

# PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Komentarz

Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska

---

---

KOMENTARZE PRAKTYCZNE



Wolters Kluwer



# PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**Komentarz**

Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska

---

---

**KOMENTARZE PRAKTYCZNE**



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2017

*Stan prawny na 15 marca 2017 r.*

Wydawca  
*Izabella Małecka*

Redaktor prowadzący  
*Joanna Tchorek*

Opracowanie redakcyjne  
*Katarzyna Paterak-Kondek*

Łamanie  
*Fotoedytor*

Poszczególne artykuły komentarza opracowały:

Irena Skubiszak-Kalinowska – 1, 2, 2c–4, 4aa–4d, 5b–5g, 6a–10, 14–24, 24aa, 25–26, 39–43, 45–53, 60a–60f, 73a–87, 91–98, 132–138f, 139–143d, 145–151a, 172–176a, 179–198g

Ewa Wiktorowska – 10a–11c, 12a–13a, 29–38, 54–60, 61–73, 89, 90, 99, 100, 101a–104g, 110–127, 131a–131w, 138g–138s, 144–144b, 152–154a, 154c, 155, 157–171a, 199–203

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.

prawolubni

**SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ**  
Więcej na [www.legalnakultura.pl](http://www.legalnakultura.pl)  
**POLSKA IZBA KSIĄŻKI**

© Copyright by  
Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-264-9

Dział Praw Autorskich  
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33  
tel. 22 535 82 19  
e-mail: [ksiazki@wolterskluwer.pl](mailto:ksiazki@wolterskluwer.pl)

[www.wolterskluwer.pl](http://www.wolterskluwer.pl)  
księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

# Spis treści

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Wykaz skrótów</b> .....                                                                                                     | 7   |
| <b>Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych</b><br>(tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) ..... | 11  |
| <b>DZIAŁ I. Przepisy ogólne</b> .....                                                                                          | 13  |
| Rozdział 1. Przedmiot regulacji .....                                                                                          | 13  |
| Rozdział 2. Zasady udzielania zamówień .....                                                                                   | 133 |
| Rozdział 2a. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami .....                                                                     | 166 |
| Rozdział 3. Ogłoszenia .....                                                                                                   | 177 |
| <b>DZIAŁ II. Postępowanie o udzielenie zamówienia</b> .....                                                                    | 188 |
| Rozdział 1. Zamawiający i wykonawcy .....                                                                                      | 188 |
| Rozdział 2. Przygotowanie postępowania .....                                                                                   | 470 |
| Rozdział 3. Tryby udzielania zamówień .....                                                                                    | 564 |
| Oddział 1. Przetarg nieograniczony .....                                                                                       | 564 |
| Oddział 2. Przetarg ograniczony .....                                                                                          | 605 |
| Oddział 3. Negocjacje z ogłoszeniem .....                                                                                      | 620 |
| Oddział 3a. Dialog konkurencyjny .....                                                                                         | 633 |
| Oddział 4. Negocjacje bez ogłoszenia .....                                                                                     | 662 |
| Oddział 5. Zamówienie z wolnej ręki .....                                                                                      | 671 |
| Oddział 6. Zapytanie o cenę .....                                                                                              | 709 |
| Oddział 6a. Partnerstwo innowacyjne .....                                                                                      | 714 |
| Oddział 7. Licytacja elektroniczna .....                                                                                       | 741 |
| Rozdział 4. Wybór najkorzystniejszej oferty .....                                                                              | 751 |
| Rozdział 5. Dokumentowanie postępowań .....                                                                                    | 888 |
| <b>DZIAŁ III. Przepisy szczególne</b> .....                                                                                    | 899 |
| Rozdział 1. Umowy ramowe .....                                                                                                 | 899 |
| Rozdział 2. Dynamiczny system zakupów .....                                                                                    | 909 |
| Rozdział 3. Konkurs .....                                                                                                      | 919 |
| Rozdział 4. Udzielanie zamówień przez koncesjonariuszy robót<br>budowlanych .....                                              | 938 |

|                                                                                                     |             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Rozdział 4a. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa . . . . .                         | 938         |
| Rozdział 5. Zamówienia sektorowe . . . . .                                                          | 998         |
| Rozdział 6. Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi . . . . .                       | 1046        |
| <b>DZIAŁ IV. Umowy w sprawach zamówień publicznych . . . . .</b>                                    | <b>1068</b> |
| <b>DZIAŁ V. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych . . . . .</b>                                        | <b>1208</b> |
| Rozdział 1. Zakres działania . . . . .                                                              | 1208        |
| Rozdział 2. Rada Zamówień Publicznych . . . . .                                                     | 1217        |
| Rozdział 3. Kontrola udzielania zamówień . . . . .                                                  | 1222        |
| Oddział 1. Przepisy ogólne . . . . .                                                                | 1222        |
| Oddział 2. Kontrola doraźna . . . . .                                                               | 1227        |
| Oddział 3. Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych<br>ze środków Unii Europejskiej . . . . . | 1233        |
| Rozdział 4. Krajowa Izba Odwoławcza . . . . .                                                       | 1236        |
| Rozdział 5. (uchylony) . . . . .                                                                    | 1255        |
| <b>DZIAŁ VI. Środki ochrony prawnej . . . . .</b>                                                   | <b>1256</b> |
| Rozdział 1. Przepisy wspólne . . . . .                                                              | 1256        |
| Rozdział 2. Odwołanie . . . . .                                                                     | 1271        |
| Rozdział 3. Skarga do sądu . . . . .                                                                | 1387        |
| <b>DZIAŁ VII. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy . . . . .</b>                         | <b>1411</b> |
| <b>DZIAŁ VIII. Zmiany w przepisach obowiązujących . . . . .</b>                                     | <b>1416</b> |
| <b>DZIAŁ IX. Przepisy przejściowe i końcowe . . . . .</b>                                           | <b>1417</b> |

# Wykaz skrótów

## 1. Akty prawne

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| dyrektywa<br>2014/24/UE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65)                                                                                                                                                                                 |
| dyrektywa<br>2014/25/UE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243 ze zm.)                                                                       |
| dyrektywa<br>2009/81/WE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76 ze zm.) |
| dyrektywa<br>2004/17/WE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. WE L 134, s. 1).                                                                                                  |
| dyrektywa<br>2004/18/WE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. WE L 134, s. 114 – uchylona)                                                                                                                               |
| dyrektywa<br>medialna   | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz.Urz. UE L 95, s. 1 – wersja ujednolicona)    |

|                                |                                                                                                                              |
|--------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| k.c.                           | – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 459)                                            |
| k.k.                           | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.)                                       |
| k.k.s.                         | – ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2137 ze zm.)                             |
| Konstytucja RP                 | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. i ze sprost.)                           |
| k.p.                           | – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.)                                      |
| k.p.a.                         | – ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.)               |
| k.p.c.                         | – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.)                     |
| k.p.k.                         | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.)                        |
| k.r.o.                         | – ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 682)                              |
| nowelizacja<br>z 22.06.2016 r. | – ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)        |
| nowelizacja<br>z 8.11.2013 r.  | – ustawa z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 1473)                                      |
| nowelizacja<br>z 13.04.2007 r. | – ustawa z 13.04.2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560)  |
| nowelizacja<br>z 4.09.2008 r.  | – ustawa z 4.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058) |
| pr. bank.                      | – ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm.)                                     |
| pr. bud.                       | – ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.)                                     |
| pr. energ.                     | – ustawa z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 220)                                        |
| pr. rest.                      | – ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1574 ze zm.)                          |
| pr. upadł.                     | – ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2171 ze zm.).                               |
| pr. weksl.                     | – ustawa z 28.04.1936 r. – Prawo wekslowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 160)                                            |
| p.z.p.                         | – ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)                        |

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| rozporządzenie eIDAS    | – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L 257, s. 73)        |
| rozporządzenie 765/2008 | – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z 9.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218, s. 30) |
| r.r.d.                  | – rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126)                                                                                             |
| r.r.r.o.                | – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.)                                                                                                              |
| r.w.w.t                 | – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238 ze zm.)                                                    |
| TWE                     | – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 321E, s. 37 – wersja skonsolidowana)                                                                                                                                                                                  |
| TFUE                    | – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202, s. 47 – wersja skonsolidowana)                                                                                                                                                                                   |
| u.d.i.p.                | – ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1764)                                                                                                                                                                             |
| u.f.p.                  | – ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.)                                                                                                                                                                                 |
| u.p.e.a.                | – ustawa z 17.06.1996 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 599 ze zm.)                                                                                                                                                              |
| u.r.t.                  | – ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 639 ze zm.)                                                                                                                                                                                 |
| u.z.f.n.                | – ustawa z 30.04.2010 r. o zasadach finansowania nauki (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2045 ze zm.)                                                                                                                                                                           |
| u.z.n.k.                | – ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)                                                                                                                                                            |
| u.u.z.                  | – ustawa z 5.09.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579)                                                                                                                                                                                  |

## 2. Inne

|                |                                                                                                          |
|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Informator UZP | – Informator Urzędu Zamówień Publicznych                                                                 |
| KIO            | – Krajowa Izba Odwoławcza                                                                                |
| Legalis        | – system informacji prawnej Legalis                                                                      |
| LEX            | – system informacji prawnej LEX                                                                          |
| OSNCP          | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych |
| SA             | – sąd apelacyjny                                                                                         |
| SO             | – sąd okręgowy                                                                                           |
| SN             | – Sąd Najwyższy                                                                                          |
| NSA            | – Naczelny Sąd Administracyjny                                                                           |
| PiP            | – Państwo i Prawo                                                                                        |
| SIWZ           | – specyfikacja istotnych warunków zamówienia                                                             |
| UZP            | – Urząd Zamówień Publicznych                                                                             |
| WSA            | – wojewódzki sąd administracyjny                                                                         |

# USTAWA

z dnia 29 stycznia 2004 r.

## Prawo zamówień publicznych

(tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164; zm.: Dz.U. z 2016 r. poz. 831, poz. 996, poz. 1020, poz. 1250,  
poz. 1265, poz. 1579, poz. 1920, poz. 2260)



# DZIAŁ I

## Przepisy ogólne

### ROZDZIAŁ 1

#### Przedmiot regulacji

#### Art. 1. [Przedmiot regulacji]

**Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.**

#### Uwagi ogólne

1. Podstawowym aktem prawnym systemu zamówień publicznych w Polsce jest ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), która zastąpiła ustawę z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.). Uchylenie tej ostatniej oraz zmiana przepisów były skutkiem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, wymagającego dostosowania krajowego porządku prawnego do prawa unijnego.

Nazwa ustawy zawiera sformułowanie „prawo”, co podkreśla kompleksowość regulacji, a także jej doniosłe znaczenie dla rynku zamówień publicznych.

#### Przepisy uzupełniające

2. Ustawa nie reguluje wszystkich spraw z zakresu udzielania zamówień publicznych i zawiera odesłania do innych aktów prawnych, w tym:

- 1) art. 14 p.z.p. odsyła do ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.), statuując, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy tego kodeksu, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej;
- 2) zgodnie z art. 185 ust. 7 p.z.p., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, to do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1822 ze zm.) o sądzie polubownym (arbitrażowym).

## **Systematyka**

3. Ustawa została podzielona na działy, rozdziały i oddziały.

Dział I obejmuje przepisy ogólne, które określają przedmiot regulacji, podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy, podstawowe definicje, zasady udzielania zamówień, sposób komunikacji zamawiającego z wykonawcami, sposoby publikowania ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

Dział II reguluje postępowanie o udzielenie zamówienia poprzez wskazanie: czynności wykonawcy i zamawiającego, sposobu przygotowania postępowania, trybów udzielania zamówień, wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dział III zawiera przepisy szczególne dotyczące umów ramowych, dynamicznego systemu zakupów, konkursu, udzielenia zamówień przez koncesjonariuszy robót budowlanych, zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych, zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Dział IV normuje kwestie związane z umowami w sprawie zamówienia publicznego.

Dział V zawiera przepisy dotyczące Prezesa UZP, Rady Zamówień Publicznych, kontroli udzielania zamówień publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Dział VI poświęcony jest środkom ochrony prawnej, tj. odwołaniu i skardze do sądu.

Dział VII dotyczy odpowiedzialności za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, zaś dział VIII zawiera przepisy przejściowe i końcowe.

## **Zasady**

4. Zasady udzielania zamówień publicznych zostały określone w rozdziale 2 działu I Prawa zamówień publicznych i są następujące:

- 1) zasada zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1);
- 2) zasada równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1);
- 3) zasada przejrzystości (art. 7 ust. 1);
- 4) zasada proporcjonalności (art. 7 ust. 1);
- 5) zasada bezstronności (art. 7 ust. 2);
- 6) zasada obiektywizmu (art. 7 ust. 2);
- 7) zasada legalizmu (art. 7 ust. 3);
- 8) zasada jawności (art. 8);
- 9) zasada pisemności (art. 9 ust. 1);
- 10) zasada prowadzenia postępowania w języku polskim (art. 9 ust. 2 i 3).

## Tryby

5. Zgodnie z art. 10 p.z.p. podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg ograniczony (art. 47–53 p.z.p.) oraz przetarg nieograniczony (art. 39–46 p.z.p.).

Ustawa przewiduje inne tryby, które mają zastosowanie w razie zaistnienia określonych przesłanek, tj.:

- 1) negocjacje z ogłoszeniem (art. 54–60);
- 2) dialog konkurencyjny (art. 60a–60f);
- 3) negocjacje bez ogłoszenia (art. 61–65);
- 4) zamówienie z wolnej ręki (art. 66–68);
- 5) zapytanie o cenę (art. 69–73);
- 6) partnerstwo innowacyjne (art. 73a–73h);
- 7) licytacja elektroniczna (art. 74–81).

## Środki ochrony

6. Środki ochrony prawnej zostały uregulowane w dziale VI ustawy. Należą do nich:
  - 1) **odwołanie** (rozstrzygane przez Krajową Izbę Odwoławczą) – powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania (art. 180–198 p.z.p.);
  - 2) **skarga** do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego – przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego na orzeczenie Izby (art. 198a–198g p.z.p.).

Do wnoszenia tych środków ochrony prawnej są uprawnione podmioty wskazane w art. 179 p.z.p.

## **Kontrola**

7. Kontrola udzielania zamówień została uregulowana w dziale V, rozdziale 3 Prawa zamówień publicznych w art. 161–164 (przepisy ogólne), art. 165–168a (kontrola doraźna) oraz art. 169–171a (kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej).

## **Organy**

8. Centralnym organem administracji rządowej w sprawach z zakresu zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który podlega ministrowi właściwemu do spraw gospodarki. Szczegóły powoływania Prezesa UZP oraz jego kompetencje są uregulowane w art. 152–155 p.z.p.

## **Prawo unijne**

9. Podstawowymi aktami regulującymi tematykę prawa zamówień publicznych na gruncie unijnym są:
  - 1) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65 ze zm.);
  - 2) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243 ze zm.);
  - 3) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335, s. 31);
  - 4) dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395, s. 33 ze zm.);
  - 5) dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25.02.1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE L 76, s. 14 ze zm.);
  - 6) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach

- obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76 ze zm.);
- 7) rozporządzenie Komisji (WE) 1422/2007 z 4.12.2007 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 317, s. 34);
  - 8) rozporządzenie Komisji (UE) 2015/2340 z 15.12.2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 330, s. 14);
  - 9) rozporządzenie Komisji (UE) 2015/2341 z 15.12.2015 r. zmieniające dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 330, s. 16);
  - 10) rozporządzenie Komisji (UE) 2015/2342 z 15.12.2015 r. zmieniające dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 330, s. 18);
  - 11) rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/2170 z 24.11.2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 307, s. 5);
  - 12) rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/2171 z 24.11.2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 307, s. 7);
  - 13) rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/2172 z 24.11.2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 307, s. 9);
  - 14) rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z 11.11.2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296, s. 1);
  - 15) rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z 28.11.2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz.Urz. UE L 74, s. 1).

W dniu 28.07.2016 r. weszła w życie ustawa z 22.07.2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1265).

Znowelizowane ustawą z 22.06.2016 r. – Prawo zamówień publicznych zostało zmienione:

- 1) ustawą z 20.05.2016 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. poz. 831; zmiany w Prawie zamówień publicznych weszły w życie 1.10.2016 r.);
- 2) ustawą z 5.09.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579; zmiany w Prawie zamówień publicznych weszły w życie 7.10.2016 r.);
- 3) ustawą z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. poz. 996; zmiany w Prawie zamówień publicznych weszły w życie 9.10.2016 r.);
- 4) ustawą z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920; ustawa weszła w życie 14.12.2016 r., z wyjątkiem art. 20 ust. 1 pkt 4–7 oraz ust. 3–5, art. 48 ust. 3 i art. 50 (dotyczących zamówień *in-house* oraz partnerstwa publiczno-prywatnego), które wchodzi w życie 1.01.2017 r.).

## Art. 2. [Definicje ustawowe]

Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) **cenie** – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915);
- 1a) **cyklu życia** – należy przez to rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie;
- 2) **dostawach** – należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację;
- 2a) **dynamicznym systemie zakupów** – należy przez to rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są powszechnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane;
- 3) **kierownikowi zamawiającego** – należy przez to rozumieć osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego;
- 4) **(uchylony)**;
- 5) **najkorzystniejszej ofercie** – należy przez to rozumieć ofertę:
  - a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny

- i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo
- b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;
- 5a) newralgicznych robotach budowlanych – należy przez to rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają;
- 5b) newralgicznym sprzęcie – należy przez to rozumieć sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera;
- 5c) newralgicznych usługach – należy przez to rozumieć usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają;
- 5d) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;
- 6) ofercie częściowej – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;
- 7) ofercie wariantowej – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego;
- 7a) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy;
- 7b) protokole – należy przez to rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego w formie pisemnej, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 8) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 8a) sprzęcie wojskowym – należy przez to rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne;
- 8b) sytuacji kryzysowej – należy przez to rozumieć:
- a) wojnę,

- b) konflikt zbrojny,
- c) jakąkolwiek sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia;
- 9) środkach publicznych – należy przez to rozumieć środki publiczne w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 9a) umowie ramowej – należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości;
- 9b) umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami;
- 10) usługach – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy;
- 11) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- 11a) zakupach cywilnych – należy przez to rozumieć zamówienia inne niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1, które obejmują zamówienia na dostawy niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych;
- 12) zamawiającym – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy;
- 13) zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane;
- 14) zamówieniach sektorowych – należy przez to rozumieć zamówienia, o których mowa w art. 132 ust. 1;
- 15) zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – należy przez to rozumieć zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1;
- 16) oznakowaniu – należy przez to rozumieć zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument, potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi;

- 17) środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615) lub faks.**

## Uwagi ogólne

1. Artykuł 2 zawiera zbiór definicji legalnych, które zostały sformułowane wyłącznie na potrzeby prawa zamówień publicznych. Słowniczek ten jest niezwykle istotny, gdyż część pojęć przyjętych na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych (np. definicja dostaw) ma odmienne znaczenie niż terminy uregulowane w Kodeksie cywilnym czy w innych aktach prawnych. W związku z powyższym konieczne jest posługiwanie się przy udzielaniu zamówień publicznych wskazanymi w omawianym artykule definicjami, zaś korzystanie z innych pojęć w tej materii może prowadzić do błędnej interpretacji przepisów prawa. Warto jednak zaznaczyć, iż słowniczek np. w przypadku definicji ceny czy środków publicznych zawiera bezpośrednie odwołanie do znaczenia tych pojęć uregulowanych w odrębnych ustawach.

## Cena

2. Pojęcie ceny zostało uregulowane w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9.05.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 ze zm.). Zgodnie z tymi przepisami cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Z powyższej definicji ceny wprost wynika, że obejmuje ona podatek VAT, w związku z tym mowa tu o kwocie brutto.

