopniowego modelu oceny stosowanych środków (wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. C-414/97 *Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii*) pod kątem: – czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu; – jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym, czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu; czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2018 r., KIO 857/18, LEX nr 2539126).

Ocena proporcjonalności powinna się zawsze odbywać w stosunku do konkretnego celu i środka, a nie w sposób ogólny czy abstrakcyjny. Analiza spełnienia przesłanek tej zasady wymaga ustalenia realizowanego celu oraz podejmowanych środków, a następnie oceny, czy przedmiotowe środki są właściwe i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia planowanego celu.

Podobnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 10 lipca 2014 r., C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici przeciwko Comune di Milano*, gdzie stwierdzono:

„Jednakże takie ograniczenie może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego, oraz w zakresie, w jakim zachowuje zasadę proporcjonalności, to znaczy jest właściwe dla zagwarantowania realizacji tego celu i nie wykracza poza to co niezbędne dla jego osiągnięcia (...)”.

Waga zasady proporcjonalności jest podkreślana również w piśmiennictwie europejskim, wskazuje się, że zasada proporcjonalności wymaga w ogólności, aby „podjęte działania były proporcjonalne do celów” [tak m.in. Sue Arrowsmith w publikacji *The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK*, Vol. 1, Third Edition, nb. 7–24], oraz że zasada proporcjonalności jest istotna w kontekście interpretacji przepisów dyrektyw „w sposób zbalansowany (wyważony), taki który ograniczy proceduralne obciążenia zarówno dla zamawiających jak i wykonawców (co jest istotne zarówno z samej zasady jak i dla wspierania krajowych i unijnych celów poprzez zachęcanie do udziału w postępowaniach zamówieniowych najlepszych wykonaw-

ców), oraz uniknięcia innych niepotrzebnych ograniczeń swobód władz krajowych w zakresie realizacji ich celów, dostosowanych do konkretnych okoliczności” [tamże, nb. 7–25].

Jednym z celów przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję oraz zapewnienie, by w postępowaniu przetargowym uczestniczyła jak największa liczba oferentów – cel ten leży ponadto w interesie instytucji zamawiającej, która będzie dysponować większą liczbą ofert, co pozwoli na wybór najkorzystniejszej propozycji ze strony wykonawców. Jak wskazał Rzecznik Generalny w opinii z dnia 28 stycznia 2021 r. dotyczącej sprawy C-6/20 – instytucje zamawiające zobowiązane są do przestrzegania zasady równości i niedyskryminacji w traktowaniu wykonawców oraz zasady proporcjonalności środków. Oznacza to m.in., że instytucje zamawiające mogą stosować określone środki lub wymagania jedynie wtedy, gdy nie istnieje mniej restrykcyjny środek, pozwalający osiągnąć określony cel. Wszelkie ograniczenia lub obciążenia po stronie wykonawcy możliwe są zatem tylko wtedy, gdy realizowany przez nie cel nie może być osiągnięty za pomocą ograniczeń o mniejszym zakresie lub wywierających mniejszy wpływ na handel wewnątrzwspólnotowy.

Konkurencja w postępowaniu powinna więc być osiągana m.in. za pomocą proporcjonalnych środków, które rozumiane są jako „adekwatne do zakładanego celu”. Zamawiający w wątpliwych sytuacjach powinien zatem zawsze dokonywać „testu proporcjonalności”, tj. ustalać, czy stosowany przez niego środek nie jest zbyt restrykcyjny, i czy zakładany cel może osiągnąć bardziej łagodnym środkiem. To zaś prowadzi do wniosku, że stosowanie przez zamawiającego przepisów sankcyjnych powinno być poprzedzone wnikliwą oceną danej sprawy i jeżeli wynika z niej, iż doszło jedynie do nieznacznego uchybienia, wówczas należy odstąpić od stosowania sankcji. Zasada proporcjonalności wymusza więc na zamawiających indywidualne podejście do każdego przypadku naruszenia, jakiego dopuści się wykonawca i wyklucza automatyzm w stosowaniu sankcji lub wyciąganiu wobec nich negatywnych konsekwencji.

W konsekwencji stosowanie się do zasady proporcjonalności może przejawiać się np. w odstępowaniu od sankcjonowania wykonawcy, nawet jeżeli postąpił on wbrew wyraźnie wyartykułowanym wymaganiom – oczywiście pod warunkiem, że stopień naruszenia nie jest znaczny, a zamawiający nie został narażony na poważną szkodę. Takie poglądy prezentowały sądy powszechne już na gruncie d.p.z.p., głównie na gruncie spraw dotyczących zatrzymania wadium. Tak stwierdził m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, w którym uznał, że zamawiający nie powinien zatrzymywać wadium wykonawcy, jeżeli ten, w odpowiedzi na wezwanie, przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. Sąd Najwyższy uznał zatem, że uchybienie terminowi, w sytuacji, gdy było ono nieznaczące, nie powinno wywoływać skutków negatywnych dla wykonawcy i wiązać się z sankcją przewidzianą w ustawie.