Prawo zamówień publicznych nie reguluje waluty, w jakiej powinny być dokonywane transakcje rozliczeniowe pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W art. 36 ust. 2 pkt 6 przewidziano jedynie, iż w przypadku, gdy Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej, SIWZ zawiera informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych. Zastosowanie w tym przypadku będzie miał art. 358 k.c., zgodnie z którym, jeżeli przedmiotem zobowiązania podlegającego wykonaniu na terytorium RP jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia w walucie obcej.

Wartość waluty obcej określa się według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z dnia wymagalności roszczenia, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe

lub czynność prawna stanowi inaczej. W razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia w walucie polskiej według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski w dniu, w którym zapłata jest dokonana.

### Cykl życia produktu

3. Zgodnie z pkt 1a omawianego przepisu przez cykl życia produktu należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenia, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie. Definicja ta w związku z nowelizacją dokonaną ustawą z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020) uległa rozszerzeniu w wyniku konieczności dostosowania przepisów prawa krajowego do porządku unijnego (dyrektywa 2014/24/UE). Wobec powyższego pojęcie cyklu życia oznacza okres funkcjonowania produktu i powinno być odnoszone do wszelkich przedmiotów zamówienia, tj. dostaw, usług, robót budowlanych. Ustawodawca szczegółowo wskazuje na fazy życia produktu, które należy brać pod uwagę, tj. badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenia, zużycie, wyburzenie, wycofanie, usuwanie.

Zgodnie z art. 91 ust. 3b i 3c p.z.p. kryterium kosztu można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia.

Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
  - a) nabyciem,
  - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
  - c) utrzymaniem,
  - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu;
- 2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych, dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować.

Zgodnie z art. 2 ust. 20 dyrektywy 2014/24/UE „cykl życia” oznacza wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym działania badawczo-rozwojowe, które należy wykonać, produkcję, obrót i jego warunki, transport, użytkowanie i utrzymanie, w całym okresie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi, od nabycia surowca lub wytworzenia zasobów po wywóz, usunięcie i zakończenie obsługi lub użytkowania.

Rachunek czy inaczej analiza kosztów życia produktu (*Life Cycle Cost* – LCC) wywodzi się z dziedziny zarządzania przedsiębiorstwem. Dla zamówień publicznych jest to narzędzie użyteczne w zakresie racjonalizacji dokonywania przez zamawiających wydatków na zamówienia w perspektywie całego okresu użytkowania nabywanego produktu. Pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, oferującej najbardziej dla niego optymalny zakup z uwzględnieniem kosztów produktu lub usługi przez cały okres użytkowania, takich jak cena zakupu, koszty użytkowania, konserwacji i koszty utylizacji.

Przy użyciu kryterium kosztu cyklu życia możliwy jest wybór oferty najkorzystniejszej kosztowo dla zamawiającego w perspektywie długookresowej uwzględniającej nie tylko wydatek początkowy, ale również inne koszty, które zamawiający będzie ponosił w związku z użytkowaniem nabywanego produktu. Całkowity koszt życia obliczany jest zatem z uwzględnieniem zarówno kosztów zakupu i instalacji, rocznych kosztów wydatków związanych z użytkowaniem (koszty energii elektrycznej, koszty obsługi i napraw, koszty eksploatacji) pomnożonych przez zakładaną liczbę lat użytkowania, jak i z uwzględnieniem takich czynników, jak stopa inflacji i stopa oprocentowania (dyskonta). Powyższe narzędzie umożliwia z jednej strony racjonalizację przez zamawiających wydatków związanych z nabyciem i użytkowaniem danego produktu, a z drugiej strony rozwój innowacyjności i optymalizację zaproponowanych w ofercie rozwiązań wchodzących w skład oferowanego produktu, np. wyposażenia nabywanego produktu zwiększającego jego walory użytkowe, zwiększenie niezawodności i dostępności części zamiennych, minimalizację kosztów związanych z bieżącą eksploatacją. Wymaga podkreślenia, że korzystanie z kryterium kosztu cyklu życia nie oznacza uzyskania przez zamawiającego dokładnych danych dotyczących wydatków związanych z użytkowaniem nabywanego produktu, ale danych szacunkowych uzyskiwane na potrzeby dokonania oceny ofert. Posłużenie się tym kryterium wymaga przedstawienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnych danych przyjętych przez zamawiającego do dokonywania obliczeń zgodnie z ustalonym wzorcem<sup>1</sup>.

## Dostawa

4. Zgodnie z pkt 2 omawianego artykułu przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, najmu, dostawy, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Jak zostało już wskazane, pojęcie dostawy należy do grupy autonomicznych definicji, które zostały stworzone na potrzeby Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym dostawę należy interpretować odmiennie niż na gruncie art. 605 k.c., zgodnie z którym przez umowę dostawy dostawca

<sup>1</sup> J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, Warszawa 2011, s. 25.

zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Definicja legalna w Prawie zamówień publicznych ma zdecydowanie szerszy zakres niż ta uregulowana w Kodeksie cywilnym. Na gruncie Prawa zamówień publicznych wykonawcą może być podmiot, który niekoniecznie jest wytwórcą (producentem) danej rzeczy, ale jest podmiotem pośredniczącym. Przedmiotem dostawy są rzeczy oraz inne dobra. Na podstawie art. 45 k.c. rzeczami są tylko przedmioty materialne. Zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem w literaturze przedmiotu rzeczami są materialne części przyrody w stanie pierwotnym lub przetworzonym, na tyle wyodrębnione w sposób naturalny lub sztuczny, że w stosunkach społeczno-gospodarczych mogą być traktowane jako samoistne.

W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. definicja dostaw uległa rozszerzeniu poprzez wskazanie, że dostawy obejmują także leasing z opcją lub bez opcji zakupu oraz mogą obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Ustawodawca przykładowo wskazał na umowy, w wyniku których mogą być realizowane dostawy, tj.:

- 1) **umowa sprzedaży** – zgodnie z art. 535 k.c. „przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę”;
- 2) **umowa dostawy** – zgodnie z art. 605 k.c. „przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny”;
- 3) **umowa najmu** – zgodnie z art. 659 k.c. „przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz. Czynsz może być oznaczony w pieniądzu lub w świadczeniach innego rodzaju”;
- 4) **umowa dzierżawy** – zgodnie z art. 693 k.c. „przez umowę dzierżawy wydierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydierżawiającemu umówiony czynsz. Czynsz może być zastrzeżony w pieniądzu lub świadczeniach innego rodzaju. Może być również oznaczony w ułamkowej części pożytków”;
- 5) **umowa leasingu** – zgodnie z art. 709<sup>1</sup> k.c. „przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego”.

## Dynamiczny system zakupów

5. Zgodnie z pkt 2a omawianego artykułu przez dynamiczny system zakupów należy rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są powszechnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane. W związku z nowelizacją z 22.06.2016 r. przedmiot dynamicznego systemu zakupów został rozszerzony przez dodanie do definicji robót budowlanych. Szczegółowe uregulowania dotyczące dynamicznego systemu zakupów znajdują się w rozdziale 2 Prawa zamówień publicznych (art. 102–104g).

Zgodnie z art. 102 p.z.p.:

- „1. Zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, jeżeli przepisy art. 102–104 nie stanowią inaczej.
- 1a. Dynamiczny system zakupów może zostać podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Cechy te mogą, w szczególności, dotyczyć dopuszczalnej wielkości późniejszych zamówień lub obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane.
- 3a. W przypadku zmiany czasu trwania dynamicznego systemu zakupów zamawiający zmienia ogłoszenie o zamówieniu.
4. Zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji”.

W motywach nr 63–66 dyrektywy 2014/24/UE dotyczących dynamicznego systemu zakupów stwierdza się:

„(63) Na podstawie dotychczasowych doświadczeń istnieje również konieczność dostosowania przepisów regulujących dynamiczne systemy zakupów, aby umożliwić instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości oferowanych przez ten instrument. Systemy te należy uprościć, w szczególności poprzez ich realizację w drodze procedury ograniczonej, eliminując w ten sposób konieczność składania ofert orientacyjnych, uznanych za jedno z głównych obciążeń związanych z dynamicznymi systemami zakupów. Zatem każdy wykonawca, który złoży wniosek o dopuszczenie do udziału i który spełnia kryteria kwalifikacji, powinien mieć możliwość udziału w postępowaniach o udzielanie zamówień prowadzonych na podstawie dynamicznego systemu zakupów w okresie jego ważności. Ten sposób dokonywania zakupów umożliwia instytucji zamawiającej korzystanie ze szczególnie szerokiej gamy ofert, a co za tym idzie, zapewnia optymalne wykorzystanie środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji w odniesieniu do powszechnie używanych lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku.

(64) Analiza tych wniosków o dopuszczenie do udziału powinna zazwyczaj być przeprowadzona w ciągu maksymalnie 10 dni roboczych, mając na uwadze fakt, że ocena kryteriów kwalifikacji będzie się odbywać na podstawie uproszczonych wymogów dotyczących dokumentacji określonych w niniejszej dyrektywie. Jednak gdy dynamiczny system zakupów jest ustanawiany po raz pierwszy, instytucje zamawiające mogą – w odpowiedzi na pierwszą publikację ogłoszenia o zamówieniu lub na zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania – otrzymać tak dużą liczbę wniosków o dopuszczenie do udziału, że mogą potrzebować więcej czasu na ich analizę. Powinno to być dopuszczalne, pod warunkiem że przed przeanalizowaniem wszystkich wniosków, nie zostanie rozpoczęte żadne konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia. Instytucje zamawiające powinny mieć swobodę w organizowaniu sposobu analizy wniosków o dopuszczenie do udziału, na przykład postanawiając analizować je tylko raz w tygodniu, pod warunkiem że dotrzymane są terminy rozpatrzenia każdego wniosku.

(65) W każdej chwili w okresie ważności dynamicznego systemu zakupów instytucje zamawiające powinny mieć możliwość zażądania od wykonawców przedłożenia – w odpowiednim terminie – nowego i zaktualizowanego oświadczenia własnego o spełnieniu kryteriów kwalifikacji jakościowej. Należy pamiętać, że przewidziana w ogólnych przepisach niniejszej dyrektywy dotyczących środków dowodowych możliwość zwrócenia się do wykonawców o przedłożenie dokumentów potwierdzających i obowiązek ich przedłożenia przez oferenta, któremu udzielono zamówienia, ma zastosowanie również do dynamicznych systemów zakupów.

(66) Aby zwiększyć możliwości udziału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w dynamicznym systemie zakupów na dużą skalę, na przykład w systemie obsługiwanym przez centralną jednostkę zakupującą, dana instytucja zamawiająca powinna być w stanie przedstawić ten system w obiektywnie określonych kategoriach produktów, robót budowlanych lub usług. Kategorie te powinny być określone przez odniesienie do obiektywnych czynników, które mogą obejmować na przykład maksymalną dopuszczalną wielkość konkretnych zamówień udzielanych w ramach danej kategorii lub konkretny obszar geograficzny, w którym konkretne zamówienia mają być realizowane. Gdy dynamiczny system zakupów podzielony jest na kategorie, instytucja zamawiająca powinna stosować kryteria kwalifikacji proporcjonalne do cech charakterystycznych danej kategorii”.

## Kierownik zamawiającego

6. Kierownikiem zamawiającego jest osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego.

Kierownikiem zamawiającego może być osoba fizyczna (np. w gminie kierownikiem zamawiającego będzie wójt, burmistrz, prezydent, w przedsiębiorstwie państwowym

– dyrektor przedsiębiorstwa) lub organ kolegialny (zarząd, rada nadzorcza<sup>2</sup>). W przypadku spółek kapitałowych kierownikiem zamawiającego będzie zarząd, który zgodnie z art. 201 k.s.h. (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) i art. 368 k.s.h. (spółka akcyjna) prowadzi sprawy spółki oraz ją reprezentuje. W przypadku spółek osobowych kierownikiem zamawiającego będzie odpowiednio:

- 1) w spółce jawnej – wspólnicy prowadzący sprawy spółki;
- 2) w spółce partnerskiej – partnerzy prowadzący sprawy spółki;
- 3) w spółce komandytowej i spółce komandytowo-akcyjnej – komplementariusze prowadzący sprawy spółki.

W piśmiennictwie wskazuje się, że jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bierze udział – jako wykonawca – prezes spółki, to wówczas czynności kierownika zamawiającego w całym postępowaniu wypełnia rada nadzorcza spółki<sup>3</sup>.

Kierownikiem zamawiającego może być także osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą.

Kierownikiem zamawiającego może być także osoba, która zarządza zamawiającym na podstawie umowy cywilnoprawnej (kontraktu menedżerskiego), a także syndyk w przypadkach określonych w art. 312 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.).

Kierownikiem zamawiającego, zgodnie z treścią pkt 3 omawianego artykułu, nie może być pełnomocnik (co ma również zastosowanie do prokurentów, gdyż prokura jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa, przewidzianym dla przedsiębiorców). Pełnomocnik działa bowiem w imieniu i na rzecz mocodawcy, w związku z tym kierownik zamawiającego nie może uniknąć odpowiedzialności poprzez ustanowienie pełnomocnika.

Prawa i obowiązki kierownika zamawiającego reguluje w sposób szczegółowy Prawo zamówień publicznych. Artykuł 18 p.z.p. przedstawia zasady odpowiedzialności kierownika zamawiającego, zaś art. 19–21 p.z.p. dotyczą sposobu powołania, zadań, składu i struktury organizacji komisji przetargowej, która stanowi zespół pomocniczy kierownika zamawiającego.

<sup>2</sup> Zob. Opinia UZP, *Definicja kierownika zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami ustawy o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych oraz ustawy o służbie cywilnej*, [www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/definicja-kierownika-zamawiajacego-w-rozumieniu-art.-2-pkt-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-w-zwiazku-z-przepisami-ustawy-o-panstwowym-zasobie-kadrowym-i-wysokich-stanowiskach-panstwowch-oraz-ustawy-o-sluzbie-cywilnej](http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/definicja-kierownika-zamawiajacego-w-rozumieniu-art.-2-pkt-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-w-zwiazku-z-przepisami-ustawy-o-panstwowym-zasobie-kadrowym-i-wysokich-stanowiskach-panstwowch-oraz-ustawy-o-sluzbie-cywilnej) (dostęp: 31.01.2017 r.).

<sup>3</sup> W. Dzierżanowski, *Prezes spółki może być wykonawcą zamówienia*, <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/5687,prezes-spolki-moze-byc-wykonawca-zamowienia.html> (dostęp: 31.01.2017 r.).

## Najkorzystniejsza oferta

7. Oferta najkorzystniejsza to taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo oferta z najniższą ceną lub kosztem, w przypadku gdy jedynym kryterium jest cena lub koszt.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne wskaźniki odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 p.z.p., dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażowy oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

A zatem pod pojęciem najkorzystniejszej oferty należy uznawać ofertę, która:

- 1) przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub
- 2) najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena (lub koszt) jest stała, albo
- 3) zawiera najniższą cenę (lub koszt), gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający wybiera więc ofertę:

- 1) o najlepszej relacji jakości i ceny – w tej sytuacji wykonawcy konkurować będą zarówno ceną (kosztem), jak i jakością;
- 2) o najwyższej jakości możliwej do uzyskania za z góry podaną cenę lub koszt – w takim przypadku walka konkurencyjna pomiędzy uczestnikami postępowania będzie odbywać się w zakresie jakości;
- 3) najtańszą – gdy cena jest jedynym kryterium zgodnie z art. 91 ust. 2a p.z.p. (w tym przypadku wykonawcy będą konkurować wyłącznie ceną).

## Newralgiczne roboty budowlane

8. Przez pojęcie newralgicznych robót budowlanych należy rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejaw-

nych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Termin ten został wprowadzony do Prawa zamówień publicznych ustawą z 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271), kiedy została wprowadzona nowa kategoria zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w związku z koniecznością dostosowania przepisów prawa krajowego do unijnego. Newralgiczne roboty budowlane są to roboty budowlane o specjalnym przeznaczeniu, np. budowa budynków służb specjalnych. Definicja przyjęta na gruncie Prawa zamówień publicznych jest tożsama z definicją dyrektywy 2009/81/WE.

### **Newralgiczny sprzęt**

9. Pojęcie newralgicznego sprzętu, podobnie jak pojęcie newralgicznych robót budowlanych, zostało wprowadzone nowelizacją z 12.10.2012 r. Zgodnie z pkt 5b omawianego artykułu przez newralgiczny sprzęt należy rozumieć sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera. Definicja przyjęta na gruncie Prawa zamówień publicznych jest tożsama z definicją implementowanej dyrektywy 2009/81/WE.

### **Newralgiczne usługi**

10. Newralgiczne usługi (tak jak newralgiczne roboty budowlane oraz newralgiczny sprzęt) zostały wprowadzone nowelizacją z 12.10.2012 r. Zgodnie z art. 2 pkt 5c p.z.p. przez newralgiczne usługi należy rozumieć usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Definicja przyjęta na gruncie Prawa zamówień publicznych jest tożsama z definicją implementowanej dyrektywy 2009/81/WE.

### **Obiekt budowlany**

11. Zgodnie z art. 2 pkt 5d p.z.p. przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zgodnie z art. 1 pkt 3 dyrektywy 2009/81/WE terminem „obiekt budowlany” określa się wynik całości robót w zakresie budownictwa lub inżynierii, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. W związku z powyższym obiektem może być zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, który ma na celu spełnianie określonej funkcji gospodarczej lub technicznej. Szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, ale tworzą jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką inwestycja ta

ma spełniać, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na to zamierzenie<sup>4</sup>.

Zgodnie z opinią UZP: „W orzecznictwie ETS (obecnie TSUE) istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych. Obiektem może być zatem przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie za obiekt budowlany w rozumieniu nowej definicji uznany zostanie także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. Wobec powyższego szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie”<sup>5</sup>.

Zgodnie z motywem 9 dyrektywy 2014/24/UE „wykonanie obiektu budowlanego spełniającego wymogi określone przez instytucję zamawiającą wymaga uprzedniego podjęcia przez daną instytucję środków służących określeniu rodzaju obiektu lub co najmniej wywarcia przez nią decydującego wpływu na jego projekt. Fakt, czy wykonawca wykonuje całość lub część obiektu budowlanego własnymi środkami, czy też zapewnia ich wykonanie w inny sposób, nie powinien zmienić klasyfikacji danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane, o ile dany wykonawca przyjmuje bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie, które jest prawnie możliwe do wyegzekwowania, do zapewnienia wykonania danych robót budowlanych”.

## Oferta częściowa

12. Pod pojęciem oferty częściowej należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 p.z.p., w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. W dotychczasowym stanie prawnym kwestię podziału zamówienia na części regulował m.in. art. 82 ust. 2 i 3 p.z.p., a w związku z nowelizacją z 22.06.2016 r. został on zastąpiony przez nowy

<sup>4</sup> Opinia UZP, *Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opis-i-szacowanie-przedmiotu-zamowienia-na-roboty-budowlane> (dostęp: 17.12.2016 r.).

<sup>5</sup> Opinia UZP, *Opis i szacowanie...*

art. 36aa p.z.p. Zgodnie z brzmieniem nowej regulacji zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na podział zamówienia na części, określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy. W konsekwencji zamawiający może ograniczyć liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem, że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w jednym ze wskazanych powyżej dokumentów postępowania. W przypadku decyzji co do ograniczenia liczby części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, zamawiający określa w SIWZ obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.

Nowością wprowadzoną nowelizacją z 22.06.2016 r. jest również art. 96 ust. 11 p.z.p., zgodnie z którym sporządzony przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania protokół powinien zawierać powody niedokonania podziału zamówienia na części.

### **Oferta wariantowa**

13. Zgodnie z art. 2 pkt 7 p.z.p. przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

W związku z powyższym oferta wariantowa to oferta, która zawiera odmienne od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia propozycje.

Na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 4 p.z.p., w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera 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.

W myśl art. 83 p.z.p. zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga. Oferta wariantowa musi spełniać minimalne wymagania określone przez zamawiającego.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła więc nowe rozwiązanie zezwalające zamawiającemu nie tylko na dopuszczenie, ale również na wymaganie złożenia oferty wariantowej. W takiej sytuacji wykonawcy zobowiązani będą do składania dwóch ofert.

## Postępowanie o udzielenie zamówienia

14. Zgodnie z art. 2 pkt 7a przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

W związku z powyższą definicją momentem wszczęcia postępowania jest publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub przesłaniu zaproszenia do składania ofert albo przesłanie zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Cel postępowania o udzielenie zamówienia wynika wprost z ustawy i sprowadza się do wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie i orzecznictwie panuje rozbieżność co do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z dominującym stanowiskiem zakończenie postępowania następuje po wyborze najkorzystniejszej oferty, wynegocjowaniu warunków umowy, jak również unieważnieniu postępowania<sup>6</sup>.

Z kolei zgodnie z innym poglądem postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Opinia UZP, *Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)*, <http://starastrona.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1550> (dostęp: 31.01.2017 r.); orz. GKO z 14.04.2011 r., BDF1/4900/15/17-18/RN-6/11/840, KIO 31/11, KIO 14/13.

<sup>7</sup> Zob. uchw. SN z 17.12.2010 r., III CZP 103/10; wyr. KIO z 31.07.2012 r., KIO 1511/12; wyr. KIO z 3.07.2012 r., KIO 1275/12.

## Protokół

15. Zgodnie z art. 2 pkt 7b p.z.p. przez protokół należy rozumieć dokument sporządzony przez zamawiającego w formie pisemnej, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicja ta została wprowadzona do ustawy nowelizacją z 22.06.2016 r. Ustawodawca w przepisie wskazał wymaganą formę pisemną. W związku z tym konieczne jest, by zamawiający, który na bieżąco elektronicznie uzupełniał protokół, następnie wydrukował go i opatrzył wymaganymi podpisami. Dlatego też powinien on zawierać co najmniej: opis przedmiotu zamówienia, informację o trybie udzielenia zamówienia, imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim, i jeśli jest to wiadome w danym momencie – imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców; nazwę i adres zamawiającego, przedmiot i wartość umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów; w stosownych przypadkach powinien także zawierać wyniki badania podstaw wykluczenia, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w tym:

- 1) imię i nazwisko albo nazwę wykonawców, którzy – nie podlegając wykluczeniu – wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz powody wyboru tych wykonawców;
- 2) imię i nazwisko albo nazwę wykonawców, którzy, podlegając wykluczeniu, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, oraz powody ich niezaproszenia do udziału w postępowaniu, powody odrzucenia ofert; w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki – wskazanie okoliczności uzasadniających zastosowanie wybranego trybu; powody, z których zamawiający postanowił nie udzielać zamówienia, nie zawierać umowy ramowej albo nie ustanawiać dynamicznego systemu zakupów; powody niedokonania podziału zamówienia na części; powody odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej do składania ofert; w przypadku gdy wykonawca lub osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają z zamawiającym lub osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 1–4, informację na temat tych relacji i podjęte w związku z tym środki; informacje dotyczące osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozostających w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 1–4, i złożenia przez nie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2.

## Roboty budowlane

16. Przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wskazana definicja ma autonomiczny charakter i została stworzona na potrzeby Prawa zamówień publicznych. Przed wprowadzeniem tego pojęcia nowelizacją z 12.10.2012 r. ustawa odwoływała się do przepisów ustawy z 7.07.1994 – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.). Definicja robót budowlanych określona w art. 2 pkt 8 p.z.p. odpowiada definicji zamówień na roboty budowlane, zawartej w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE. Zgodnie z przyjętą na gruncie Prawa zamówień publicznych definicją roboty budowlane obejmują:

- 1) wykonanie robót budowlanych;
- 2) zaprojektowanie robót budowlanych;
- 3) realizację obiektu budowlanego

za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W celu pełnego zrozumienia powyższych pojęć konieczne jednak wydaje się odniesienie się do Prawa budowlanego, które definiuje wskazane terminy w sposób następujący:

- 1) obiekt budowlany – budynek, budowla bądź obiekt małej architektury wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych (art. 3 pkt 1);
- 2) budowa – wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6);
- 3) przebudowa – wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a);
- 4) remont – wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8);
- 5) budynek – obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2),
- 6) budynek mieszkalny jednorodzinny – budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb

mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku (art. 3 pkt 2a);

- 7) budowla – każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, np. obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową (art. 3 pkt 3);
- 8) obiekt małej architektury – niewielkie obiekty, a w szczególności:
  - a) kultu religijnego, np. kapliczki, krzyże przydrożne, figury,
  - b) posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej,
  - c) użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, takie jak: piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki (art. 3 pkt 4).

Przez realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, należy rozumieć powierzenie wykonawcy wykonania gotowego obiektu budowlanego zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego na gruncie nienależącym do zamawiającego, a kolejno przeniesienie własności lub innych praw do gotowego obiektu.

Na podstawie regulacji art. 2c p.z.p. z 26.07.2016 r. Minister Rozwoju wydał rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. poz. 1125).

## Sprzęt wojskowy

17. Zgodnie z art. 2 pkt 8a p.z.p. przez sprzęt wojskowy należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.

Definicja ta została wprowadzona do polskiego porządku prawnego nowelizacją z 12.10.2012 r. i ma swoje odzwierciedlenie w implementowanej dyrektywie 2009/81/WE.

Zgodnie z powyższym przez sprzęt wojskowy należy rozumieć zaprojektowane dla wojska wyposażenie, a także sprzęt specjalnie zaadaptowany, pierwotnie przeznaczo-

ny do użytku cywilnego, a dopiero następnie przystosowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.

Sprzęt wojskowy w rozumieniu art. 2 pkt 8 p.z.p. nie jest wyłącznie przeznaczony dla wojska. Również inne służby w zakresie obronności mogą używać „sprzętu wojskowego”, np. policja.

## Sytuacja kryzysowa

18. Przez sytuację kryzysową przyjętą na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć wojnę, konflikt zbrojny, a także jakąkolwiek sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia. Zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu ustawy o zmianie Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi „(...) można stwierdzić, iż sytuacją kryzysową będzie m.in. stan klęski żywiołowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także będzie mógł być określony tym pojęciem, pod warunkiem spełnienia ww. przesłanek, stan wojenny oraz stan wyjątkowy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>8</sup>.

## Środki publiczne

19. Definicja środków publicznych uregulowana w art. 2 pkt 9 p.z.p. zawiera odesłanie do ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1870 ze zm.).

Zgodnie z art. 5 wyżej wymienionej ustawy środkami publicznymi są:

- 1) dochody publiczne;
- 2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA);
- 3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2;
- 4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:
  - a) ze sprzedaży papierów wartościowych,
  - b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,

<sup>8</sup> Uzasadnienie z 31.05.2012 r. projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, VI kadencja, druk sejm. nr 455, s. 11.

- c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,
  - d) z otrzymanych pożyczek i kredytów,
  - e) z innych operacji finansowych;
- 5) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

Do przychodów budżetu państwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 lit. e u.f.p., zalicza się także środki przekazane z rachunków depozytowych Ministra Finansów, o których mowa w art. 83a u.f.p., na inne rachunki Ministra Finansów.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 u.f.p. dochodami publicznymi są:

- 1) daniny publiczne, do których zalicza się: podatki, składki, opłaty, wpłaty z zysku przedsiębiorstw państwowych i jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz banków państwowych, a także inne świadczenia pieniężne, których obowiązek ponoszenia na rzecz państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych oraz innych jednostek sektora finansów publicznych wynika z odrębnych ustaw;
- 2) inne dochody budżetu państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych należne na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych;
- 3) wpływy ze sprzedaży wyrobów i usług świadczonych przez jednostki sektora finansów publicznych;
- 4) dochody z mienia jednostek sektora finansów publicznych, do których zalicza się w szczególności:
  - a) wpływy z umów najmu, dzierżawy i innych umów o podobnym charakterze,
  - b) odsetki od środków na rachunkach bankowych,
  - c) odsetki od udzielonych pożyczek i od posiadanych papierów wartościowych,
  - d) dywidendy z tytułu posiadanych praw majątkowych;
- 5) spadki, zapisy i darowizny w postaci pieniężnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych;
- 6) odszkodowania należne jednostkom sektora finansów publicznych;
- 7) kwoty uzyskane przez jednostki sektora finansów publicznych z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji;
- 8) dochody ze sprzedaży majątku, rzeczy i praw, niestanowiące przychodów w rozumieniu ust. 1 pkt 4 lit. a i b.

Do środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz do niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) zalicza się:

- 1) środki pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, z wyłączeniem środków, o których mowa w pkt 5 lit. a i b;

- 2) niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), z wyłączeniem środków, o których mowa w pkt 5 lit. c i d:
  - a) Norweskiego Mechanizmu Finansowego,
  - b) Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
  - c) Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy;
- 3) środki przeznaczone na realizację programów przedakcesyjnych oraz Programu Środki Przejściowe;
- 4) środki na realizację wspólnej polityki rolnej;
- 5) środki przeznaczone na realizację:
  - a) programów w ramach celu Europejska Współpraca Terytorialna,
  - b) programów, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 1638/2006 z 24.10.2006 r. określającym przepisy ogólne w sprawie ustanowienia Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (Dz. Urz. UE L 310, s. 1) oraz programów Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa,
  - c) Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2004–2009,
  - d) Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2004–2009;
- 6) środki przeznaczone na realizację inicjatywy na rzecz zatrudnienia ludzi młodych;
- 7) środki Europejskiego Funduszu Pomocy Najbardziej Potrzebującym;
- 8) środki pochodzące z instrumentu „Łącząc Europę”, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1316/2013 z 11.12.2013 r. ustanawiającym instrument „Łącząc Europę”, zmieniającym rozporządzenie (UE) 913/2010 oraz uchylającym rozporządzenia (WE) 680/2007 i (WE) 67/2010 (Dz. Urz. UE L 348, s. 129, ze zm.);
- 9) inne środki.

Rada Ministrów może określić, w drodze rozporządzenia, środki publiczne niezaliczane do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 5c i 6 u.f.p., oraz termin, w którym środki te powinny być wydatkowane, uwzględniając źródło ich pochodzenia, przeznaczenie oraz beneficjentów tych środków.

## Umowa ramowa

20. Umowa ramowa, zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 9a p.z.p., to umowa zawarta między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Umowa ramowa może być stosowana w zamówieniach klasycznych oraz w sektorowych. Umowa ramowa nie została uregulowana w żadnym innym akcie prawnym poza Prawem zamówień publicznych. Ma ona na celu organizowanie procesu zawierania

umów w przyszłości, co pozwala na znalezienie podobieństw do umowy przedwstępnej uregulowanej w Kodeksie cywilnym, choć oczywiście zauważalne są istotne różnice pomiędzy oboma rodzajami umów.

W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. zmieniono brzmienie art. 99 i obecnie zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego. W dotychczasowym stanie prawnym zamawiający mógł zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówień jedynie w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Artykuły 99–101b p.z.p. w sposób szczegółowy określają zasady zawierania umowy ramowej (okres, liczbę wykonawców; przepisy te uległy znacznym modyfikacjom na skutek nowelizacji z 22.06.2016 r.).

Celem zawierania umów ramowych jest zapewnienie, aby zamawiający mógł dokonać wyboru wykonawców – dostawców potrzebnych produktów, które w oparciu o umowy ramowe zamierza nabyć w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej, a następnie w oparciu o zweryfikowanych wykonawców i ich oferty nabywać towary i usługi w szybkim terminie poprzez zamówienia realizacyjne, bez ponawiania czasochłonnych postępowań przetargowych (zob. wyr. KIO z 2.06.2014 r., KIO 985/14, LEX nr 1477571).

Zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Zawarcie umowy ramowej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Celowość decyzji zamawiającego nie podlega kwestionowaniu przez wykonawców (zob. wyr. KIO z 17.07.2013 r., KIO 1584/13, LEX nr 1395876).

Zgodnie z motywami 60–62 dyrektywy 2014/24/UE:

„(60) Umowy ramowe są powszechnie wykorzystywanym instrumentem, uznawanym za skuteczną technikę udzielania zamówień w całej Europie. Instrument ten powinien zatem zostać zachowany zasadniczo w obecnej formie. Należy jednak doprecyzować niektóre aspekty, w szczególności fakt, że umów ramowych nie powinny stosować instytucje zamawiające niezidentyfikowane w takiej umowie. W związku z tym instytu-

cje zamawiające będące stronami konkretnej umowy ramowej powinny być od początku wyraźnie wskazane poprzez nazwę lub inaczej, np. przez odesłanie do konkretnej kategorii instytucji zamawiających w wyraźnie oznaczonym obszarze geograficznym, tak by można było łatwo i jednoznacznie zidentyfikować te instytucje zamawiające. Podobnie nowi wykonawcy nie powinni mieć możliwości przystąpienia do umowy ramowej po jej zawarciu. Oznacza to na przykład, że gdy centralna jednostka zakupująca korzysta z ogólnego rejestru instytucji zamawiających lub ich kategorii, takich jak władze lokalne w danym obszarze geograficznym, uprawnionych do korzystania z umów ramowych zawartych przez tę centralną jednostkę zakupującą, jednostka ta powinna to zrobić w sposób umożliwiający weryfikację nie tylko tożsamości danej instytucji zamawiającej, lecz także terminu, od którego nabywa ona prawo do korzystania z umowy ramowej zawartej przez centralną jednostkę zakupującą, ponieważ termin ten decyduje o tym, z których konkretnych umów ramowych ta instytucja zamawiająca może korzystać.

(61) Obiektywne warunki ustalania, którzy wykonawcy będący stronami umowy ramowej powinni wykonywać dane zadanie, takie jak dostawy lub usługi przeznaczone do wykorzystania przez osoby fizyczne, mogą, w kontekście umów ramowych określających wszystkie warunki, obejmować potrzeby tych osób fizycznych lub wybór, którego dokonali.

Instytucje zamawiające powinny mieć większą elastyczność przy dokonywaniu zamówień na mocy umów ramowych, które są zawierane z co najmniej dwoma wykonawcami i określają wszystkie warunki.

W takich przypadkach instytucjom zamawiającym należy umożliwić uzyskanie konkretnych robót budowlanych, dostaw lub usług objętych umową ramową albo przez nałożenie wymogu ich wykonania na jednego z wykonawców, ustalonego zgodnie z obiektywnymi kryteriami i na warunkach uprzednio określonych, albo przez udzielenie konkretnego zamówienia na te roboty budowlane, dostawy lub usługi w następstwie minikonkursu przeprowadzonego wśród wykonawców będących stronami danej umowy ramowej. Aby zapewnić przejrzystość i równe traktowanie, instytucje zamawiające powinny wskazać w dokumentach zamówienia dotyczących danej umowy ramowej obiektywne kryteria, które będą regulowały wybór między tymi dwiema metodami realizacji umowy ramowej. Kryteria te mogą dotyczyć na przykład ilości, wartości lub cech charakterystycznych danych robót budowlanych, dostaw lub usług, w tym na przykład wyższego poziomu usługi lub większego poziomu bezpieczeństwa, lub różnic cenowych w porównaniu do uprzednio ustalonego cennika. Umowy ramowe nie powinny być stosowane w sposób nieodpowiedni ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję. Zgodnie z niniejszą dyrektywą instytucje zamawiające nie powinny mieć obowiązku zamawiania robót budowlanych, dostaw lub usług objętych umową ramową na mocy tej umowy ramowej.

(62) Należy również sprecyzować, że chociaż zamówienia oparte na umowie ramowej mają być udzielone przed zakończeniem okresu obowiązywania samej umowy ramowej, to okres obowiązywania poszczególnych umów w sprawie zamówień opartych na umowie ramowej nie musi odpowiadać okresowi obowiązywania tej umowy ramowej, lecz może być – stosownie do przypadku – krótszy lub dłuższy. W szczególności należy zezwolić na określanie długości poszczególnych umów opartych na umowie ramowej, z uwzględnieniem takich czynników, jak czas konieczny do ich realizacji gdy uwzględnia się utrzymanie sprzętu o oczekiwanym okresie użytkowania przekraczającym cztery lata lub gdy konieczne jest intensywne szkolenie personelu w celu realizacji zamówienia.

Należy również wyjaśnić, że mogą zaistnieć przypadki wyjątkowe, w których powinno się zezwolić na to, by okres obowiązywania samych umów ramowych był dłuższy niż cztery lata. Takie przypadki, które powinny być należycie uzasadnione, w szczególności przedmiotem umowy ramowej, mogą się pojawić np. gdy wykonawcy muszą dysponować sprzętem, którego okres amortyzacji przekracza cztery lata i który musi być dostępny w każdej chwili w całym okresie obowiązywania danej umowy ramowej”.

## Umowa o podwykonawstwo

21. Umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane – także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Definicja legalna umowy o podwykonawstwo z art. 2 pkt 9b p.z.p. wskazuje na krąg podmiotów w zależności od przedmiotu zamówienia. W przypadku usług lub dostaw umowa o podwykonawstwo zostaje zawarta pomiędzy wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą). W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane definicja umowy o podwykonawstwo wskazuje, iż jest to umowa zawarta także pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

## Usługi

22. Zgodnie z art. 2 pkt 10 przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Wskazana definicja ma charakter negatywny, gdyż określa usługi na zasadzie wykluczenia dwóch pozostałych przedmiotów zamówienia, tj. dostaw i robót budowlanych. Jest to zabieg celowy, „uszczelniający” system zamówień publicznych. Definicja usług dopełnia i domyka bowiem

zakresy dostaw i robót budowlanych. Ustawą z 22.06.2016 r. zrezygnowano z podziału na usługi priorytetowe i niepriorytetowe. Niejako w zamian, w rozdziale 6 działu III Prawa zamówień publicznych, w art. 138g–138t, uregulowano usługi społeczne i inne szczególnie usługi.

## Wykonawca

23. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 p.z.p. wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. A zatem definicja wykonawcy ma zmienny zakres uzależniony od etapu prowadzonego postępowania. Status wykonawcy posiada zarówno każdy podmiot, który pobrał specyfikację istotnych warunków zamówienia, następnie tylko ten, który złożył wniosek lub ofertę, a w końcowej fazie wyłącznie ten wykonawca, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Przepisy dotyczące wykonawcy mają również zastosowanie do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących w tym celu konsorcjum (art. 23 ust. 3 p.z.p.). Warto również zaznaczyć, iż ustawodawca, wskazując krąg podmiotów, nie uzależnia możliwości bycia wykonawcą od posiadania statusu przedsiębiorcy, dlatego też wykonawcą może być każdy, zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, czyli każdy podmiot, który przejawia wolę uzyskania zamówienia publicznego.

Zgodnie z motywami 14 i 15 dyrektywy 2014/24/UE:

„(14) Należy wyjaśnić, że pojęcie »wykonawców« powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia »wykonawca«, bez względu na to, czy są one »osobami prawnymi« w jakichkolwiek okolicznościach.

(15) Należy doprecyzować, że grupy wykonawców, również w przypadku gdy przyjęły one formę tymczasowego stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia, bez konieczności przyjmowania określonej formy prawnej. W zakresie, w jakim jest to konieczne – np. gdy wymagana jest odpowiedzialność solidarna – określona forma może być wymagana w sytuacji, gdy takim grupom udzielono zamówienia.