Podobny wniosek wypływa z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, w którym Sąd stwierdził, iż:

„Nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 d.p.z.p. uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a d.p.z.p. Ocenie w kontekście zawinienia muszą podlegać wszystkie okoliczności, którymi wykonawca tłumaczy niewykonanie wezwania o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów oraz związane z czasem opóźnienia i wpływem na przebieg postępowania przetargowego”.

Choć w obu wyrokach Sąd nie posługuje się pojęciem „zasada proporcjonalności”, to jednak wniosek, jaki można z nich wyprowadzić, to właśnie konieczność dokonania przez zamawiającego oceny, czy w danym przypadku nie dochodzi do zaburzenia równowagi pomiędzy zaistniałym naruszeniem a potencjalną sankcją, jaką zamawiający zamierza zastosować wobec wykonawcy. Jeżeli więc uchybienie jest nieznaczące, a stosowany środek jest zbyt restrykcyjny, to, zgodnie z poglądami prezentowanymi przez Sąd Najwyższy, należy od niego odstąpić. Taki sposób postępowania jest właśnie emanacją zasady proporcjonalności.

Zasada proporcjonalności ze swojej istoty, indywidualizuje podejście, dając zamawiającym pewną dozę uznaniowości, pozwalającą na wybór rozwiązań mniej uciążliwych dla wykonawców, ale jednocześnie bardziej korzystnych dla interesu publicznego, przejawiającego się w jak największej ilości ofert. Przykładem takiego podejścia jest art. 109 ust. 3 u.p.z.p., z którego wprost wynika nakaz nałożony na zamawiających w zakresie zbadania, czy środek w postaci odrzucenia oferty nie jest nieproporcjonalny względem stwierdzenia wystąpienia wobec wykonawcy podstawy wykluczenia. Fakt, że ustawodawca w sposób wyraźny przewidział taką klauzulę w tym konkretnym przepisie, nie oznacza również, iż zamawiający nie może stosować tego typu ocen

i wazenia interesów również w innych przypadkach, a zwłaszcza w przypadku sankcji w postaci odrzucenia oferty (np. z powodu nieznacznej przekroczenia terminu na złożenie wymaganych wyjaśnień lub środków dowodowych). Zasada proporcjonalności powinna być zawsze brana pod uwagę, gdy zamawiający podejmuje określone czynności względem wykonawców, należy ona bowiem do naczelných zasad prawa zamówień publicznych.

g. Zasada udzielania zamówień zgodnie z przepisami ustawy – zasada legalizmu

Artykuł 17 w ustępie 2 u.p.z.p. statuuje nakaz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu i został poddany rygorowi procedury zamówieniowej, a w wyniku tego został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym, *a contrario*, wykonawca, który (czy to na skutek przesłanek związanych z oceną podmiotową, czy też formalno-merytoryczną oferty) złożył ofertę podlegającą odrzuceniu, nie będzie mógł zostać legalnie wybrany w postępowaniu (art. 226 u.p.z.p. – przesłanki odrzucenia oferty).

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 254 u.p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy albo jego unieważnieniem.

Wobec powyższego z zasady legalizmu wynikają bezpośrednio dwie podstawowe powinności zamawiającego, tj.: obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami prawa (w celu wyłonienia wykonawcy, którego oferta w najwyższym stopniu spełnia oczekiwania zamawiającego, a unieważnienie postępowania wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, przewidzianych wprost w ustawie) oraz nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy (wybranemu zgodnie z prawem).

Zasada ta od lat jednoznacznie formułowana jest w orzeczeniach KIO poprzez stwierdzenia typu: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” (wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1567/13, LEX nr 1381115).

Ustęp 2 art. 17 u.p.z.p. powinien być rozumiany również jako zakaz zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy. Jedynym odstępstwem w tym względzie, na gruncie aktualnej ustawy, jest art. 455 ust 1 pkt 2 u.p.z.p., który dopuszcza możliwość zastąpienia dotychczasowego wykonawcy wyłącznie w trzech sytuacjach:

- a) gdy taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych;
- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy w następstwie: przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa;
- c) w przypadku umów budowlanych, gdy zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

Powyższe przesądzone zostało w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym art. 7 ust. 3 d.p.z.p., które w całości zachowuje swoją aktualność. Za reprezentatywne w tym względzie uznać należy:

- „Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 [obecnie art. 17 ust. 2 u.p.z.p. – *przyp. aut.*], uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy” (wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1567/13, LEX nr 1381115);
- „Niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego” (wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34);
- zamawiający jest uprawniony, a nawet zobowiązany do podejmowania czynności zmierzających do tego, by postępowanie zostało przeprowadzone poprawnie, wybór wykonawcy został dokonany w sposób prawidłowo, a co do umowy zawieranej w następstwie zamówienia publicznego nie zachodziły jakiegokolwiek wątpliwości co do jej ważności. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać

do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu, należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo. Zamawiający powinien więc, jeśli dostrzeże – choćby po dokonanych i zakomunikowanych uczestnikom postępowania wyborze najkorzystniejszej oferty – że nie ustrzegł się istotnych nieprawidłowości w tym postępowaniu, podjąć działania w celu wyeliminowania nieprawidłowości w postępowaniu. Mieści się w tym również dopuszczalność unieważnienia dokonanego wyboru, ponowienia określonych czynności, przeprowadzenia ich na nowo, w sposób prawidłowy, a w konsekwencji – dokonanie nowej, już poprawnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie stanowi przeszkody, że tej wadliwej czynności nie kwestionował żaden z wykonawców i że stanowi ona wynik samodzielnej analizy zamawiającego. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że w takim wypadku Zamawiający zobligowany byłby zawrzeć umowę, mimo wiedzy o takich wadach postępowania, które skutkowałyby wyborem jako najkorzystniejszej innej oferty (wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r., KIO 873/15, LEX nr 1790961).

W kontekście zasady legalności warto zwrócić uwagę, iż nowością na gruncie aktualnej ustawy – Prawo zamówień publicznych jest powołanie organu doradczego – Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, którego zadaniem jest monitorowanie i analiza działalności organów kontroli administracji publicznej (o których mowa jest w art. 495 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 u.p.z.p.), w zakresie kontroli legalności udzielania zamówień publicznych.

h. Zasada bezstronności i obiektywizmu

60

W myśl zasady bezstronności i obiektywizmu wyartykułowanej w przepisie art. 17 ust. 3 u.p.z.p., czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Wobec powyższego czynności związane z procedurą zamówieniową mogą być podejmowane jedynie przez osoby, których uczestnictwo nie będzie rzutować na powstanie konfliktu interesów.

Zasada ta stanowi w dużej mierze powtórzenie dotychczasowego art. 7 ust. 2 d.p.z.p., a orzecznictwo odnoszące się do tego przepisu pozostaje nadal aktualne również na gruncie nowej ustawy.

„Obowiązek przestrzegania zasad wyrażonych w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp (obecnie art. 17 ust. 3 u.p.z.p.) został nałożony na zamawiającego, a zatem to zamawiający powinien również zadbać o prawidłową jego realizację. W szczególności powinien zapewnić, aby wszystkie czynności związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania były dokonywane przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm” (wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r., KIO 1229/16, LEX nr 2123671).

Europejska definicja konfliktu interesów zawarta została w art. 24 dyrektywy 2014/24/UE:

„Państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców.

Pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia”.

Realizacją omawianej zasady na gruncie krajowym jest art. 56 u.p.z.p. dotyczący konfliktu interesów, w ust. 2 którego zostały wymienione enumeratywnie przypadki, gdy może do tego konfliktu dojść (zob. szerzej w rozdziale „Przygotowanie postępowania”, zob. nr 96 i n.).

Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z ust. 4 art. 56 u.p.z.p. osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego składają w formie pisemnej pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadczenie o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 lub 3 u.p.z.p.

„To po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek zapewnienia, aby osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyły oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. Podkreślenia wymaga, że gdy osoba zobowiązana do złożenia takiego oświadczenia nie wykonuje ciężącego na niej obowiązku, to kierownik Zamawiającego zobowiązany jest do odsunięcia tej osoby od wykonywania czynności w postępowaniu na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy” (wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2016 r., KIO 2066/16, LEX nr 2169530).

Więcej na temat osób zobowiązanych do złożenia oświadczeń znajduje się na stronie UZP pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen-o-ktorych-mowa-w-art-56-ust-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> (dostęp: 19.01.2023 r.).

Na temat zasady bezstronności i obiektywizmu zob. w rozdziale „Przygotowanie postępowania”, zob. nr 96 i n.).

i. Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków

Dla zapewnienia poszanowania fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych w dniu 22 sierpnia 2019 r. Minister Inwestycji i Rozwoju wydał Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020 (znak: MliR/2014-2020/12(5))³; dalej: Wytyczne.

Zasadniczo, wskazane Wytyczne znajdują zastosowanie wobec wydatków ponoszonych m.in. ze środków pochodzących z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (rozdział 4 pkt 1) Wytycznych). Podmiotami zobowiązanymi do ich stosowania są beneficjenci wskazanych powyżej funduszy, do których mogą również należeć oczywiście podmioty mające status zamawiającego w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią Wytycznych, **wydatki ponoszone w ramach zamówień „doprogowych” dzieli się na trzy kategorie:**

- 1) o wartości do 20 tys. zł netto,
- 2) o wartości powyżej 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie,
- 3) o wartości powyżej 50 tys. zł netto.

Ad 1)

Dla zamówień o wartości do 20 tys. zł netto Wytyczne nie statuuje żadnych specyficznych zasad, pozostawiając swobodę zamawiającego w zakresie ich udzielania.