Należy również wyjaśnić, że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość jednoznacznego określenia sposobu, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, określone w niniejszej dyrektywie, bądź kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, które są wymagane od wykonawców uczestniczących samodzielnie.

Realizacja zamówień przez grupy wykonawców może wymagać ustanowienia warunków, których nie nakłada się na uczestników indywidualnych. Warunki takie, które powinny być uzasadnione obiektywnymi przesłankami i które powinny być proporcjonalne, mogłyby np. obejmować wymóg wyznaczenia wspólnego przedstawicielstwa lub głównego partnera do celów postępowania o udzielenie zamówienia lub wymóg przedstawienia informacji o składzie takich grup”.

## **Zakupy cywilne**

24. Pojęcie zakupów cywilnych zostało wprowadzone nowelą z 12.10.2012 r. Zgodnie z art. 2 pkt 11a p.z.p. zakupy cywilne to zamówienie inne niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), obejmujące zamówienia na dostawy niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych. Wskazana definicja jest tożsama z definicją znajdującą się w art. 1 pkt 28 dyrektywy 2009/81/WE („zamówienia niepodlegające art. 2, obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych i zawierane zgodnie z warunkami określonymi w art. 17”).

## **Zamawiający**

25. Zgodnie z art. 2 pkt 12 p.z.p. zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Definicja ta ma charakter ogólny, zaś zakres podmiotowy stosowania ustawy został szczegółowo określony w art. 3 p.z.p., który wskazuje krąg podmiotów objętych ustawą.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE „instytucje zamawiające oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego”.

Artykuł 2 ust. 1 pkt 2 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, iż „instytucje administracji centralnej oznaczają instytucje zamawiające wymienione w załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi”, zaś zgodnie z pkt 3 „instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego oznaczają wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej”.

Artykuł 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że podmiot prawa publicznego to podmiot, który ma wszystkie poniższe cechy:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub inne podmioty prawa publicznego bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów, bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Zgodnie z motywem 10 dyrektywy 2014/24/UE:

„Termin »instytucje zamawiające«, a zwłaszcza termin »podmioty prawa publicznego« były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmieniony, celowe jest zachowanie definicji, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w ramach orzecznictwa. W tym celu należy wyjaśnić, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za »podmiot prawa publicznego«, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy.

Podobnie warunek dotyczący źródła finansowania danego podmiotu także został przeanalizowany w ramach orzecznictwa, w którym m.in. określono, że finansowany »w przeważającej części« oznacza w części większej niż połowa oraz, że finansowanie takie może obejmować wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z zasadami prawa publicznego”.

## Zamówienia publiczne

26. Przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 p.z.p.).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego cechuje się:

- 1) odpłatnością;
- 2) tym, że jej stronami są zamawiający i wykonawca;
- 3) przedmiotem umowy, którym są dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Omawiana definicja jest tożsama z art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

W piśmiennictwie i orzecznictwie zdaje się panować rozbieżność co do tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową nazwaną czy umową nienazwaną.

Prezentowane bowiem jest stanowisko o nienazwanym charakterze tej umowy<sup>9</sup>.

Obserwacja praktyki wskazuje, iż przy udzielaniu zamówień publicznych najczęściej stosowane są umowy:

- sprzedaży,
- dostawy,
- o roboty budowlane,
- o dzieło,
- zlecenia,
- rachunku bankowego,
- ubezpieczenia.

Wymienione przykładowe umowy nazwane zawierane są w systemie zamówień publicznych ze względu na przedmiot ich regulacji. Bez wątpienia każda z nich musi mieć pewne specyficzne, przewidziane przez ustawę Prawo zamówień publicznych, cechy. Jednak w dalszym ciągu taka umowa, zachowując właściwe dla siebie *essentialia negotii*, będzie określonym typem umowy nazwanej. Wydaje się więc nieuzasadnione nazywanie umową nazwaną umowy, której treścią może być wiele innych umów nazwanych<sup>10</sup>.

Wyrażany jest także pogląd o pozakodeksowym typie umowy nazwanej<sup>11</sup>.

Przyczynkiem do dyskusji w tym zakresie stało się orzeczenie Sądu Najwyższego, który w wyroku z 13 września 2001 r. (IV KKN 381/00)<sup>12</sup> orzekł: „trzeba zauważyć, że powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Umowę o zamówienie publiczne – mimo występujących zastrzeżeń, na które zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym – należy uznać za pozakodek-

<sup>9</sup> Zob. szerzej I. Skubiszak-Kalinowska, *Charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Temidium 2014, nr 4/5 (60/61), s. 54; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2015, art. 139. Autorzy ci wskazują, że ma ona charakter nienazwany.

<sup>10</sup> Zob. szerzej I. Skubiszak-Kalinowska, *Charakter prawny umowy o partnerstwie...*, s. 54.

<sup>11</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2016, art. 2.

<sup>12</sup> OSNC 2002, nr 6, poz. 75.

sowy typ umowy nazwanej. (...) Przepisy rozdziału 7 zatytułowanego „Umowy w sprawach zamówień publicznych” nie zawierają – jak już zaznaczono – rygору nieważności umowy w przypadku pominięcia obowiązkowej procedury przetargowej. Brak takiego unormowania nie oznacza, że zaniechanie obowiązku przeprowadzenia przetargu nie rodzi skutku w postaci nieważności umowy dotyczącej zamówienia publicznego”.

Odmienne od powyższego stanowisko wyrażone zostało w wyroku z 5.12.2006 r. (II CSK 327/06)<sup>13</sup>, w którym Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że: „po pierwsze, trudno zgodzić się z twierdzeniem, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest jakimś »wyodrębnionym« typem umowy nazwanej. Jest to twierdzenie niczym nieuzasadnione; gdyby bowiem przyjąć jego prawdziwość, należałoby zapytać nie tylko o to, jakie są wspólne *essentialia negotii*, ale także czy istnieje pewna właściwość (natura) stosunku, wspólna wszystkim umownym stosunkom zobowiązaniowym, zawierany według przepisów o zamówieniach publicznych. Na oba te pytania odpowiedź jest negatywna. Ustawa o zamówieniach publicznych (tak samo zresztą, jak i obowiązująca ustawa – Prawo zamówień publicznych) posługuje się swoistą, autonomiczną nomenklaturą, która nie rzutuje na kwalifikację materialnoprawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego. W konsekwencji zatem trzeba dojść do wniosku, że umowa o roboty budowlane, zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i n. k.c. Zmianie ulega natomiast rygor, pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy”.

Ostatecznie kwestię zdaje się rozstrzygać orzeczenie Sądu Najwyższego z 18.02.2016 r. (II CSK 197/15)<sup>14</sup>, w świetle którego: „umowy zawierane w reżimie prawa zamówień publicznych nie są odrębnym typem umów nazwanych, zatem powinny być kwalifikowane na zasadach ogólnych. Niemniej zastrzec należy, że słownik ustawowy p.z.p. zawiera w art. 2 pkt 8 samodzielną definicję pojęcia »roboty budowlane« co oznacza że ma ono charakter autonomiczny. Stosowanie przepisów kodeksu dotyczących umowy o roboty budowlane, w tym dyrektywy interpretacyjnej z art. 649 k.c., może zatem dotyczyć tylko takiej umowy zawartej w następstwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotowy zakres świadczenia wykonawcy pokrywa się z art. 647 k.c. Jeżeli nie odpowiada ono pojęciom »robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c« lub »obiektu« w rozumieniu tego przepisu rozważyć należy kwalifikację umowy jako umowy o dzieło (art. 627 i n. k.c.). Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie różne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, chyba że wskazano inną regułę preferencyjną (art. 6 p.z.p.)”.

<sup>13</sup> LEX nr 238947.

<sup>14</sup> LEX nr 2019505.

## Zamówienia sektorowe

27. Ustawodawca przy definicji zamówień sektorowych zawarł odesłanie do art. 132 ust. 1 p.z.p. Definicja ta została wprowadzona nowelizacją z 22.06.2016 r.

Zgodnie z art. 132 ust. 1 p.z.p. przepisy rozdziału „Zamówienia sektorowe” stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 p.z.p., jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:

- 1) wydobywania ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwania lub wydobywania węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci, lub kierowania takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych.

## Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa

28. Ustawodawca nowelizacją z 22.06.2016 r. zdefiniował pojęcie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w art. 2 pkt 15 p.z.p. poprzez odesłanie do art. 131a ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa to zamówienia, których przedmiotem są:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) dostawy niewralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub niewralgiczne roboty budowlane lub usługi.

## Oznakowanie

29. Przez oznakowanie należy rozumieć zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi. Na gruncie unijnym konstrukcja ta odpowiada etykiетom. Zgodnie z art. 43 dyrektywy 2014/24/UE „w przypadku gdy instytucje zamawiające zamierzają dokonać zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, mogą one w specyfikacjach technicznych, kryteriach udzielenia zamówienia lub w warunkach realizacji zamówienia, wymagać określonej etykiety jako środka dowodowego na to, że te roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane cechy, pod warunkiem że spełnione są wszystkie warunki opisane w lit. a–e. Oznakowanie służy więc udowodnieniu, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura, spełniają określone przez zamawiającego wymogi. Katalog środków dowodowych jest otwarty – obok zaświadczeń i poświadczeń, określone wymogi może potwierdzać również każdy inny dokument”. W Prawie zamówień publicznych możliwość oznakowania określania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub postanowieniach umownych została przewidziana w dodanym nowelizacją z 22.06.2016 r. art. 30a. Decydując się na zastosowanie oznakowania, zamawiający powinien jednak pamiętać, że łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) wymagania dotyczące oznakowania dotyczyć powinny wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- 2) wymagania dotyczące oznakowania muszą być oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;
- 3) warunki przyznawania oznakowania powinny być przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- 4) oznakowania są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- 5) wymagania dotyczące oznakowania są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o oznakowanie nie może wywierać decydującego wpływu.

## Środki komunikacji elektronicznej

30. Zgodnie z art. 2 pkt 17 p.z.p. przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1030 ze zm.) lub faks. Stosownie do art. 2 pkt 5 tej ustawy przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe umożliwiające indywidualne porozumiewanie się

na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztą elektroniczną.

Mając na uwadze powyższą definicję, warto zauważyć, iż konieczne jest kumulatywne spełnienie wskazanych przez ustawodawcę przesłanek, tj.: aby dany środek mógł uznać za środek komunikacji elektronicznej, musi to być:

- 1) rozwiązanie techniczne
- 2) pozwalające na indywidualne porozumiewanie się
- 3) które następuje na odległość
- 4) i wykorzystuje transmisję danych między systemami teleinformatycznymi.

Zgodnie z motywami 53–54 oraz 72 dyrektywy 2014/24/UE:

„Instytucje zamawiające powinny, z wyjątkiem pewnych określonych sytuacji, stosować elektroniczne środki komunikacji, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu i które nie ograniczają dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. Stosowanie takich środków komunikacji powinno również należycie uwzględniać dostępność dla osób niepełnosprawnych. Należy doprecyzować, że obowiązek stosowania środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie byłby właściwy ani w przypadkach, gdy zastosowanie takich środków wymagałoby specjalistycznych narzędzi lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, ani w przypadkach, gdyby prowadzenie komunikacji było możliwe wyłącznie z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu biurowego. Instytucje zamawiające nie powinny zatem być zobowiązane do wymagania stosowania elektronicznych środków komunikacji przy składaniu ofert w pewnych przypadkach, które należy w sposób wyczerpujący sprecyzować. Niniejsza dyrektywa stanowi, że przypadki takie powinny obejmować sytuacje wymagające wykorzystania specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest ogólnie dostępny dla instytucji zamawiających, takiego jak drukarki szerokoformatowe. W niektórych postępowaniach o udzielenie zamówienia dokumenty zamówienia mogą wymagać przedstawienia modelu fizycznego lub w skali, którego nie można przedstawić instytucji zamawiającej drogą elektroniczną. W takich sytuacjach model powinien być przekazany instytucji zamawiającej pocztą lub w inny odpowiedni sposób.

Należy jednak zaznaczyć, że stosowanie innych środków komunikacji powinno być ograniczone tylko do tych części oferty, dla których droga elektroniczna nie jest wymagana.

Należy doprecyzować, że w przypadku, gdy jest to konieczne z przyczyn technicznych, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość określenia górnego limitu rozmiaru plików, które można przedkładać.

(54) Mogą zaistnieć przypadki wyjątkowe, w których instytucjom zamawiającym należy zezwolić na niestosowanie elektronicznych środków komunikacji, gdy niekorzystanie z takich środków komunikacji jest konieczne w celu ochrony szczególnie wrażliwego charakteru informacji. Należy wyjaśnić, że w przypadku gdy zastosowanie narzędzi elektronicznych, które nie są ogólnie dostępne, mogło zapewnić niezbędny poziom ochrony, takie narzędzia elektroniczne powinny zostać zastosowane. Może tak się przykładowo zdarzyć, gdy instytucje zamawiające wymagają użycia dedykowanego bezpiecznego środka komunikacji, do którego zapewniają dostęp.

(72) Elektroniczne środki komunikacji są szczególnie odpowiednie do wspierania praktyk i narzędzi służących do scentralizowanych zakupów ze względu na możliwości, które oferują w zakresie ponownego wykorzystania i automatycznego przetwarzania danych oraz minimalizacji kosztów informowania i transakcji. Dlatego też należy w pierwszej kolejności wprowadzić obowiązek stosowania tego rodzaju elektronicznych środków komunikacji przez centralne jednostki zakupujące, a jednocześnie ułatwiać zbliżanie praktyk stosowanych w całej Unii. Następnie, po upływie 30-miesięcznego okresu przejściowego, należy wprowadzić powszechny obowiązek stosowania elektronicznych środków komunikacji we wszystkich procedurach udzielania zamówień”.

31. Należy jednocześnie mieć na względzie, że z przepisów przejściowych do ustawy nowelizującej z 22.06.2016 r. wynika, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18.10.2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego przed dniem 18.04.2017 r. (art. 18 ustawy nowelizującej):

- 1) komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 11113 ze zm.), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną;
- 2) jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania;
- 3) w przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów zamawiający może wymagać użycia narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobnych narzędzi, jeżeli takie narzędzia są ogólnie dostępne lub zamawiający zapewnia alternatywne środki dostępu do takich narzędzi.

## Art. 2a–2b. (uchylone).

**Art. 2c.** [Delegacja ustawowa – wykaz robót budowlanych]

Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wykaz robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”, oraz dyrektywy 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, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/25/UE”.

Na podstawie omawianego przepisu Minister Rozwoju 26.07.2016 r. wydał rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. poz. 1125).

**Art. 3.** [Podmioty stosujące ustawę]

1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

– o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

- 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;
- 4) inne niż określone w pkt 1–3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych

lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) (uchylony),
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub,
  - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
  - d) (uchylony),
  - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 5) inne niż określone w pkt 1–4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:
- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,
  - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;

6–7) (uchylone).

2. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu ust. 1 pkt 4 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

- 1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w ust. 2a.

2a. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podaje w drodze obwieszczenia ogłoszanego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” oraz zamieszcza na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”, wykaz aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE.

3. Podmioty, o których mowa w ust. 1, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

## Uwagi ogólne

1. Artykuł 3 p.z.p. wskazuje podmioty, które zobowiązane są stosować przepisy komentowanej ustawy. Katalog podmiotów wymienionych w tym przepisie tworzy tzw. zakres podmiotowy ustawy, precyzujący krąg jednostek bezwzględnie zobowiązanych do jej stosowania. O ile zatem planowany zakup ze względu na jego przedmiot nie zostanie wyłączony spod regulacji Prawa zamówień publicznych w oparciu o regulacje art. 4, to każdy z podmiotów objętych zakresem art. 3 ma obowiązek jego dokonania z zastosowaniem komentowanej ustawy.

Ustęp 2 omawianej regulacji doprecyzowuje natomiast, czym są prawa szczególne lub wyłączne w rozumieniu ust. 1 pkt 4. Pojęcie to obejmuje prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

- 1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w art. 3 ust. 2a p.z.p.

Na podstawie ust. 2a komentowanego przepisu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podaje w drodze obwieszczenia ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Monitor Polski oraz zamieszcza na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wykaz aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE.

Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją ostatniego z ustępów, podmioty zobowiązane do stosowania Prawa zamówień publicznych, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

2. Obecne brzmienie tego artykułu jest skutkiem wejścia w życie nowelizacji z 22.06.2016 r.

## Krąg podmiotów zobligowanych do stosowania ustawy

3. Jak już wskazano powyżej, katalog podmiotów zobligowanych do stosowania Prawa zamówień publicznych determinuje regulacja ust. 1 komentowanego przepisu.

## Jednostki sektora finansów publicznych

4. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p., którego brzmienie nie uległo zmianie na skutek wejścia w życie nowelizacji z 22.06.2016 r., podstawową grupę zamawiających stanowią jednostki sektora finansów publicznych.
5. Krąg tych podmiotów określa art. 9 u.f.p., zgodnie z którym sektor finansów tworzą:
  - 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
  - 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
  - 2a) związki metropolitalne;
  - 3) jednostki budżetowe;
  - 4) samorządowe zakłady budżetowe;
  - 5) agencje wykonawcze;
  - 6) instytucje gospodarki budżetowej;
  - 7) państwowe fundusze celowe;
  - 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
  - 9) Narodowy Fundusz Zdrowia;
  - 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
  - 11) uczelnie publiczne;
  - 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
  - 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury;
  - 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

Katalog ten nie ma jednak charakteru zamkniętego. Przesądza o tym art. 9 pkt 14 u.f.p. w brzmieniu „inne państwowe lub samorządowe osoby prawne (...)”. Do grona tego można zaliczyć np. fundacje tworzone na podstawie ustaw<sup>15</sup>. W piśmiennictwie wskazuje się, iż w następstwie przyjęcia niejednorodnych kryteriów podziału poszczególne grupy podmiotów wskazanych w art. 9 u.f.p. nakładają się na siebie. Przykładowo, ZUS wskazany wprost w art. 9 pkt 8 u.f.p., z racji posiadanej osobowości prawnej (osoba prawna), mieści się jednocześnie w zakresie art. 9 pkt 14 u.f.p. Z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych powyższe wydaje się jednak pozostawać bez znaczenia, ponieważ ustawa objęła wszystkie jednostki sektora finansów publicznych<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Legalis 2014, art. 9.

<sup>16</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach...*, art. 9.

6. Do wskazanych w art. 9 pkt 1 u.f.p. organów władzy publicznej zaliczane są Sejm i Senat (zgodnie z art. 95 ust. 1 Konstytucji RP sprawujące władzę ustawodawczą w RP) oraz Prezydent RP (zgodnie z art. 126 ust. 1 Konstytucji RP będący najwyższym przedstawicielem RP). Organy te działają przez swoje jednostki organizacyjne, do których zalicza się: Kancelarię Sejmu, Kancelarię Senatu, Kancelarię Prezydenta. To te jednostki posiadają status zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 p.z.p., natomiast Szefowie Kancelarii są kierownikami zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 p.z.p. Do organów administracji rządowej zalicza się zaś Radę Ministrów, którą tworzą Prezes Rady Ministrów oraz ministrowie. Zgodnie z art. 147 Konstytucji RP w skład Rady Ministrów mogą być także powołani wiceprezesi oraz przewodniczący określonych w ustawie komitetów. Ministrowie kierują poszczególnymi działaniami administracji rządowej. Na szczeblu wojewódzkim Radę Ministrów reprezentuje wojewoda. Zaznaczenia wymaga, że jednostek sektora finansów publicznych nie tworzą jednak ministrowie, lecz powoływane przy nich jednostki organizacyjne (np. Kancelaria Prezesa RM, ministerstwa, komitety, urzędy centralne, urzędy wojewódzkie itp.). Do organów administracji rządowej zalicza się także jednostki obsługujące urzędy centralne i wojewodów<sup>17</sup>. W konsekwencji powyższego zamawiającym w rozumieniu komentowanej ustawy są jednostki organizacyjne tworzone przy organach administracji rządowej<sup>18</sup>. Organami kontroli państwowej i ochrony prawa są natomiast Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (por. rozdział IX Konstytucji RP). Do tej kategorii zaliczają się również regionalne izby obrachunkowe (por. art. 172 ust. 2 Konstytucji RP). W piśmiennictwie wyróżnia się także inne organy kontroli i ochrony prawa, np. Rzecznika Praw Dziecka, Krajowe Biuro Wyborcze, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Instytut Pamięci Narodowej<sup>19</sup>. Ostatnią z wymienionych grup tworzą sądy i trybunały. Zgodnie z art. 173 Konstytucji RP stanowią one władzę odrębną i niezależną od innych władz. Strukturę sądownictwa tworzą: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, Naczelny Sąd Administracyjny, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Do drugiej kategorii zaliczyć należy Trybunał Stanu i Trybunał Konstytucyjny.
7. Wskazanymi w art. 9 pkt 2 u.f.p. jednostkami samorządu terytorialnego są gmina, powiat oraz województwo. Samorząd gminny został uregulowany ustawą z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.), powiatowy – ustawą z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 814 ze zm.), a wojewódzki – ustawą z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 486). Wymienione ustawy zawierają również unormowania odnoszące się do związków tworzonych przez te jednostki. Celem ich tworzenia jest wspólne wykonywanie zadań publicznych. Związkom jednostek samorządu terytorialnego została przyznana osobowość prawna. Powierzone zadania wykonują one we własnym

<sup>17</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach...*, art. 9.

<sup>18</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach...*, art. 9.

<sup>19</sup> P.P. Smoleń, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Legalis 2014, art. 9.

imieniu i na własną odpowiedzialność. Status zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych posiada w takim przypadku dana jednostka samorządu terytorialnego działająca przez swoje organy. Zamawiającymi mogą być również związki międzygminne oraz związki powiatów, które posiadają osobowość prawną.

8. Wskazane w art. 9 pkt 2a u.f.p. związki metropolitalne dodane zostały przez art. 70 pkt 2 ustawy z 9.10.2015 r. o związkach metropolitalnych (Dz.U. poz. 1890), który wszedł w życie 1.01.2016 r.
9. Wskazane w art. 9 pkt 3 u.f.p. jednostki budżetowe, zgodnie z art. 11 u.f.p., są jednostkami organizacyjnymi sektora finansów publicznych. Nie posiadają one osobowości prawnej. Swoje wydatki pokrywają bezpośrednio z budżetu. Pobrane dochody odprowadzają na rachunek, odpowiednio, dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Jednostka budżetowa opiera swoje działania na podstawie statutu, który powinien określać m.in.: jej nazwę, siedzibę i przedmiot działalności. Gospodarka finansowa jednostki budżetowej realizowana jest natomiast na podstawie planu dochodów i wydatków, zwanego planem finansowym. W tej formie działają m.in. urzędy administracji państwowej i samorządowej, prokuratury, sądy czy jednostki wojskowe i policyjne.
10. Wskazane w art. 9 pkt 4 u.f.p. samorządowe zakłady budżetowe mogą być powołane przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu wykonania zadań własnych tej jednostki. Samorządowe zakłady budżetowe wykonują zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych. Zadania te dotyczą m.in.: gospodarki mieszkaniowej, dróg, ulic, mostów i placów, wodociągów i kanalizacji, targowisk, lokalnego transportu zbiorowego, zieleni gminnej czy cmentarzy. Gospodarka finansowa samorządowego zakładu budżetowego opiera się na rocznym planie finansowym. Jednocześnie zakład może otrzymywać z budżetu jednostek samorządu terytorialnego dotacje przedmiotowe i celowe. Zgodnie z art. 15 ust. 7 u.f.p. samorządowy zakład budżetowy wpłaca do budżetu jednostki samorządu terytorialnego nadwyżkę środków obrotowych, ustaloną na koniec okresu sprawozdawczego, chyba że organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego postanowi inaczej.
11. Agencja wykonawcza wskazana w art. 9 pkt 5 u.f.p. jest państwową osobą prawną tworzoną na podstawie odrębnej ustawy w celu realizacji zadań państwa. Prowadzi gospodarkę finansową na zasadach określonych w ustawie o finansach publicznych i w ustawie, na podstawie której została utworzona. Podstawą gospodarki finansowej agencji wykonawczej jest roczny plan finansowy. Jednocześnie może ona otrzymywać dotacje z budżetu państwa. Agencja wykonawcza może również zaciągać zobowiązania na okres realizacji danego zadania przekraczający rok budżetowy, jeżeli niezbędne wydatki na obsługę zobowiązania są przewidziane w rocznym planie finansowym. Nadwyżkę środków finansowych agencja obowiązana jest corocznie wpłacać na rachunek

bieżący dochodów państwowej jednostki budżetowej obsługującej ministra sprawującego nadzór nad tą agencją. Podmiotami, które uzyskały status agencji wykonawczej, są m.in.: Agencja Nieruchomości Rolnych, Wojskowa Agencja Mieszkaniowa, Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Rezerw Materiałowych, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Agencja Rynku Rolnego, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju czy Narodowe Centrum Nauki.

12. Instytucja gospodarki budżetowej, wskazana w art. 9 pkt 6 u.f.p., jest jednostką sektora finansów publicznych, tworzoną przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów za zgodą Rady Ministrów albo przez kierownika jednostki samodzielnie ustalającej swój budżet (np. Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, TK, NIK). Uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Celem jej utworzenia jest realizacja zadań publicznych. Instytucja gospodarki budżetowej wykonuje odpłatnie wyodrębnione zadania, a także pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z osiąganych przychodów. Jednocześnie może uzyskiwać wsparcie z budżetu państwa w formie dotacji, gdy odrębne ustawy tak stanowią.
13. Wskazane w art. 9 pkt 7 u.f.p. państwowe fundusze celowe tworzone są na podstawie odrębnej ustawy w celu realizacji zadań państwa. Nie posiadają one osobowości prawnej. Przychody państwowego funduszu celowego pochodzą ze środków publicznych. Natomiast koszty są ponoszone na realizację wyodrębnionych zadań państwowych i mogą być pokrywane tylko w ramach posiadanych środków finansowych. Państwowy fundusz celowy stanowi wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz albo inny organ wskazany w ustawie. Gospodarka finansowa państwowego funduszu celowego oparta jest na rocznym planie finansowym.
14. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, o którym mowa w art. 9 pkt 8 u.f.p., jest państwową osobą prawną utworzoną na podstawie ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.). Nadzór nad działalnością Zakładu sprawuje minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego. W skład Zakładu wchodzi centrala oraz terenowe jednostki organizacyjne. Zakład jest dysponentem środków dwóch państwowych funduszy celowych (Funduszu Ubezpieczeń Społecznych i Funduszu Emerytur Pomostowych) oraz funduszu, który nie posiada takiego statusu (Funduszu Rezerwy Demograficznej). W ramach funduszu ubezpieczeń społecznych wyodrębnia się następujące fundusze: emerytalny, rentowy, chorobowy, wypadkowy, rezerwowe<sup>20</sup>. Na podstawie ustawy z 20.12.1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 277 ze zm.) powstała Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Prezes Kasy jest centralnym organem administracji rządowej, podległym ministrowi właściwemu do spraw rolnictwa

<sup>20</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach...*, art. 9.

i rozwoju wsi. KRUS prowadzi samodzielną gospodarkę, której podstawy tworzą zarówno państwowe fundusze celowe (Fundusz Emerytalno-Rentowy, Fundusz Prewencji i Rehabilitacji oraz Fundusz Administracyjny), jak i fundusz nieposiadający takiego statusu (Fundusz Składkowy)<sup>21</sup>.

15. Wskazany w art. 9 pkt 9 u.f.p. Narodowy Fundusz Zdrowia jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną, działającą na podstawie ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1793 ze zm.). W skład Funduszu wchodzi centrala i oddziały wojewódzkie, organami NFZ są natomiast: Rada Funduszu i rady oddziałów wojewódzkich oraz Prezes Funduszu i dyrektorzy oddziałów wojewódzkich. Środki finansowe Funduszu są środkami publicznymi, gdyż pochodzą przede wszystkim ze składek na ubezpieczenia zdrowotne. Do zamówień na świadczenia opieki zdrowotnej stosuje się jednak przepisy działu VI ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, a nie przepisy Prawa zamówień publicznych. Podstawą zamówienia jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zawarta pomiędzy świadczeniodawcą a Funduszem. Zgodnie z art. 5 pkt 34 tej ustawy za świadczenia opieki zdrowotnej, do których zamawiania NFZ nie stosuje przepisów o zamówieniach publicznych, uważa się: świadczenia zdrowotne (wszelkie usługi medyczne), świadczenia zdrowotne rzeczowe związane z procesem leczenia (leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyroby medyczne), świadczenia towarzyszące (zakwaterowanie, wyżywienie w zakładach opieki zdrowotnej, a także usługi transportu sanitarnego).
16. Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (SPZOZ), o których mowa w art. 9 pkt 10 u.f.p., działają na podstawie ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1638). Zgodnie z art. 44 tej ustawy SPZOZ udzielają świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych osobom ubezpieczonym, a także innym osobom mającym uprawnienia do tych świadczeń na podstawie odrębnych przepisów, nieodpłatnie, za częściową odpłatnością lub całkowitą odpłatnością. Zamówienia na świadczenia zdrowotne, zgodnie z art. 26 ust. 5 tej ustawy, wyłączone są z obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.
17. Wskazane w art. 9 pkt 11 u.f.p. uczelnie publiczne reguluje ustawa z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1842). Zgodnie z art. 4 ust. 1 tego aktu uczelnia jest autonomiczna we wszystkich obszarach swojego działania na zasadach określonych w ustawie, w szczególności oznacza to, że organy administracji rządowej i organy jednostek samorządu terytorialnego mogą podejmować decyzje dotyczące uczelni tylko w przypadkach przewidzianych w ustawach. Uczelnie publiczne posiadają osobowość prawną. Nadzór nad uczelnią sprawuje właściwy minister.

<sup>21</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach...*, art. 9.

18. Polska Akademia Nauk, o której mowa w art. 9 pkt 12 u.f.p., działa w oparciu o ustawę z 30.04.2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 572 ze zm.). PAN jest państwową instytucją naukową posiadającą osobowość prawną. Działa poprzez organy oraz korporacje uczonych, a także za pomocą utworzonych przez Akademię instytutów naukowych i pomocniczych jednostek naukowych oraz przez inne jednostki organizacyjne utworzone przez Akademię. Źródłem dochodów PAN są przede wszystkim środki uzyskiwane z prowadzonej działalności, a także dotacje z budżetu państwa. Zgodnie z dyspozycją art. 5 ust. 1 wymienionej ustawy nadzór nad działaniem Akademii sprawuje Prezes Rady Ministrów.
19. Wskazane w art. 9 pkt 13 u.f.p. instytucje kultury powoływane są w celu wykonywania działalności kulturalnej. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z 25.10.1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 406 ze zm.) działalność kulturalna polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Działalność ta może być prowadzona przez osoby prawne, osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Artykuł 1 ust. 2 wymienionego aktu prawnego reguluje natomiast formy organizacyjne działalności kulturalnej, do których zaliczają się w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury. Zgodnie z art. 8 tej ustawy ministrowie oraz kierownicy urzędów centralnych organizują działalność kulturalną, tworząc państwowe instytucje kultury, zaś na mocy jej art. 9 uprawnienia do tworzenia samorządowych instytucji kultury mają jednostki samorządu terytorialnego.
20. Do sektora finansów publicznych, zgodnie z art. 9 pkt 14 u.f.p., zalicza się także inne państwowe lub samorządowe osoby prawne tworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego. Zasady tworzenia i funkcjonowania państwowych i samorządowych osób prawnych regulują przepisy powołujące te podmioty do życia. Podmiotów o statusie samorządowych osób prawnych jest znacznie mniej niż podmiotów państwowych i zalicza się do nich: wojewódzkie ośrodki ruchu drogowego, wojewódzkie ośrodki doradztwa rolniczego oraz wojewódzkie fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej.

Podstawą gospodarki finansowej tych jednostek jest plan finansowy (art. 30 u.f.p.). Sporządzany jest on zgodnie z zasadami określonymi w ustawie regulującej działanie konkretnej jednostki. Jednocześnie każdy plan musi być sporządzany zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Projekty planów finansowych państwowych osób prawnych przekazuje się Ministrowi Finansów w trybie i terminach określonych w przepisach dotyczących prac nad projektem ustawy budżetowej<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych, Komentarz*, Warszawa 2011, s. 147.

### **Inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej**

21. Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 pkt 2 p.z.p., który pomimo nowelizacji z 22.06.2016 r. zachował dotychczasowe brzmienie, drugą kategorię zamawiających stanowią inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p., państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.
22. Do powyższej kategorii zalicza się państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które nie należą do jednostek sektora finansów publicznych wymienionych w art. 9 u.f.p. Jednostkami tymi są wyodrębnione państwowe jednostki organizacyjne korzystające z mienia Skarbu Państwa. Są one uzależnione od państwa działającego przez swoje organy. Organ państwa to osoba lub grupa osób, których działania na mocy obowiązującego prawa są uważane za działania państwa. Ponadto organem państwa jest także część aparatu państwowego, wyodrębniona od pozostałych elementów tego aparatu przez swoją organizację i kompetencje, odpowiednio zorganizowana instytucja utworzona na podstawie przepisów prawa i powołana do wykonywania określonych zadań w imieniu państwa przy zastosowaniu środków wynikających z charakteru władzy państwowej. Wpływ organów państwowych może polegać na ustawowym określaniu składu i zadań zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powoływaniu członków władz tego podmiotu czy też finansowaniu jego działalności<sup>23</sup>. Przykładem państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, a równocześnie niebędącej jednostką sektora finansów publicznych jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe reprezentujące Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia, co wynika z przepisu art. 32 ustawy z 28.09.1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2100 ze zm.). Lasy Państwowe prowadzą działalność na zasadzie samodzielności finansowej i pokrywają koszty działalności z własnych przychodów.

### **Inne osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym**

23. Trzecią enumeratywnie wymienioną kategorią zamawiających, wynikającą z art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p., która uległa nieznacznym modyfikacjom, są inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p., osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
- a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

<sup>23</sup> A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015, art. 3.

- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego
- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Na gruncie prawa unijnego (art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE) za podmiot prawa publicznego uważa się podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

24. Jak już wskazano powyżej, definicja podmiotu prawa publicznego została zawarta w dyrektywach unijnych (zarówno aktualnych, jak i dotychczas obowiązujących) i w oparciu o wypracowaną na ich potrzeby wykładnię należy dokonywać jej interpretacji. Orzecznictwo TSUE (dawniej ETS) stanowi główną podstawę do dokonywania tej wykładni. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, że kryteria wskazane w definicji podmiotu publicznego – wynikającej z art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE – powinny wystąpić łącznie, aby możliwe było przyznanie danemu podmiotowi statusu prawa publicznego.
25. Jak wynika z regulacji art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p., podmiotami prawa publicznego są osoby prawne niewymienione we wcześniejszych przepisach, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemające charakteru przemysłowego ani handlowego, pod warunkiem, że podmioty te oraz jednostki sektora finansów publicznych lub inne jednostki państwowe niemające osobowości prawnej pojedynczo lub wspólnie finansują zamówienie w ponad 50% albo posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, czy też mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Wobec powyższych przesłanek nowelizacją z 22.06.2016 r. wprowadzono dodatkowe zastrzeżenie, zgodnie z którym osoba prawna, przy spełnieniu powyżej wymienionych przesłanek, będzie zamawiającym, o ile nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku oraz nie ponosi ona strat wynikających z prowadzenia działalności. Działanie w zwykłych warunkach rynkowych spowoduje zatem, że osoba prawna nie będzie zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

26. Dla kwestii związanych z posiadaniem statusu osoby prawnej podstawowe znaczenie mają w tym przypadku regulacje Kodeksu cywilnego, zgodnie z dyspozycją których osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególnie przyznają osobowość prawną (art. 33 k.c.).
27. Należy także pamiętać, że podmiot prawa publicznego musi zostać powołany w konkretnym celu – zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym.

Zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym należy rozumieć jako interes ogólnospołeczny czy interes publiczny powiązany z działalnością państwa i w oparciu o ustawodawstwo unijne pojęcie to powinno być interpretowane w szerokim ujęciu. W wyroku z 15.01.1998 r. (w sprawie C-44/96) zadecydowano, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza charakter powierzonych mu zadań – powiązanie z działalnością państwa.

Pomocny w zrozumieniu pojęcia potrzeb o charakterze ogólnym (powszechnym) może okazać się również zwrot „działalność o charakterze użyteczności publicznej służąca zaspokojeniu powyższych potrzeb”. Jego wykładni dokonał Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12.03.1997 r., W 8/96, w której stwierdził, że: „zadania (...) mające charakter »użyteczności publicznej« należy rozumieć możliwie najszerzej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej.

Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. Realizacja tych zadań może odbywać się w różnych formach organizacyjnych, a nie tylko w formie prawnej przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, określonej w ustawie o przedsiębiorstwach państwowych. Istotne natomiast jest to, że jednostki organizacyjne realizujące tego typu zadania wykonują je niezależnie od tego, czy są w stanie pokryć związane z tym wydatki z własnych dochodów. W związku z tym ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i najczęściej jest dofinansowywana ze środków publicznych.

Prowadzi to do wniosku, że przez państwowe i komunalne jednostki organizacyjne wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć wszystkie jednostki, których celem jest zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa o charakterze ogólnym, należących do zadań publicznych, a których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku”.

Kolejną przesłanką warunkującą uznanie określonego podmiotu za podmiot prawa publicznego jest możliwość przypisania realizowanej przez niego działalności charakteru nieprzemysłowego lub niehandlowego.

Punktem wyjścia jakichkolwiek rozważań w tym zakresie powinno być wskazanie, że ustawodawca nie bez powodu wprowadził do Prawa zamówień publicznych zapis, w którym wskazał, że ma ono zastosowanie jedynie do podmiotów „utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”.

Dokonał w ten sposób pośrednio podziału rynku na podmioty, których działalność polega na zaspokajaniu potrzeb o charakterze przemysłowym lub handlowym, oraz takie, które nie zaspokajają tego rodzaju potrzeb. W jednym z wyroków ETS (z 10.11.1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV) wskazał, że „podmiotem prawa publicznego jest każdy podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego”. Powyższe należy interpretować w ten sposób, że prawodawca wspólnotowy dokonał rozróżnienia potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego lub handlowego oraz potrzeb w interesie ogólnym mających charakter przemysłowy lub handlowy.

Zważyć należy, iż zgodnie z wyżej wymienionym wyrokiem ETS potrzeby o charakterze nieprzemysłowym i niehandlowym „są zasadniczo zaspokajane inaczej niż poprzez dostępność towarów lub usług na rynku. Generalnie, potrzebami tego rodzaju są potrzeby, które – z przyczyn związanych z interesem ogólnym – samo państwo postanawia zaspokajać, albo na których zaspokajanie chce utrzymywać decydujący wpływ”.

Nie ma jednolitej definicji potrzeb o charakterze nieprzemysłowym oraz niehandlowym. Zgodnie z motywem 10 dyrektywy 2014/24/UE (identyczny zapis został zawarty w dyrektywie 2014/25/UE) należy przyjąć, że:

„Termin »instytucje zamawiające«, a zwłaszcza termin »podmioty prawa publicznego« były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmienny, celowe jest zachowanie definicji, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w ramach orzecznictwa.