Ad 2)

Z kolei dla zamówień o wartości powyżej 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie przewidziano **procedurę rozeznania rynku**, które ma na celu potwierdzenie, że dana usługa, dostawa lub robota budowlana zostanie wykonana po cenie rynkowej⁴.

³ Zob. <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/dokumenty/wytyczne-w-zakresie-kwalifikowalnosci-wydatkow-w-ramach-europejskiego-funduszu-rozwoju-regionalnego-europejskiego-funduszu-spolecznego-oraz-funduszu-spojnosci-na-lata-2014-2020/>

⁴ Tamże, s. 47.

Ad 3)

Ostatnia kategoria wydatków to zamówienia o wartości powyżej 50 tys. zł netto, które udzielane są zgodnie z zasadą konkurencyjności.

j. Rozeznanie rynku**62**

Rozeznanie rynku stanowi procedurę właściwą dla zamówień o wartości powyżej 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie. Przeprowadza się je głównie poprzez analizę cen lub cenników potencjalnych wykonawców zamówienia pozyskanych ze stron internetowych. Zamawiający mogą również upublicznić opis przedmiotu zamówienia wraz z zapytaniem o cenę na swojej stronie internetowej lub skierować zapytania o cenę wraz z opisem przedmiotu zamówienia do potencjalnych wykonawców⁵. Czynności dokonane w ramach procedury rozeznania rynku powinny zostać udokumentowane.

Jeżeli ustalona w wyniku rozeznania rynku cena rynkowa zamówienia przekracza 50 tys. zł netto, wówczas dla takiego zamówienia stosuje się zasadę konkurencyjności. Należy jednak pamiętać, że w odniesieniu do zamówień o wartości od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie zamawiający ma również prawo zastosować zasadę konkurencyjności, zamiast procedury rozeznania rynku. W takim przypadku jednak zamawiający powinien przeprowadzić procedurę z uwzględnieniem wszystkich zasad określonych w Wytycznych.

Ponadto w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto zawarcie pisemnej umowy z wykonawcą nie jest wymagane. W takim przypadku wystarczające jest potwierdzenie poniesienia wydatku w oparciu o fakturę, rachunek lub inny dokument księgowy o równoważnej wartości dowodowej⁶.

k. Zasada konkurencyjności**63**

Do stosowania procedury zgodnie z zasadą konkurencyjności zobowiązani są zamawiający w przypadku, gdy oszacowane przez nich zamówienie ma wartość wyższą niż 50 tys. zł netto i niższą od kwoty progu stosowania ustawy (130 tys. zł netto), a w przypadku zamówień sektorowych – wartość niższą od tzw. progów unijnych i przekraczającą 50 tys. zł netto⁷.

Ze względu na wyższy poziom skomplikowania, a tym samym większe prawdopodobieństwo wystąpienia błędów, nie zaleca się stosowania procedury zgodnej z zasadą konkurencyjności w stosunku do zamówień kwalifikujących się do rozeznania rynku. Może się to okazać celowe jedynie w przypadku, gdy szacowana wartość zamówienia będzie bardzo zbliżona do kwoty 50 tys. zł netto (Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, „Zamówienia udzielane w ramach projektów. Podręcznik wnioskodawcy i beneficjenta programów polityki spójności 2014–2020”, dostępny pod adresem:

zob. <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/Strony/Wiadomosci/Zamowienia-udzielane-w-ramach-projektow-Podrecznik-wnioskodawcy-i-beneficjenta-programow-polityki-spojnosci-20142020>).

W celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zamawiający powinien przy udzielaniu tego typu zamówień unikać konfliktu interesów. W praktyce oznacza to, iż czynności wykonywane w imieniu zamawiającego w związku z procedurą wyboru nie mogą być podejmowane przez osoby, które są osobowo lub kapitałowo powiązane z wykonawcami, którzy złożyli oferty. Zamawiający powinien zatem zapewnić udział w czynnościach jedynie osób bezstronnych i obiektywnych⁸.

⁵ Tamże, s. 54.

⁶ Tamże.

⁷ Tamże, s. 55.

⁸ Zob. <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/dokumenty/wytyczne-w-zakresie-kwalifikowalnosci-wydatkow-w-ramach-europejskiego-funduszu-rozwoju-regionalnego-europejskiego-funduszu-spoecznego-oraz-funduszu-spojnosci-na-lata-2014-2020/>, s. 55–56.

W Wytycznych zostały zdefiniowane **powiązania kapitałowe lub osobowe**, które określono jako wzajemne powiązania pomiędzy zamawiającym lub osobami upoważnionymi do zaciągania zobowiązań w jego imieniu lub osobami wykonującymi w jego imieniu czynności związane z przeprowadzeniem procedury wyboru wykonawcy a wykonawcą, polegające w szczególności na:

- a) uczestniczeniu w spółce jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej,
- b) posiadaniu co najmniej 10% udziałów lub akcji, o ile niższy próg nie wynika z przepisów prawa lub nie został określony przez instytucję zarządzającą programem operacyjnym,
- c) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika,
- d) pozostawaniu w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa drugiego stopnia lub powinowactwa drugiego stopnia w linii bocznej lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli⁹.

Procedurę zgodną z zasadą konkurencyjności zamawiający wszczyna poprzez upublicznienie zapytania ofertowego na stronie internetowej. W przypadku zamówień dofinansowywanych ze środków Unii Europejskiej, zamieszcza zapytanie w bazie konkurencyjności¹⁰. W przypadku zawieszenia działalności bazy potwierdzonego odpowiednim komunikatem ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego – zapytanie ofertowe powinno zostać skierowane do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia oraz upublicznic takie zapytanie co najmniej na stronie internetowej zamawiającego (o ile posiada taką stronę). Upublicznienie zapytania ofertowego oznacza wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach projektu¹¹.

Zapytanie ofertowe powinno zawierać co najmniej:

- opis przedmiotu zamówienia,
- warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, przy czym stawianie warunków udziału nie jest obowiązkowe,
- kryteria oceny oferty,
- informację o wagach punktowych lub procentowych przypisanych do poszczególnych kryteriów oceny oferty,
- opis sposobu przyznawania punktacji za spełnienie danego kryterium oceny oferty,
- termin składania ofert,
- termin realizacji umowy,
- informację na temat zakazu powiązań osobowych lub kapitałowych,
- określenie warunków istotnych zmian umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, o ile przewiduje się możliwość zmiany takiej umowy,
- informację o możliwości składania ofert częściowych, o ile zamawiający taką możliwość przewiduje,
- opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie,
- informację o planowanych zamówieniach, ich zakres oraz warunki, na jakich zostaną udzielone, o ile zamawiający przewiduje udzielenie tego typu zamówień.

WAŻNE! Wymienione wyżej działania lub zaniechania (wymienione w art. 17 ust. 1 u.o.n.d.f.p.) nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o ile zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych lub po prostu nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1a u.o.n.d.f.p.).

⁹ Tamże, s. 55–56.

¹⁰ Zob. <https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl/>

¹¹ Zob. https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/97405/wytyczne_w_zakresie_kwalifikowalnosci_wydatkow_21_12_2020_1.pdf, s. 61.

- 66** **Opis przedmiotu zamówienia** powinien być sporządzony w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty¹². Do opisu znajdują zastosowanie nazwy i kody CPV ze Wspólnego Słownika Zamówień, o którym mowa w rozporządzeniu (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, s. 1, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 6, t. 5, s. 3).
- Zamawiający powinien unikać odwoływania się do konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródeł lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Wyjątkowo dopuszczalne jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, jeżeli jest ono uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. W takim przypadku zamawiający powinien jednocześnie dopuścić rozwiązania równoważne, określając w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zakres wymaganej równoważności. Zapisy te muszą być sporządzone w taki sposób, aby wykonawca miał wiedzę, jakie rozwiązania równoważne może zaoferować i jak udowodnić ich zgodność z wymaganym przedmiotem zamówienia. W przypadku gdy zamawiający korzysta z możliwości zastosowania takich odniesień, nie może on odrzucić oferty jako niezgodnej z zapytaniem ofertowym, jeżeli wykonawca udowodni w swojej ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w zapytaniu ofertowym. Dopuszczalne jest ograniczenie zakresu opisu przedmiotu zamówienia ze względu na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, pod warunkiem że zamawiający udostępni, w terminie umożliwiającym przygotowanie i złożenie oferty, uzupełnienie wyłączonego opisu przedmiotu zamówienia potencjalnemu wykonawcy. Warunkiem uzupełnienia takiego opisu jest zobowiązanie się przez wykonawcę do zachowania poufności w odniesieniu do utajnionych informacji dotyczących przedmiotu zamówienia¹³.
- 67** **Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia**, jak zasygnalizowano powyżej, nie są obligatoryjnym elementem zapytania ofertowego. Jeżeli jednak zamawiający przewiduje je w danym postępowaniu, powinny one zostać określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, iż niedozwolone jest formułowanie warunków zbyt rygorystycznych dla należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu ponadto powinny zapewniać **zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania**, a zatem nie mogą wskazywać lub faworyzować konkretnego wykonawcy.
- 68** **Kryteria oceny ofert** również powinny zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a ponadto odnosić się do danego przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma obowiązek **opisać kryteria w sposób jednoznaczny i precyzyjny**, w tym również konieczne jest **opisanie wagi poszczególnych kryteriów**, tak aby ocena złożonych ofert nie budziła żadnych wątpliwości i aby wykluczyć jakąkolwiek możliwość arbitralnego oceniania ofert przez zamawiającego. W odróżnieniu od zamówień publicznych podlegających reżimowi ustawy – Prawo zamówień publicznych, cena, bez żadnych ograniczeń, może być jedynym kryterium oceny ofert, jednak zaleca się również stosowanie innych niż cenowe kryteriów, takich jak: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia, koszty eksploatacji oraz organizacja, kwalifikacje zawodowe kluczowego personelu.
- Kryteria oceny ofert nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej oraz doświadczenia. Zakaz ten nie dotyczy jednak zamówień na usługi społeczne i innych szczególnych usług oraz zamówień o charakterze niepriorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa¹⁴.
- 69** **Termin na złożenie oferty** w odpowiedzi na zapytanie ofertowe powinien być odpowiedni i powinien zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. W Wytycznych re-