W tym celu należy wyjaśnić, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za »podmiot prawa publicznego«, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy”.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału z 10.04.2008 r. (sprawa C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH): „aby określić, czy zaspokajane przez rozpatrywany podmiot potrzeby nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy wziąć pod uwagę wszelkie istotne elementy stanu prawnego i faktycznego, takie jak okoliczności, które panowały w chwili utworzenia danego podmiotu oraz warunki, w których prowadzi on swoją działalność. W tym zakresie bezsporne jest, że dążenie do zysków nie jest jego głównym celem.

Następnie jeśli chodzi o rynek właściwy, który należy brać pod uwagę w celu sprawdzenia, czy dany podmiot prowadzi działalność w warunkach konkurencji, czy też nie, należy brać pod uwagę, z uwagi na funkcjonalną wykładnię pojęcia »podmiot prawa publicznego«, sektor, na którego potrzeby ten podmiot został utworzony”.

Zważyć należy, że w orzeczeniach wydawanych przez ETS na gruncie wcześniejszego stanu prawnego również dostrzegano potrzebę uwzględniania przy nadawaniu danemu podmiotowi statusu podmiotu publicznego istnienia konkurencji na danym rynku, z tym że było to traktowane jako poboczny aspekt, niestanowiący głównej determinanty. W tym miejscu przytoczyć należy fragment uzasadnienia wyroku ETS z 1.02.2001 r. (sprawa C-237/99 Komisja Europejska przeciwko Francji): „do ustalenia, czy podmiot jest instytucją prawa publicznego, niewystarczające jest ustalenie, iż podmiot ten wykonuje zadania o charakterze powszechnym. Wykładnia zakładająca, że wszystkie interesy ogólne nie mają charakteru przemysłowego i handlowego, pozbawiłaby celu to sformułowanie dyrektyw. (...) dla uznania podmiotu za instytucję prawa publicznego nie jest kluczowe, czy na rynku istnieje konkurencja, a potrzeby mogą być zaspokajane również przez podmioty o charakterze prywatnym. Jednak istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, do których spełnienia dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie silnej konkurencji jest okolicznością, która powinna być wzięta pod uwagę”.

W wyroku ETS z 10.11.1998 r. (sprawa C-360/96) wskazano, że co do zasady podstawowym kryterium uznania określonej potrzeby za handlową lub przemysłową jest działanie podmiotu ją zaspokajającego dla zysku w warunkach konkurencji przedsiębiorstw. Brak konkurencji na rynku określonych dóbr lub usług oraz występowanie jednego podmiotu zaspokajającego potrzeby społeczne w tym zakresie stanowi zatem modelowy wzór instytucji prawa publicznego. W ocenie Trybunału istnienie znacznej konkurencji na tym samym rynku, wskazującej na wysoką opłacalność danej działalności, będzie stanowić negatywną przesłankę uznania jednostki za instytucję prawa publicznego.

Jednocześnie w piśmiennictwie wskazuje się, że: „przez osoby prawa publicznego utworzone specjalnie w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, ale nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego należy rozumieć jednostki za-

spokajające w sposób ciągły potrzeby zbiorowe, czyli charakterystyczne dla wielu nie zindywidualizowanych adresatów, zazwyczaj na rzecz ludności, a głównym ich celem nie jest dążenie do maksymalizacji zysku – czym różnią się przede wszystkim od podmiotów komercyjnych<sup>24</sup>.

Trybunał w wyroku z 16.10.2003 r. (w sprawie C-283/00 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii) podkreślił, że potrzeby niemające charakteru przemysłowego ani handlowego to przeważnie potrzeby, których nie można zaspokoić na rynku. W stosunku do nich państwo decyduje się zaspokajać je samo lub utrzymywać decydujący wpływ na ich zaspokajanie. Przy dokonywaniu zakwalifikowania podmiotu do instytucji prawa publicznego niezbędne jest więc rozważenie wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych jego działania.

Podsumowując powyższe, należy jeszcze zwrócić uwagę na uchwałę KIO z 30.11.2011 r. (KIO/KD 90/11, LEX nr 1099263), w której wskazane zostało, że: „Wszelkie okoliczności, w których upatrują dotychczasowi zamawiający możliwości nie stosowania Prawa zamówień publicznych muszą mieć jednoznaczny i nie budzący wątpliwości charakter. Zaś jedynym miarodajnym »źródłem« informacji w tym zakresie winny być instytucje statutowo do tego powołane. W razie wątpliwości właściwym działaniem jest raczej zastosowanie Prawa zamówień publicznych, także pod względem zasad konkurencyjności niż unikanie jej stosowania bazujące na niesprawdzonych przesłankach”.

28. Zgodnie ze stanowiskiem UZP<sup>25</sup> przez pojęcie finansowania określonego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu przepisów ustawy, a także przez inne podmioty prawa publicznego, należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a p.z.p., nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie, do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych.

Kwestia finansowania zamówienia w przeważającej części przez inne podmioty była przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE w wyroku z 3.10.2000 r. (w sprawie C-380/98

<sup>24</sup> G. Herc, *Zakres podmiotowy ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX nr 92936.

<sup>25</sup> *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-podmiotowy-stosowania-ustawy-pzp/obowiazek-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-przez-fundacje-oraz-stowarzyszenia-stosowanie-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-na-postawie-art.-3-ust.-1-pkt-3-oraz-art.-3-ust.-1-pkt-5> (dostęp: 17.12.2016 r.).

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

Natomiast w wyroku z 13.12.2007 r. (sprawa C-337/06 Bayerischer Rundfunk and Others przeciwko GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH) TSUE wskazał, że brak świadczenia wzajemnego na rzecz państwa ze strony nadawcy publicznego wynika z faktu, iż finansowanie służy wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej na rzecz państwa, polegającej na zapewnianiu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach nadawcy, zdaniem Trybunału, nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję na wykonanie zadania leżącego w interesie publicznym.

Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (w tym jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu, gdy środki publiczne przekazywane są podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwe-

stycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50% wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a p.z.p.

29. Kolejna przesłanka wynikająca z art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b p.z.p. wskazuje na pewien rodzaj zależności wynikający z faktu posiadania ponad połowy udziałów albo akcji przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego.
30. Odnośnie do przesłanki wskazanej w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. c p.z.p. (tj. sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym) UZP podniósł natomiast, że należy ją oceniać z zastosowaniem kryterium możliwości wywierania wpływu na decyzje zamawiającego przy użyciu określonych środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 p.z.p. W wyroku z 1.02.2001 r., C-237/99, ETS wskazał, iż przesłanka nadzoru jest spełniona, jeżeli nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek, których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego<sup>26</sup>.
31. Ostatnią przesłanką wynikającą z art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d p.z.p. jest okoliczność powoływania ponad połowy członków organu nadzorczego lub zarządzającego przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d p.z.p.).
32. W świetle powyższego do kategorii podmiotów prawa publicznego można zaliczyć wszystkie państwowe i komunalne jednostki posiadające osobowość prawną i wykonujące wyżej określone zadania. Jednostką taką będzie także m.in. instytut badawczy. Potwierdza to w szczególności orzeczenie KIO z 10.10.2014 r., KIO/KD 91/14, LEX nr 1661448, zgodnie z którym „Instytuty badawcze, jako państwowe jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, posiadają status podmiotu prawa publicznego i są zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p.”.

<sup>26</sup> *Obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-podmiotowy-stosowania-ustawy-pzp/obowiazek-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-przez-fundacje-oraz-stowarzyszenia-stosowanie-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-na-postawie-art.-3-ust.-1-pkt-3-oraz-art.-3-ust.-1-pkt-5> (dostęp: 17.12.2016 r.).

Do kategorii tej mogą także zostać zaliczone podmioty prowadzące działalność w formie fundacji bądź stowarzyszeń.

**Związki podmiotów, o których mowa w art. 3  
ust. 1 pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa  
w art. 3 ust. 1 pkt 3**

33. Kolejną kategorią zamawiających, wynikającą z art. 3 ust. 1 pkt 3a p.z.p., są związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3. Nowelizacja związana z implementacją dyrektywy 2014/24/UE nie wpłynęła na dotychczasowe brzmienie komentowanego przepisu.
34. Powyższa kategoria zamawiających nazwana związkiem podmiotów została wprowadzona ustawą z 7.04.2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. Nr 79, poz. 551 ze zm.), mającą na celu wdrożenie dyrektywy 2004/18/WE do polskiego porządku prawnego.
35. Pojęcie „związki podmiotów” należy rozumieć jako organizację o charakterze członkowskim charakteryzującą się odrębnością organizacyjną oraz posiadającą osobowość prawną. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z wykładnią powyższej dyrektywy regulacja ta odnajduje zastosowanie przy spełnieniu warunku, zgodnie z którym wystarczy członkostwo jednego z podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 w związku, aby związek był zobowiązany do stosowania ustawy<sup>27</sup>. Do kategorii związków zaliczyć można m.in. związek międzygminny.

**Inne niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a podmioty,  
jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania  
jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132**

36. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p. piąta kategoria zamawiających dotyczy innych niż określone w pkt 1–3a podmiotów, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
- 1) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
  - 2) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub

<sup>27</sup> W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014, art. 3.

- 3) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Podmiotami określonymi w art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p. są tzw. zamawiający sektorowi.

37. Należy zwrócić uwagę, że nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła definicję zamówień sektorowych, zgodnie z którą są to zamówienia, o których mowa w art. 132 ust. 1 (por. art. 2 pkt 14 p.z.p.).
38. Regulacja dotycząca zamówień sektorowych została unormowana w art. 132–138f p.z.p. Zamawiającymi sektorowymi są podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; inne osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot spełniają określone warunki; ich związki – jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 p.z.p., a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na zamawiających sektorowych dominujący wpływ, w szczególności spełniając określone w ustawie warunki.

Wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 4 lit b, c lub e p.z.p. przesłanki nie muszą być spełnione łącznie, aby można było mówić o wywieraniu dominującego wpływu.

Definicję praw wyłącznych (szczególnych) zawiera natomiast art. 3 ust. 2 p.z.p.

Jak wynika z powyższego, obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych mogą zostać objęte podmioty pozostające pod wpływem państwa bądź podmioty prywatne, jeżeli spełniają wyżej wymienione warunki<sup>28</sup>. Dzięki tak skonstruowanej przesłance art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p. stanowi podstawę prawną stosowania przepisów o zamówieniach publicznych także dla podmiotów prywatnych niepowiązanych ze Skarbem Państwa bądź jednostkami samorządu terytorialnego, jeśli tylko prowadzą jeden z rodzajów działalności określonych w art. 132 ust. 1 p.z.p. i wykonują tę działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, np. prywatna spółka dystrybuująca ciepło działająca na podstawie koncesji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> P. Soszyńska-Purtak, *Zamawiający w zamówieniach publicznych*, LEX, komentarze praktyczne, art. 3.

<sup>29</sup> W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, art. 132.

### Inne niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 podmioty

39. W art. 3 ust. 1 pkt 5 p.z.p. ustawodawca wymienił kolejną kategorię zamawiających, którymi są inne niż określone w pkt 1–4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:
- 1) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowanych ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a;
  - 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
  - 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. nadała wyżej wymienionej regulacji nowe brzmienie poprzez włączenie do kategorii zamawiających podmiotów określonych w pkt 1–4 (wcześniej 1–2) oraz zmianę obowiązku stosowania wszystkich wymienionych w przepisie przesłanek łącznie na możliwość spełnienia przesłanek osobno. Zmienił się nadto warunek wynikający z art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c p.z.p. poprzez doprecyzowanie, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, o których mowa w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE.

W kwestii omówionej powyżej wyraził swoje stanowisko UZP, wskazując co następuje: „Ustawa nowelizująca dokonała kilku nieznacznych zmian redakcyjnych w brzmieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej zwanej »Pzp«. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż adresatem normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp są podmioty inne niż określone w pkt 1–4, a nie jak było dotychczas w pkt 1–2. Zmiana ta miała na celu usunięcie wątpliwości zamawiających dotyczących podstawy prawnej ciążącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i eliminację sytuacji, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy. Ponadto ustawa nowelizująca wykreśliła we wprowadzeniu do wyliczenia w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp słowo »łącznie«. Zmiana ta miała na celu maksymalne zbliżenie kształtu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 do formy art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, którego transpozycję stanowi. Dla ustalenia obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest, tak jak to było dotychczas, jednoczesne (łączne) spełnienie, w odniesieniu do udzielanego zamówienia, wszystkich trzech opisanych powyżej przesłanek. Ustawa nowelizacyjna nadała również nowe brzmienie ostatniej przesłance zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a to poprzez dodanie w treści lit. c przepisu odesłania do załącznika II do dyrektywy 2014/24/UE. Wskazany załącznik zawiera

wyszczególnienie robót budowlanych w zakresie inżynierii lądowej i wodnej z podziałami na grupy i klasy wraz z komentarzem (grupa 45.2 obejmująca m.in. budowę dróg wodnych, portów i obiektów nadrzecznych, przystani jachtowych (marin), śluz, zapór wodnych i kanałów, pogłębianie, prace podwodne, budowę mostów, wiaduktów, tuneli i przejść podziemnych, budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, pomocniczych obiektów miejskich). Konkludując, zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest łączne spełnienie w odniesieniu do udzielanego zamówienia wszystkich trzech przesłanek wskazanych w ww. przepisie<sup>30</sup>.

### **Podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji**

40. Artykuł 3 ust. 1 pkt 7 p.z.p. został uchylony ustawą z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920), która weszła w życie z dniem 14.12.2016 r. Określał on ostatnią grupę zamawiających, którą tworzyły podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2015 r., poz. 113) w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

### **Prawa szczególne lub wyłączne**

41. Zgodnie z art. 3 ust. 2 p.z.p. prawami szczególnymi lub wyłącznymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:
- 1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
  - 2) prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w art. 3 ust. 2a p.z.p.
42. Jego obecne brzmienie jest skutkiem nowelizacji z 22.06.2016 r.
43. Pojęcie praw wyłącznych należy interpretować w świetle przepisów prawa unijnego i ich wykładni (art. 4 dyrektywy 2014/25/UE).

Zgodnie z regulacją art. 4 dyrektywy 2014/25/UE podmiotami zamawiającymi są podmioty, które są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14 dyrektywy,

<sup>30</sup> Nowe brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 5 p.z.p., Informator UZP 2016, nr 3, s. 44.

tj.: dostaw gazu i energii cieplnej, energii elektrycznej, gospodarki wodnej, usług transportowych, portów i portów lotniczych, usług pocztowych, a także wydobywania ropy naftowej i gazu oraz poszukiwania lub wydobywania węgla lub innych paliw stałych. Ponadto, w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują wśród prowadzonych przez nie rodzajów działalności jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14 bądź dowolne połączenie tych rodzajów działalności i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego.

Odnosząc się natomiast do pojęcia praw wyłącznych, ustawodawca unijny w art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE określił, iż prawa wyłączne oznaczają „prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8–14 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty”.

Praw wyłącznych i przyznanych w świetle tej regulacji nie stanowią bowiem prawa, które przyznano w drodze procedury zapewniającej odpowiednie upublicznienie postępowania i których przyznanie opierało się na obiektywnych kryteriach. Omawiany przepis wymienia dwie procedury, które obejmują udzielanie zamówienia z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, 2009/81/WE, 2014/23/UE lub też z dyrektywą 2014/25/UE, a także procedury, których podstawę stanowią inne unijne akty prawne wymienione w załączniku II, zapewniające odpowiednią uprzednią przejrzystość w zakresie przyznawania zezwoleń w oparciu o obiektywne kryteria.

### **Podawanie przez Prezesa UZP wykazu aktów**

44. Na podstawie art. 3 ust. 2a p.z.p., dodanego na skutek nowelizacji, Prezes UZP podaje w drodze obwieszczenia ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Monitor Polski oraz zamieszcza na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wykaz aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE.

Przepis ten stanowi delegację ustawową dla wymienionego powyżej obwieszczenia Prezesa UZP.

Załącznik II do dyrektywy 2014/25/UE określa wykaz unijnych aktów prawnych, o którym mowa w jej art. 4 ust. 3. Obejmuje on procedury zapewniające odpowiednią uprzednią przejrzystość w zakresie udzielania zezwoleń, które nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 4 dyrektywy 2014/25/UE, na podstawie innych aktów prawnych Unii, tj.:

- 1) wydawanie zezwoleń na eksploatację instalacji gazu ziemnego zgodnie z procedurami określonymi w art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13.07.2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE (Dz.Urz. UE L 211, s. 94);
- 2) wydawanie zezwoleń lub zaproszenie do składania ofert na budowę nowych instalacji służących do wytwarzania energii elektrycznej zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z 13.07.2009 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającą dyrektywę 2003/54/WE (Dz.Urz. UE L 211, s. 55);
- 3) wydawanie zezwoleń zgodnie z procedurami określonymi w art. 9 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 97/67/WE z 15.12.1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz.Urz. WE L 15, s. 14) w odniesieniu do usługi pocztowej, która nie jest lub nie może być zastrzeżona;
- 4) procedura udzielania zezwoleń na prowadzenie działalności obejmującej wydobycie węglowodorów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 94/22/WE z 30.05.1994 r. w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badanie i produkcję węglowodorów (Dz.Urz. WE L 164, s. 3);
- 5) umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 1370/2007 z 23.10.2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315, s. 1, ze zm.) dotyczące świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego autobusem, tramwajem, koleją lub metrem i udzielone w drodze konkurencyjnej procedury przetargowej zgodnie z art. 5 ust. 3 tego rozporządzenia, pod warunkiem, że okres obowiązywania tych umów jest zgodny z art. 4 ust. 3 lub 4 tego rozporządzenia.

W polskim porządku prawnym odpowiednikiem powyższej regulacji jest obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 28.07.2016 r. w sprawie wykazu aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Wykaz zamieszczony w obwieszczeniu obejmuje akty prawne wymienione w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE, a także akty prawne wdrażające przepisy aktów prawnych wymienionych w tym załączniku, zawierające procedury zapewniające upublicznienie postępowania prowadzącego do przyznawania na ich podstawie praw i oparcie przyznawania tych praw na obiektywnych kryteriach, przez co prawa te nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu art. 3 ust. 2 p.z.p.

Aktami prawnymi wdrażającymi przepisy dyrektywy 2009/73/WE są:

- 1) ustawa z 10.10.1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.);
- 2) rozporządzenie Ministra Gospodarki z 2.07.2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 1059).

Aktami wdrażającymi dyrektywę 2009/72/WE są:

- 1) Prawo energetyczne;
- 2) rozporządzenie Ministra Gospodarki z 7.05.2008 r. w sprawie przetargu na budowę nowych mocy wytwórczych energii elektrycznej lub na realizację przedsięwzięć zmniejszających zapotrzebowanie na energię elektryczną (Dz.U. poz. 548).

Dyrektywę 97/67/WE wdrażają:

- 1) Prawo pocztowe;
- 2) rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z 25.11.2013 r. w sprawie konkursu na operatora pocztowego wyznaczonego do świadczenia usług powszechnych (Dz.U. poz. 1466);
- 3) rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z 26.07.2013 r. w sprawie wzoru wniosku o wpis do rejestru operatorów pocztowych oraz wzoru zgłoszenia dotyczącego prowadzenia działalności pocztowej (Dz.U. poz. 1024).

Aktami prawnym wdrażającymi dyrektywę 94/22/WE są:

- 1) ustawa z 9.06.2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2016 r., poz. 1131 ze zm.);
- 2) rozporządzenie Rady Ministrów z 28.07.2015 r. w sprawie przetargu na udzielenie koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złóż węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złóż, a także koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złóż (Dz.U. poz. 1171) oraz
- 3) rozporządzenie Rady Ministrów z 10.01.2012 r. w sprawie przetargu na ustanowienie użytkowania górniczego (Dz.U. poz. 101).