¹² Tamże, s. 56.¹³ Tamże, s. 57.¹⁴ Tamże, s. 58.

komenduje się stosowanie terminów właściwych dla zamówień o wartości niższej niż tzw. progi unijne, tj. co najmniej 7 dni w przypadku dostaw i usług oraz co najmniej 14 dni – w przypadku robót budowlanych¹⁵.

Bieg terminu rozpoczyna się w dniu następującym po dniu upublicznienia zapytania ofertowego, a kończy się z upływem ostatniego dnia¹⁶. Jeżeli koniec terminu przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następującego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Jeżeli chodzi o moment złożenia ofert, należy pamiętać, że decydująca jest data wpływu oferty do zamawiającego.

Podobnie jak SWZ, zapytanie ofertowe może zostać zmienione przed upływem terminu składania ofert przewidzianym w zapytaniu ofertowym. Zamawiający powinien jednak opublikować informację o zmianie na takich samych zasadach, na jakich nastąpiła publikacja zapytania ofertowego. Jeżeli wykonawcy składali zapytania do zapytania ofertowego, również warto, aby zamawiający dokonał ich publikacji wraz z odpowiedziami. W przypadku gdy wyjaśnienia zamawiającego lub zmiany zapytania ofertowego mają wpływ na sporządzenie ofert, powinno nastąpić przedłużenie terminu ich składania o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach.

Również informacja o wyniku postępowania powinna zostać upubliczniona w taki sam sposób jak zapytanie ofertowe.

W odróżnieniu od procedury rozeznania rynku Wytyczne rekomendują:

- sporządzenie umowy z wykonawcą w formie pisemnej lub elektronicznej (wraz z kwalifikowanym podpisem elektronicznym), jak również
- udokumentowanie postępowania za pomocą protokołu.

Protokół postępowania o udzielenie zamówienia powinien zostać sporządzony w formie pisemnej i powinien zawierać co najmniej:

- wykaz wszystkich ofert, które wpłynęły w odpowiedzi na zapytanie ofertowe, wraz ze wskazaniem daty wpłynięcia oferty do zamawiającego,
- informację o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, jeżeli takie warunki były stawiane,
- informację o wagach punktowych lub procentowych przypisanych do poszczególnych kryteriów oceny i sposobie przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom za spełnienie danego kryterium,
- wskazanie wybranej oferty wraz z uzasadnieniem wyboru,
- datę sporządzenia protokołu i podpis zamawiającego¹⁷.

Ponadto zamawiający powinien dołączyć do protokołu dowody w postaci potwierdzenia upublicznienia zapytania ofertowego wraz z jego ewentualnymi zmianami, złożonych ofert, oświadczeń o braku powiązań z wykonawcami, którzy złożyli oferty, podpisane przez osoby wykonujące czynności w imieniu zamawiającego¹⁸.

Protokół podlega udostępnieniu na wniosek wykonawcy, z wyjątkiem tych części ofert, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy podkreślić, że wskazane powyżej zasady przeprowadzenia procedury dla zamówień o wartości przekraczającej 50 tys. zł netto odnoszą się do wydatków, które są dofinansowywane ze środków Unii Europejskiej, a zatem w przypadku zamówień finansowanych w całości ze środków zamawiającego, nie mają one zastosowania. Z kolei, niewątpliwie, stanowią one pewien wzorzec postępowania, którym zamawiający mogą posługiwać się przy udzielaniu zamówień o wartości powyżej 50 tys. zł netto, dzięki czemu zagwarantują zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Na marginesie należy zaznaczyć, że przedmiotowe wytyczne w ograniczonym zakresie zostały zawieszone (w zakresie rozliczania określonych wydatków) na czas od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r. Informacja o zawieszeniu Wytycznych znajduje się pod adresem internetowym: [https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/dokumenty/wytyczne-w-zakresie-kwalifikowalnosci-wydatkow-w-ramach-europejskiego-](https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/dokumenty/wytyczne-w-zakresie-kwalifikowalnosci-wydatkow-w-ramach-europejskiego)

¹⁵ Tamże, s. 59.

¹⁶ Tamże.

¹⁷ Tamże, s. 61–62.

¹⁸ Tamże, s. 62.

funduszu-rozwoju-regionalnego-europejskiego-funduszu-spoecznego-oraz-funduszu-spojnosci-na-lata-2014-2020/.

4. Stosowanie ustawy o finansach publicznych do zamówień „doprogowych”

72 Jak zasygnalizowano powyżej, do zamówień „doprogowych” znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.); dalej: u.f.p. Powyższe wynika z określonego w art. 4 ust. 1 u.f.p. zakresu podmiotowego ustawy, zgodnie z którym ustawę stosuje się do jednostek sektora finansów publicznych oraz innych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami. Co więcej, wskazuje się, że ustawodawca w stosunku do tego rodzaju zamówień zrezygnował z obowiązku stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, wymagając, by wydatkowanie środków publicznych odbywało się z zachowaniem zasad wynikających z przepisów o finansach publicznych (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2018 r., KIO 1055/18, LEX nr 2557117).

Ustawa o finansach publicznych nie uregulowała pojęcia „dokonywania wydatków publicznych”. Jak wynika z orzecznictwa, za „wydatkowanie” rozumie się podjęcie decyzji o przeznaczeniu środków na konkretny wydatek. Zatem w ramy tego pojęcia nie wchodzi np. czynności techniczne polegające jedynie na przekazaniu środków (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 26 października 2015 r., BDF1.4800.103.2015).

73 Zasady dokonywania wydatków ze środków publicznych zostały uregulowane w art. 44 ust. 1 u.f.p. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego bądź planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków (art. 44 ust. 2 u.f.p.). Najistotniejszą regulacją z punktu widzenia udzielania zamówień „doprogowych” jest **art. 44 ust. 3 u.f.p.**, który **statuuje zasady ponoszenia wydatków publicznych**. Zgodnie z tym przepisem wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,
- w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,
- w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Przy czym dla uznania, że dany wydatek został poniesiony zgodnie z prawem, konieczne jest spełnienie łącznego wszystkich wskazanych w powyższym przepisie przesłanek (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2017 r., V SA/Wa 4499/15, LEX nr 2402258).

Kolejny istotny przepis wynikający z ustawy o finansach publicznych to art. 44 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

W przypadku naruszenia zasad wydatkowania środków publicznych określonych w ustawie o finansach publicznych zamawiający może ponieść odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.); dalej: u.o.n.d.f.p.

Należy również pamiętać o wprowadzeniu ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2054 z późn. zm. z Dz. U. z 2022 r. poz. 1265) art. 34 ust. 1 u.f.p., gdzie po pkt 11 został dodany pkt 12, w którym rozszerza się katalog form realizacji zasady jawności finansów publicznych o umowy zawarte przez jednostki sektora finansów publicznych oraz dodaniu nowego art. 34a u.f.p. regulującego zasady prowadzenia rejestru umów. Zgodnie z tymi przepisami informacje dotyczące wszystkich umów zawartych w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej albo innej formie szcze-

gólnej, których wartość przekracza 500 zł i podlegających ujawnieniu na zasadach przewidzianych w u.o.d.i.p., są udostępniane we właściwym rejestrze przez kierowników jednostek sektora finansów publicznych. Więcej na ten temat w podrödziale „Zasada jawności w zamówieniach publicznych”, zob. nr 52.

A. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie udzielania zamówień publicznych

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określa w art. 17 katalog nieprawidłowości, jakich zamawiający mogą się dopuścić, i które – w świetle przepisów tej ustawy – stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Należą do nich następujące czynności:

- opisanie **przedmiotu zamówienia** publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- ustalenie **wartości zamówienia** publicznego lub jego części lub konkursu, jeżeli miało to wpływ na obowiązki stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;
- określenie **warunków udziału** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- określenie **kryteriów oceny ofert**;
- **nieprzekazanie do publikacji** w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ogłoszenia o wyniku postępowania lub ogłoszenia o wykonaniu umowy;
- **niezamieszczenie specyfikacji** warunków zamówienia lub opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- **łączenie zamówień albo dzielenie zamówienia** na odrębne zamówienia publiczne skutkujące uniknięciem stosowania przepisów ustawy.

WAŻNE! Wymienione wyżej działania lub zaniechania (wymienione w art. 17 ust. 1 u.o.n.d.f.p.) nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o ile zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych lub po prostu nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1a u.o.n.d.f.p.).

Za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ustawa uznaje również (art. 17 ust. 1b u.o.n.d.f.p.):

1) udzielenie zamówienia publicznego:

- wykonawcy, który nie został wybrany w trybie lub procedurze, określonych w przepisach o zamówieniach publicznych,
- z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2) zawarcie umowy ramowej (art. 17 ust. 1ba u.o.n.d.f.p.):

- bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,
- z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu zamówienia z wolnej ręki;

WAŻNE! Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznaje za naruszenia dyscypliny finansów publicznych również działania lub zaniechania podjęte w inny sposób niż określony w punktach wyżej (art. 17 ust. 1 i 1b–1bc u.o.n.d.f.p.), jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, zawarcia umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu.