Ustawa z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1867 ze zm.) wdraża natomiast rozporządzenie 1370/2007.

### **Przyznawanie środków finansowych przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy**

45. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 3 p.z.p., podmioty zobowiązane do jej stosowania, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Komentowany przepis nie został objęty nowelizacją z 22.06.2016 r. i w całości zachował dotychczasowe brzmienie.

Jak wynika z jego dyspozycji, dopuszczalne jest uzależnienie przez zamawiających przyznania środków na realizację projektu od zastosowania przy ich wydatkowaniu niektórych zasad określonych w Prawie zamówień publicznych (zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości). Komentowany przepis nie uprawnia natomiast do uzależnienia przyznania środków od zastosowania przepisów prawa zamówień publicznych<sup>31</sup>.

#### **Art. 4.** [Wyłączenie stosowania ustawy]

Ustawy nie stosuje się do:

- 1) zamówień lub konkursów, których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej, niż określona ustawą, procedury:
  - a) organizacji międzynarodowej,
  - b) wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia;
- 1a) zamówień lub konkursów w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do tych zamówień lub konkursów inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;
- 1b) zamówień lub konkursów w ponad 50% finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;
- 2) zamówień Narodowego Banku Polskiego związanych z:
  - a) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,
  - b) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa,
  - c) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym,
  - d) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami,
  - e) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami,

<sup>31</sup> Szerzej zob. P. Granecki, *Prawo zamówień...*, art. 3.

- f) gromadzeniem złota i metali szlachetnych,
  - g) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 2a) zamówień Banku Gospodarstwa Krajowego:
- a) związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych Bankowi Gospodarstwa Krajowego na podstawie odrębnych ustaw oraz realizacją programów rządowych, w części dotyczącej:
    - prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,
    - pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej, finansowania działalności obsługiwanych funduszy i programów oraz refinansowania akcji kredytowej,
  - b) związanych z operacjami na rynku międzybankowym dotyczących zarządzania długiem Skarbu Państwa oraz płynnością budżetu państwa,
  - c) związanych z wykonywaniem działalności bankowej przez Bank Gospodarstwa Krajowego, w części dotyczącej:
    - otwierania i prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,
    - pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej oraz refinansowania akcji kredytowej;
- 3) zamówień, których przedmiotem są:
- a) usługi arbitrażowe lub pojednawcze,
  - b) usługi Narodowego Banku Polskiego,
  - c–d) (uchylone),
  - e) usługi badawcze i rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001-0562; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 5, str. 3, z późn. zm.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, oraz jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
    - korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności,
    - całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający,
- ea) usługi prawne:
- zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2014 r. poz. 134, z 2015 r. poz. 1311

- oraz z 2016 r. poz. 65), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
- doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwsze, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,
  - notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów,
  - świadczone przez pełnomocników lub inne usługi prawne, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,
  - związane z wykonywaniem władzy publicznej,
- f) (uchylona),
- g) nabycie audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, produkcja lub koprodukcja, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych – udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych,
- h) zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych,
- i) nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości,
- j) usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2014 r. poz. 94, z późn. zm.), oraz operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności,
- ja) pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej,
- jb) usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte kodami CPV 75250000-3, 75251000-0,

- 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 oraz 85143000-3 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów,
- k) dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji, jednostek poświadczonych redukcji emisji oraz jednostek redukcji emisji, w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji,
  - l) usługi Banku Gospodarstwa Krajowego w zakresie bankowej obsługi jednostek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego;
- 4) umów z zakresu prawa pracy;
- 4a) (uchylony);
- 5) zamówień lub konkursów:
    - a) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych lub
    - b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, lub
    - c) jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego, lub
    - d) którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa
- w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa określonych w lit. a–d nie może zostać zagwarantowana w inny sposób niż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy;
- 5a) (uchylony);
- 5b) 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, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych;
- 5c) zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji:
- a) dokumentów publicznych i ich personalizacji,
  - b) druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa,
  - c) znaków akcyzy;
- 6) zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, któremu wyłączne prawo do świadczenia tych usług przyznano w drodze ustawy lub innego aktu normatywnego, który podlega publikacji;
  - 7) przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przyznawane na podstawie ustaw;
  - 8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro;
- 8a–8d) (uchylone);

- 9) (uchylony);
- 10) zamówień i konkursów, udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, których głównym celem jest:
  - a) pozwolenie zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
  - b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub
  - c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej;
- 11) nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego;
- 12) umów koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920), chyba że ustawa stanowi inaczej;
- 12a) zamówień udzielanych i konkursów organizowanych przez podmioty wykonujące działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 7, w celu świadczenia usług:
  - a) o wartości dodanej związanych z systemami teleinformatycznymi w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, wyłącznie za pomocą takich systemów, w tym bezpiecznego przesyłania kodowanych dokumentów za pomocą systemów teleinformatycznych, usług zarządzania adresami i przesyłania poleconej poczty elektronicznej,
  - b) finansowych, objętych kodami CPV od 66100000-1 do 66720000-3, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, w szczególności przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto,
  - c) filatelistycznych lub logistycznych;
- 13) zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:
  - a) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
  - b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
  - c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.);
- 14–15) (uchylone);
- 16) zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem procesu wypłat środków gwarantowanych, o których mowa w art. 2 pkt 65 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwa-

rantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. poz. 996), w szczególności usług świadczonych przez podmiot, z którym zostanie zawarta umowa o dokonanie wypłat środków gwarantowanych;

- 17) zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przymusowej restrukturyzacji albo umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych, w szczególności zamówień, których przedmiotem jest:
  - a) przeprowadzenie oszacowania,
  - b) świadczenie usług doradztwa, w tym doradztwa strategicznego, ekonomiczno-finansowego, podatkowego, prawnego i informatycznego,
  - c) powierzenie przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywania pośrednictwa w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 128, z późn. zm.) w imieniu i na rzecz banku w restrukturyzacji, oraz czynności związanych z działalnością prowadzoną przez firmę inwestycyjną w restrukturyzacji, w tym z prowadzoną przez nią działalnością maklerską;
- 18) zamówień udzielanych przez instytucję pomostową, o której mowa w art. 2 pkt 26 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, lub podmiot zarządzający aktywami, o którym mowa w art. 2 pkt 46 tej ustawy.

1. Artykuł 4 p.z.p. zawiera wyłączenia od obowiązku stosowania ustawy przy udzielaniu niektórych zamówień publicznych.

Zwolnienia, o których mowa poniżej, są zwolnieniami przedmiotowymi. Katalog wyłączeń został utworzony z uwzględnieniem przepisów zawartych w dyrektywach unijnych. Znowelizowane Prawo zamówień publicznych wprowadziło nowe wyłączenia oraz zmiany, które częściowo są konsekwencją obowiązku wdrożenia do polskiego prawa dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE.

## Zobowiązania międzynarodowe

2. Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 4 pkt 1 p.z.p. ustawy nie stosowało się do zamówień udzielanych na podstawie:
  - 1) szczególnej procedury organizacji międzynarodowej, odmiennej od określonej w ustawie;
  - 2) umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczących stacjonowania wojsk, jeżeli umowy te przewidują inne niż ustawa procedury udzielania zamówień;
  - 3) umowy międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury udzielania zamówień.

W świetle obecnego brzmienia przepisu art. 4 pkt 1–1b p.z.p. wyłączenia obejmują:

- 1) zamówienia lub konkursy, których zamawiający jest zobowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie:
  - a) innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej,
  - b) innej, niż określona ustawą, procedury wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia;
- 2) zamówienia lub konkursy w całości finansowane przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej,
- 3) zamówienia lub konkursy w ponad 50% finansowane przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. rozszerzyła zatem zakres stosowania omawianego przepisu, dodając procedurę konkursu. Ponadto ustawodawca wprowadził dodatkowe przesłanki wyłączenia zawarte w pkt 1a i 1b, odnoszące się do sposobu finansowania (w połowie bądź całości) zamówienia publicznego przez organizację międzynarodową.

### **Zamówienia Narodowego Banku Polskiego**

3. Narodowy Bank Polski jest co do zasady zobowiązany do stosowania Prawa zamówień publicznych, z wyjątkiem zamówień określonych w art. 4 pkt 2 p.z.p.

Wobec powyższego komentowana ustawa nie ma zastosowania do zamówień NBP związanych z:

- 1) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych;
- 2) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa;
- 3) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym;
- 4) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami;
- 5) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami;
- 6) gromadzeniem złota i metali szlachetnych;
- 7) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych.

Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych do zamówień Narodowego Banku Polskiego odnosi się jedynie do zamówień udzielanych w celu realizacji uprawnień konstytucyjnych związanych z emisją pieniądza oraz realizacją polityki pieniężnej. W pozostałym zakresie na Narodowym Banku Polskim spoczywa obowiązek stosowania przepisów komentowanej ustawy na zasadach ogólnych. Przepis ten odnosi się do zamówień, w których NBP sprawuje funkcję zamawiającego. Z kolei art. 4 pkt 3b p.z.p. dotyczy usług świadczonych przez NBP, a zatem tych, w których byłby on wykonawcą.

### **Zamówienia Banku Gospodarstwa Krajowego**

4. Bank Gospodarstwa Krajowego działa na podstawie ustawy z 14.03.2003 r. o Banku Gospodarstwa Krajowego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1787 ze zm.). Zgodnie z art. 4 tej ustawy do podstawowych celów działalności BGK należy: wspieranie polityki gospodarczej Rady Ministrów, rządowych programów społeczno-gospodarczych oraz programów samorządności lokalnej i rozwoju regionalnego, obejmujących w szczególności projekty:
  - 1) realizowane z wykorzystaniem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej oraz międzynarodowych instytucji finansowych w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1988 ze zm.);
  - 2) infrastrukturalne;
  - 3) związane z rozwojem sektora małych i średnich przedsiębiorstw– w tym realizowane z wykorzystaniem środków publicznych.
5. Obok NBP BGK jest jedyną instytucją finansową, do której zastosowanie mają przepisy Prawa zamówień publicznych, dlatego też konieczne stało się wyłączenie poszczególnych zamówień tego banku z procedur ustawowych.

Przepisy komentowanej ustawy nie mają zastosowania do zamówień BGK:

- 1) związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych Bankowi Gospodarstwa Krajowego na podstawie odrębnych ustaw oraz realizacją programów rządowych w części dotyczącej:
  - a) prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,
  - b) pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej, finansowania działalności obsługiwanych funduszy i programów oraz refinansowania akcji kredytowej;
- 2) związanych z operacjami na rynku międzybankowym dotyczących zarządzania długiem Skarbu Państwa oraz płynnością budżetu państwa;
- 3) związanych z wykonywaniem działalności bankowej przez Bank Gospodarstwa Krajowego w części dotyczącej:

- a) otwierania i prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,
- b) pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej oraz refinansowania akcji kredytowej.

### **Usługi arbitrażowe lub pojednawcze, usługi NBP, usługi badawcze i rozwojowe, usługi prawne, usługi związanie z audycjami i inne**

6. Nowelizacja ustawy wprowadziła zmiany w katalogu wyłączeń zawartym w art. 4 pkt 3 p.z.p.

#### **Usługi arbitrażowe i pojednawcze**

Ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi arbitrażowe lub pojednawcze. W większości przypadków do wykonania tych usług wymagana jest zgoda obydwu stron, co stoi w sprzeczności ze stosowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Na konieczność wyłączenia wskazywano jeszcze w motywie 26 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym usługi arbitrażowe i pojednawcze są zwykle świadczone przez podmioty lub osoby prywatne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany za pomocą zasad dotyczących udzielania zamówień.

#### **Usługi Narodowego Banku Polskiego**

Wyłączeniu od obowiązku stosowania komentowanej ustawy podlegają także usługi Narodowego Banku Polskiego. Jak już wskazano uprzednio, art. 4 pkt 3 lit. b ma zastosowanie do sytuacji, w których NBP byłby wykonawcą, natomiast wyłączenia z art. 4 pkt 2 dotyczą okoliczności, w których NBP byłby zamawiającym.

#### **Usługi badawcze i rozwojowe**

W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. zmianie uległ artykuł 4 pkt 3 lit. e. Zgodnie z jego dotychczasowym brzmieniem ustawy nie stosowało się do zamówień, „których przedmiotem były usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacone przez zamawiającego, lub z których korzyści nie przypadają wyłącznie zamawiającemu dla potrzeb jego własności”.

Obecnie art. 4 pkt 3 lit. e stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi badawcze i rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 (usługi badawcze i eksperymentalno-rozwojowe oraz pokrewne usługi doradcze) do 73120000-9 (usługi eksperymentalno-rozwojowe), 73300000-5 (projekt

i realizacja badań oraz rozwój), 73420000-2 (studium przedwykonalności i demonstracja technologiczna) i 73430000-5 (testy i ocena), określonymi w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 2195/2002 z 5.11.2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340, s. 1, ze zm.), oraz jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 1) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności;
- 2) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

W poprzednim brzmieniu art. 4 ust. 3 lit. e wyłączenie stosowania przepisów ustawy miało miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, a więc w sytuacji, gdy usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie były w całości opłacane przez zamawiającego lub z których korzyści nie przypadały wyłącznie zamawiającemu dla potrzeb jego własnej działalności.

Obecnie ustawy nie stosuje się, jeżeli wymienione uprzednio warunki spełnione są kumulatywnie. W związku z tym, aby ustawa nie miała zastosowania do wymienionych usług, wymagane jest, by korzyści z tych usług przypadały wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności oraz by wynagrodzenie za świadczoną usługę nie było wypłacone w całości przez zamawiającego.

Pojęcie badań naukowych i prac rozwojowych zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 3 i 4 ustawy z 30.04.2010 r. o zasadach finansowania nauki (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 1620 ze zm.).

#### **Badania naukowe to:**

- 1) badania podstawowe – oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie;
- 2) badania stosowane – prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce;
- 3) badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych.

Z kolei **prace rozwojowe** to nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz two-

rzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności:

- 1) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych;
- 2) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej;
- 3) działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem, że nie są one wykorzystywane komercyjnie; prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Należy zwrócić uwagę na motyw 35 dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, że: „należy popierać współfinansowanie programów badawczo-rozwojowych przez przemysł. Należy w związku z tym wyraźnie stwierdzić, że niniejsza dyrektywa ma zastosowanie wyłącznie w przypadkach braku takiego współfinansowania i gdy wynik działań badawczo-rozwojowych przeznaczony jest dla danej instytucji zamawiającej. Nie powinno to jednak oznaczać, że usługodawca nie może po wykonaniu usług opublikować sprawozdania na ich temat, o ile instytucja zamawiająca zachowa wyłączne prawo do wykorzystania wyniku działań badawczo-rozwojowych w swojej własnej działalności. Niemniej jednak fikcyjne udostępnienie wyników działań badawczo-rozwojowych lub symboliczny udział w wynagrodzeniu usługodawcy nie powinny uniemożliwiać zastosowania niniejszej dyrektywy”.

### Usługi prawne

Ustawa z 22.06.2016 r. wprowadziła nowe wyłączenia dotyczące następujących usług prawnych:

- 1) zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z 5.07.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1874), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi;

- 2) doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w pkt 1 powyżej, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań;
- 3) notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów;
- 4) świadczonych przez pełnomocników lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów;
- 5) związanych z wykonywaniem władzy publicznej.

Jest to skutek implementacji do porządku prawnego art. 10 lit. d dyrektywy 2014/24/UE. Z kolei uzasadnienie wprowadzenia tego uregulowania zawarto w motywie 25 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym niektóre usługi prawne są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego i obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Ustawodawca unijny uznał, że takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień – tak może być np. w przypadku wyznaczania prokuratorów w niektórych państwach członkowskich. Z uwagi na powyższe uznano, że usługi takie powinny zatem być wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy.

Zgodnie z art. 2 pkt 1–3 ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej prawnikiem zagranicznym jest prawnik z Unii Europejskiej i prawnik spoza Unii Europejskiej. Za prawnika z Unii Europejskiej uważa się osobę będącą obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawnioną do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych uzyskanych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, określonych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy. Natomiast prawnikiem spoza Unii Europejskiej jest osoba niebędąca obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawniona do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych, o których mowa powyżej, a także każda osoba, która przy użyciu tytułu zawodowego uzyskanego w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej jest uprawniona do wykonywania zawodu odpowiadającego – pod względem wykształcenia i uprawnień oraz podstawowych zasad jego organizacji i wykonywania – zawodowi adwokata lub radcy prawnego.

### **Audycje i materiały do audycji**

Nowelizacja z 22.06.2016 r. zmieniła brzmienie art. 4 pkt 3g. Wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych obejmuje nabycie audycji i materiałów do

audycji lub ich opracowanie, produkcję lub koprodukcję, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.

W dotychczasowym brzmieniu przepis ten dotyczył nabycia, przygotowania, produkcji lub koprodukcji materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie. Zgodnie z jego znowelizowanym brzmieniem przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, produkcja lub koprodukcja, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych – udzielanych dostawcom audiowizualnych lub dostawcom radiowych usług medialnych.

Pojęcia użyte powyżej zostały zdefiniowane w ustawie z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 639 ze zm.). Zgodnie z art. 4 pkt 2 u.r.t. audycją jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Przepis art. 4 pkt 4 u.r.t. definiuje natomiast pojęcie dostawcy usługi medialnej, którym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie.

W dyrektywie 2014/24/UE w motywie 23 stwierdzono, że „udzielanie zamówień publicznych na pewne audiowizualne i radiowe usługi medialne przez dostawców usług medialnych powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co powoduje, że stosowanie zasad udzielania zamówień nie jest właściwe. Z tych powodów należy zrobić wyjątek w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, udzielanych przez samych dostawców usług medialnych, w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisanem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów. Należy także doprecyzować, że to wyłączenie powinno mieć także zastosowanie do nadawczych usług medialnych oraz usług na żądanie (usług nielinearnych). Wyłączenie to nie powinno jednak mieć zastosowania do dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów”. W art. 10 dyrektywy 2014/24/UE zatytułowanym „Wyłączenia szczególne dotyczące zamówień na usługi” stwierdzono, że dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów do au-

dycji przeznaczonych na potrzeby audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych, udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, lub zamówień na czas antenowy lub dostarczanie audycji, udzielanych dostawcom audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Tym samym ustalono, że przedmiotowo wyłączenia odnoszą się zarówno do zamówień udzielanych przez dostawców audiowizualnych i radiowych usług medialnych, jak i tych, które są udzielane takim dostawcom, a polegają na dostarczaniu audycji.

Prawodawca europejski podkreślił, że terminy „audiowizualne usługi medialne” i „dostawca usług medialnych” mają to samo znaczenie, co w art. 1 ust. 1 lit. a i d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz.Urz. UE L 91, s. 1), przy czym termin „audycja” ma to samo znaczenie, co w art. 1 ust. 1 lit. b tej dyrektywy, ale obejmuje także audycje radiowe i materiały do audycji radiowych.

Do celów nowej regulacji termin „materiały do audycji” ma to samo znaczenie, co termin „audycja”. Należy przy tym zauważyć, że w art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy medialnej przyjęto, że pojęcie „audycja” oznacza ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość w układzie lub katalogu audycji przygotowanym przez dostawcę usług medialnych oraz mający formę i treść porównywalną z formą i treścią rozpowszechniania telewizyjnego. Przykładami audycji są: filmy pełnometrażowe, transmisje wydarzeń sportowych, seriale komediowe, filmy dokumentalne, audycje dla dzieci oraz filmy i seriale telewizyjne. Państwa członkowskie miały obowiązek wprowadzenia w życie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania dyrektywy 2014/24/UE do 18.04.2016 r.<sup>32</sup>

### **Zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych**

Nowelizacją z 22.06.2016 r. przyjęto oddzielne wyłączenie dotyczące zamówień polegających na zakupie czasu antenowego lub zakupie audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.