3) rozstrzygnięcie konkursu bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 1bb u.o.n.d.f.p.);

4) zawarcie umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 1bc u.o.n.d.f.p.);

5) zawarcie umowy ramowej w sposób, który mógłby zakłócać konkurencję (art. 17 ust. 1d u.o.n.d.f.p.);

6) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej (art. 17 ust. 2 u.o.n.d.f.p.):

- bez zachowania formy określonej przepisami o zamówieniach publicznych,
- na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych,
- przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;

7) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania lub konkursu (art. 17 ust. 3 u.o.n.d.f.p.);

8) niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania lub konkursu, oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania lub konkursu (art. 17 ust. 4 u.o.n.d.f.p.);

9) niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania lub konkursu na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 5 u.o.n.d.f.p.);

10) zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 6 u.o.n.d.f.p.);

11) udzielenie zamówienia publicznego na podstawie umowy ramowej z istotną zmianą warunków udzielenia zamówienia publicznego określonych w umowie ramowej (art. 17 ust. 6a u.o.n.d.f.p.).

Analiza art. 17 u.o.n.d.f.p. prowadzi do wniosku, iż większość wymienionych w niej naruszeń nie będzie miała miejsca w przypadku zamówień „doprogowych” z racji wyłączenia w stosunku do nich przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zasadniczo nieprawidłowości, za które zamawiający może ponieść odpowiedzialność na gruncie omawianej ustawy w związku z udzielaniem zamówienia „doprogowego” to:

- ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;
- łączenie zamówień albo udzielenie zamówienia na odrębne zamówienia publiczne w celu uniknięcia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

W literaturze wskazuje się również na naruszenie określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 u.o.n.d.f.p., tj. udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych [E. Kowalczyk, *Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2017].

B. Pozostałe przypadki naruszenia dyscypliny finansów publicznych

W kontekście udzielania zamówień „doprogowych” istotne znaczenie mają również art. 15 i 16 u.o.n.d.f.p. określające inne kategorie naruszeń, za które zamawiający może ponieść odpowiedzialność.

Zgodnie z art. 15 u.o.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych. Z katalogu naruszeń została natomiast wyłączona czynność zaciągnięcia lub zmiany zobowiązania na podstawie ugody zawartej zgodnie z przepisami prawa (art. 15 ust. 2 u.o.n.d.f.p.).

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że „zaciągnięcie zobowiązania”, o którym mowa w art. 15 u.o.n.d.f.p., jest czymś odmiennym od dokonywania wydatków publicznych wspomnianych w art. 44 u.f.p. [*Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Warszawa 2017]. Źródłem „zaciągnięcia zobowiązania” powinna być zatem czynność prawna dwustronna lub jednostronna powodująca powstanie stosunku zobowiązaniowego. Z kolei zdarzenie rodzące odpowiedzialność odszkodowawczą nie stanowi „zaciągnięcia zobowiązania”, a tym samym nie może wiązać się z naruszeniem określonym w art. 15 u.o.n.d.f.p. [*Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny...*, red. W. Misiąg]. Do naruszeń polegających na niewłaściwym zaciągnięciu zobowiązań należeć oczywiście będą wszelkie nieprawidłowości związane z udzieleniem zamówienia publicznego, jednakże ustawodawca objął je odrębną regulacją, omówioną powyżej art. 17 u.o.n.d.f.p.

O naruszeniu dyscypliny finansów publicznych świadczy sam fakt zaciągnięcia lub zmiany zobowiązania bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia, czy naruszeniem przepisów. Nie jest istotne, czy zobowiązanie to nie jest jeszcze wymagalne, jak również fakt jego nieistnienia przed upływem terminu jego wymagalności [*Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny...*, red. W. Misiąg]. Zatem ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest w tym zakresie niezwykle rygorystyczna.

Jak wskazano powyżej, **do naruszenia dyscypliny finansów publicznych**, określonego w art. 15 u.o.n.d.f.p., **może dojść poprzez zaciągnięcie zobowiązania:**

1) bez upoważnienia,
2) z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia,
3) z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

Ad 1) i 2)

Upoważnienia do zaciągania zobowiązań w rozumieniu art. 15 u.o.n.d.f.p. nie należy mylić z umocowaniem do działania w imieniu konkretnego podmiotu w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. W przypadku bowiem naruszenia zasad reprezentacji o charakterze prawnocywilnym, podjęta czynność może okazać się bezskuteczna lub nieważna, a tym samym do zaciągnięcia zobowiązania nie dojdzie, ewentualnie w najłagodniejszych przypadkach, jego skuteczność będzie zawieszona [*Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny...*, red. W. Misiąg].

Naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 15 u.o.n.d.f.p., można zatem dopuścić się, zaciągając lub zmieniając zobowiązanie bez upoważnienia prawnofinansowego, które określone jest ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym. Przy czym istnienie upoważnienia do zaciągnięcia zobowiązania bada się na dzień zawarcia umowy [*Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny...*, red. W. Misiąg].