W świetle art. 1 ust. 1 lit. a(i) dyrektywy medialnej audiowizualna usługa medialna oznacza usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych i której podstawowym celem jest dostarczenie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a dyrektywy 2002/21/WE – audycji w celach in-

<sup>32</sup> Zob. szerzej K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Wyłączenia szczególne w stosowaniu zamówień publicznych w działalności audiowizualnej*, PiP 2016, nr 4, s. 74–85.

formacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych. Taka audiowizualna usługa medialna jest przekazem telewizyjnym w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. e dyrektywy medialnej albo audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. g dyrektywy medialnej. Zgodnie natomiast z treścią art. 1 ust. 1 lit. d dyrektywy medialnej dostawca usług medialnych oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia jej treści.

W świetle przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, przenoszącej na grunt prawa polskiego postanowienia dyrektywy 2010/13/UE, usługa medialna definiowana jest jako usługa w postaci programu lub audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca i której podstawowym celem jest dostarczenie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych, a także przekaz handlowy (art. 4 pkt 1 u.r.t.). Natomiast dostawca usługi medialnej to osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydującej o sposobie zestawienia tej treści, będącej nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 u.r.t.). Odpowiedzialność redakcyjna to natomiast sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub katalogu (art. 4 pkt 3 u.r.t.).

UZP uznał, iż przepisy prawa nie wyłączają możliwości skorzystania z dyspozycji art. 4 pkt 3 lit. h p.z.p. w celu nabycia audycji audiowizualnych lub radiowych, gdy ich produkcja odbywa się przy współudziale innych podmiotów niż sam nadawca radiowy lub telewizyjny. Na gruncie wskazanych przepisów dyrektyw oraz w świetle ustawy o radiofonii i telewizji dopuszczalne jest skorzystanie z wyłączenia obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych w okolicznościach, gdy audycja przygotowywana jest przez dostawcę usług medialnych, na podstawie przygotowanych przez podmiot zlecający scenariuszy, wytycznych lub wskazówek, jak również gdy mamy do czynienia z zakupem usługi samej emisji materiału przygotowanego przez podmiot niezależny od nadawcy.

W świetle art. 4 pkt 3 lit. h p.z.p. w zw. z art. 10 pkt b dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 1 ust. 1 lit. a(i) i d dyrektywy medialnej zakup audycji telewizyjnej lub radiowej podlega wyłączeniu spod obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, gdy materiał nabywany jest od dostawcy audiowizualnej lub radiowej usługi medialnej, który jest podmiotem ponoszącym odpowiedzialność redakcyjną za treść programu telewizyjnego lub radiowego.

UZP stwierdził, że pojęcie odpowiedzialności dostawcy usługi medialnej, do której odnoszą się zarówno przepisy dyrektyw, jak i ustawy o radiofonii i telewizji, należy

rozumieć jako odpowiedzialność za treść i sekwencję programu radiowego lub telewizyjnego, którym w świetle art. 4 pkt 6 u.r.t. jest uporządkowane zestawienie audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów. W tym rozumieniu nie jest to odpowiedzialność nadawcy za merytoryczną treść audycji telewizyjnej lub radiowej, lecz odpowiedzialność za kształtowanie programu, tj. wybór i dopuszczenie określonego przekazu telewizyjnego lub radiowego do emisji, a także za sposób i kolejność jego rozmieszczenia w czasie antenowym. Powyższe potwierdza również treść art. 13 ust. 1 i 2 u.r.t., zgodnie z którym nadawca jest uprawniony do kształtowania programu samodzielnie w zakresie zadań informacyjnych i ponosi odpowiedzialność za jego treść, przy czym nie narusza to odpowiedzialności innych osób za treść poszczególnych audycji, reklam lub innych przekazów radiowych lub telewizyjnych. Fakt ponoszenia odpowiedzialności nadawcy za treść programu nie wyłącza odpowiedzialności innych osób za treść poszczególnych audycji, tj. ich autorów lub producentów<sup>33</sup>.

Tym samym sytuacja, w której zamawiający będzie miał wpływ na treść, sposób i metody realizacji audycji telewizyjnej lub radiowej, nie zaburza odpowiedzialności programowo-redakcyjnej dostawcy usług medialnych, który może zdecydować o dopuszczalności emisji danego programu bądź z niej zrezygnować, gdy treść audycji będzie naruszała przepisy prawa lub zasady funkcjonowania nadawcy<sup>34</sup>.

### **Nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości**

Kolejną zmianą w zakresie art. 4 p.z.p. jest modyfikacja pkt 3 lit. i. W dotychczasowym brzmieniu, obowiązującym do 27.07.2016 r., ustawodawca bezwzględnie wyłączył nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu.

W obecnym brzmieniu tego przepisu ustawa nie ma zastosowania do nabycia własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. Przepis ten jest skutkiem implementacji art. 10 lit. a dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą dyrektywy nie stosuje się do nabycia lub najmu, bez względu na sposób finansowania gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości lub praw do nich.

### **Usługi finansowe**

Ustawy nie stosuje się do usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w ro-

<sup>33</sup> Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy przy zakupie czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, Informator UZP 2016, nr 3, s. 45–46.

<sup>34</sup> Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy przy zakupie czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, Informator UZP 2016, nr 3, s. 45–46.

zumieniu ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1636 ze zm.) oraz operacji przeprowadzanych z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. zmodyfikowała brzmienie art. 4 pkt 3 lit. j p.z.p. W dotychczasowym stanie prawnym wyłączeniu podlegały „usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału”. Nowy zakres wyłączenia rozszerzył jego stosowanie na operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności.

Wyłączenie zawarte w art. 4 pkt 3 lit. j p.z.p. odnosi się tylko do usług finansowych związanych z instrumentami finansowymi. Ich definicję zawiera art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Podstawowymi instrumentami finansowymi są papiery wartościowe, natomiast nie ma wśród nich kredytów i pożyczek.

W myśl tej ustawy instrumentami finansowymi są:

- 1) papiery wartościowe;
- 2) niebędące papierami wartościowymi:
  - a) tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania,
  - b) instrumenty rynku pieniężnego,
  - c) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową, inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest papier wartościowy, waluta, stopa procentowa, wskaźnik rentowności lub inny instrument pochodny, indeks finansowy lub wskaźnik finansowy, które są wykonywane przez dostawę lub rozliczenie pieniężne,
  - d) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne lub mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron,
  - e) opcje, kontrakty terminowe, swapy oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez dostawę, pod warunkiem, że są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu,
  - f) niedopuszczone do obrotu na rynku regulowanym ani w alternatywnym systemie obrotu opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar, które mogą być wykonane przez dostawę, które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych,
  - g) instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego,
  - h) kontrakty na różnicę,

- i) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward dotyczące stóp procentowych oraz inne instrumenty pochodne odnoszące się do zmian klimatycznych, stawek frachtowych, uprawnień do emisji oraz stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne albo mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron, a także wszelkiego rodzaju inne instrumenty pochodne odnoszące się do aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz innych wskaźników, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych.

### **Pożyczki lub kredyty**

Wyłączeniem zostały objęte pożyczki lub kredyty bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej.

### **Usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom**

Kolejnym wyłączeniem wprowadzonym nowelizacją z 22.06.2016 r. zostały objęte usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym, które dotyczą: usług straży pożarnej oraz ratowniczej (CPV 75250000-3), usług straży pożarnej (75251000-0), usług służb pożarniczych (75251100-1), usług ochrony przeciwpożarowej (75251110-4), usług ochrony przeciwpożarowej lasów (75251120-7), służb ratowniczych (75252000-7), usług obrony cywilnej (75222000-8), usług w zakresie bezpieczeństwa jądrowego (98113100-9) oraz usług ambulatoryjnych (85143000-3) z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów.

### **Dostawa uprawnień do emisji gazów cieplarnianych i innych substancji**

Wyłączeniem zostały również objęte dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji, jednostek poświadczonych redukcji emisji oraz jednostek redukcji emisji w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji. Nowelizacja z 22.06.2016 r. nie zmienia brzmienia tego przepisu.

Zasady funkcjonowania systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych określa ustawa z 12.06.2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (Dz.U. poz. 1233 ze zm.). Zgodnie z art. 3 pkt 4 tej ustawy przez emisję

rozumie się gazy cieplarniane wprowadzane do powietrza w wyniku działań człowieka związanych z eksploatacją instalacji lub z wykonywaną operacją lotniczą, natomiast przez gazy cieplarniane rozumie się:

- a) gazy:
  - dwutlenek węgla (CO<sub>2</sub>),
  - metan (CH<sub>4</sub>),
  - podtlenek azotu (N<sub>2</sub>O),
  - fluorowęglowodory (HFCs),
  - perfluorowęglowodory (PFCs),
  - sześćiofluorek siarki (SF<sub>6</sub>),
- b) inne niż wymienione powyżej gazowe składniki atmosfery zarówno naturalne, jak i antropogeniczne, które pochłaniają i reemitują promieniowanie podczerwone.

**Usługi Banku Gospodarstwa Krajowego w zakresie bankowej obsługi jednostek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego**

Ustawy nie stosuje się do usługi BGK w zakresie bankowej obsługi jednostek sektora finansów publicznych oraz innych niż wymienione powyżej państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej.

**Umowy o pracę**

7. Stosownie do art. 4 pkt 4 p.z.p. ustawy nie stosuje się do umów z zakresu prawa pracy.

Wyłączenie to dotyczy więc wszystkich umów o pracę uregulowanych w art. 22 ustawy z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1666). Zakresem tym nie są objęte umowy cywilnoprawne, tj. umowa-zlecenie czy umowa o dzieło.

**Zamówienia zawierające informacje niejawne**

8. Nowelizacją z 22.06.2016 r. uregulowano, że ustawie nie podlegają zamówienia lub konkursy:
- 1) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych lub
  - 2) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, lub
  - 3) jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego, lub
  - 4) którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa
- w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa określonych powyżej nie może zostać zagwarantowana w inny sposób niż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy.

W dotychczasowym stanie prawnym ustawa nie miała zastosowania do zamówień, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymagał tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego.

W świetle nowej regulacji (nowelizacja z 22.06.2016 r.) art. 4 pkt 5 p.z.p. uległ rozszerzeniu o nową procedurę, jaką jest konkurs. Zmianą jest także wyłączenie przepisów Prawa zamówień publicznych w stosunku do zamówień lub konkursów, którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa, a także w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa określona w przedstawionych poniżej przypadkach nie może zostać zagrożona w inny sposób niż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy.

Zgodnie z powyższym komentowana ustawa nie ma zatem zastosowania do:

- 1) zamówień lub konkursów, którym nadano klauzule zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych – ustawą z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1167 ze zm.). Ustawa o ochronie informacji niejawnych w art. 5 wprowadza następujące rodzaje klauzul:
  - a) „ściśle tajne” – mającą zastosowanie, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej (np. zagrozi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej Rzeczypospolitej Polskiej, zagrozi bezpieczeństwu wewnętrznemu lub porządkowi konstytucyjnemu Rzeczypospolitej Polskiej, zagrozi sojuszom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej, osłabi gotowość obronną Rzeczypospolitej Polskiej),
  - b) „tajne” – nadawaną, jeżeli nieuprawnione ujawnienie informacji spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej (np. uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności lub porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej, pogorszy stosunki Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi, zakłóci przygotowania obronne państwa lub funkcjonowanie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej),
  - c) „poufne” – nadawaną, jeżeli nieuprawnione ujawnienie informacji spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej (np. utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej, utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, zakłóci porządek publiczny lub zagrozi bezpieczeństwu obywateli),
  - d) „zastrzeżone” – nadawaną, jeżeli nie nadano wyższej klauzuli tajności, a nieuprawnione ujawnienie informacji może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej;

- 2) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa;
- 3) jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego;
- 4) którym muszą towarzyszyć na podstawie odrębnych przepisów szczególne środki bezpieczeństwa.

Artykuł 4 pkt 5a p.z.p., na mocy którego „zamówień w ramach realizacji współpracy rozwojowej udzielanych przez jednostki wojskowe w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, jeżeli ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

### **Produkcja lub handel bronią, amunicją lub materiałami wojennymi**

9. Przedmiotem wyłączeń są zamówienia dotyczące produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi (art. 346 TFUE), jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Wyłączenie to odnosi się do art. 346 TFUE, który dotyczy wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych, przyjętego decyzją Rady 255/58 z 15.04.1958 r., do którego odwołuje się dyrektywa 2009/81/WE. Wykaz obejmuje:

- 1) broń ręczną i automatyczną;
- 2) broń artyleryjską, a także broń dymną, gazową oraz miotacze ognia;
- 3) amunicję do broni wymienionej w pkt 1 i 2 powyżej;
- 4) bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające;
- 5) wojskowy sprzęt kierowania ogniem;
- 6) czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe;
- 7) środki trujące lub środki radioaktywne;
- 8) prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające;
- 9) okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym;
- 10) samoloty i sprzęt do celów wojskowych;
- 11) wojskowy sprzęt elektroniczny;
- 12) aparaty fotograficzne i sprzęt specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych;
- 13) inny sprzęt;
- 14) specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów wymienionych w wykazie;
- 15) maszyny, sprzęt i urządzenia zaprojektowane wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli uzbrojenia, amunicji oraz aparatów o charakterze wyłącznie wojskowym wyżej wymienionych.

We wskazanym powyżej zakresie prymat mają przepisy art. 131a–131w p.z.p., które regulują udzielanie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w tym dostawy sprzętu wojskowego. Wyjątek przewidziany w art. 4 pkt 5b p.z.p. znajdzie zastosowanie, gdy przepisy art. 131a–131w nie są wystarczające do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

### **Zamówienia dotyczące wytwarzania i dystrybucji**

10. Nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła w art. 4 pkt 5c p.z.p. nową regulację, na mocy której ustawy nie stosuje się do zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji dokumentów publicznych i ich personalizacji, druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, znaków akcyzy.

### **Zamówienia na usługi udzielane innemu zamawiającemu**

11. Dotychczas komentowany przepis znajdował zastosowanie do „zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, któremu przyznano, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, wyłączne prawo do świadczenia tych usług”. Nowa regulacja rozszerzyła zakres stosowania, dodając do przepisu wyłączenia dotyczące zamawiającego, któremu przyznano prawo do świadczenia usług z przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a nie tylko w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, ale także jakiegokolwiek aktu normatywnego, który podlega publikacji.

Co istotne, wyłączenie obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych następuje wyłącznie w odniesieniu do usług świadczonych przez podmioty posiadające status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1–3a. Do tej grupy zaliczają się więc: jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz podmioty (instytucje) prawa publicznego, które jednocześnie mają przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej wyłączne prawo świadczenia tych usług (w tym zakresie wystąpiła zmiana, która włącza obok ustawy nie tylko decyzje administracyjne, ale także każdy inny akt normatywny, który podlega publikacji).

W razie przyznania jednemu z zamawiających wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1 (jednostki sektora finansów publicznych), art. 3 ust. 1 pkt 2 (państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej), art. 3 ust. 1 pkt 3 (instytucje prawa publicznego) i art. 3 ust. 1 pkt 3a (związki wyżej wymienionych podmiotów) wyłącznych praw do świadczenia określonych usług stosowanie Prawa zamówień publicznych do zamawiania tych usług byłoby niecelowe.

## Dotacje ze środków publicznych

12. Na mocy art. 4 pkt 7 p.z.p. wyłączeniu z zakresu stosowania ustawy podlega przyznawanie dotacji ze środków publicznych na podstawie ustaw. Dotacja może być przyznana m.in. na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z art. 126 u.f.p. dotacją jest podlegający szczególnym zasadom rozliczania środek z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego oraz z państwowych funduszy celowych, przeznaczony na podstawie ustawy o finansach publicznych, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych. Można rozróżnić dotacje celowe, przedmiotowe i podmiotowe.

Niezależnie od rodzaju dotacji i sposobu jej przyznawania udzielenie dotacji ustawowej poprzedzone jest zwykle procedurą weryfikującą lub konkursową. Połączenie tej procedury z obowiązkiem stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych byłoby w wielu przypadkach niemożliwe i stwarzałoby sytuacje kolizyjne<sup>35</sup>.

## Próg stosowania ustawy – 30 000 euro

13. Przepis art. 4 pkt 8 p.z.p. ustanawia próg, od którego obowiązkowe staje się stosowanie przepisów komentowanej ustawy. Istotne jest, aby udzielając zamówień o wartości do 30 000 euro, mieć na uwadze zakaz zaniżania wartości zamówienia lub wybierania sposobu obliczania wartości zamówienia, aby uniknąć stosowania przepisów ustawy (znowelizowany art. 32 ust. 2), a także pamiętać o konieczności ustalania wartości zamówienia na podstawie łącznej wartości wszystkich części albo łącznej wartości tego samego rodzaju dostaw lub usług (art. 32 ust. 4 i znowelizowany art. 34).

Artykuł 4 pkt 8a p.z.p., dotyczący „zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, jeżeli ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

## Wyłączenia uchylone

14. Artykuł 4 pkt 8b p.z.p., dotyczący „zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub

<sup>35</sup> M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 59.

muzealiów, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

### **Zamówienia z zakresu działalności oświatowej**

15. Artykuł 4 pkt 8c p.z.p., dotyczący „zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej związane z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych, o których mowa w ustawie z 7.09.1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, ze zm.), jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

Artykuł 4 pkt 8d p.z.p., dotyczący „zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane, wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji oraz realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji, o których mowa odpowiednio w rozdziałach 4 i 5 ustawy z 9.10.2015 r. o rewitalizacji (Dz.U. poz. 1777), jeżeli ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 oraz jeżeli zamówienia te udzielane są w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

### **Zamówienia dotyczące publicznych sieci telekomunikacyjnych**

16. Zgodnie z art. 4 pkt 10 p.z.p. ustawa nie ma zastosowania do zamówień i konkursów udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, których głównym celem jest:
- 1) pozwolenie zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub
  - 2) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub
  - 3) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła zmiany w art. 4 pkt 10 – jego zakres został rozszerzony o procedurę konkursu, doprecyzowano także, że regulacja ta dotyczy podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a.

Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm.) definiuje podstawowe pojęcia istotne dla zrozumienia tego wyłą-

czenia. Zgodnie z art. 2 pkt 35 tej ustawy przez sieć telekomunikacyjną należy rozumieć: systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju. W pkt 29 tego artykułu określono, że publiczna sieć telekomunikacyjna to sieć telekomunikacyjna wykorzystywana głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Punkt 31 reguluje natomiast publicznie dostępną usługę telekomunikacyjną jako usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników.

### **Centralny zamawiający**

17. Przepis art. 4 pkt 11 p.z.p. reguluje wyłączenie, którego przedmiotem jest nabywanie świadczeń (dostaw, usług lub robót budowlanych) od centralnego zamawiającego bądź wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego. Instytucja centralnego zamawiającego została uregulowana w art. 15b–15d p.z.p.

### **Koncesja**

18. Ustawy nie stosuje się do umów koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920); regulacja ta zastąpiła ustawę z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

### **Usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych**

19. Zgodnie z przepisem wprowadzonym nowelizacją z 22.06.2016 r. ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych i konkursów organizowanych przez podmioty wykonujące działalność, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych), w celu świadczenia usług:
- 1) o wartości dodanej związanych z systemami teleinformatycznymi w rozumieniu ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1030 ze zm.) wyłącznie za pomocą takich systemów, w tym bezpiecznego przesyłania kodowanych dokumentów za pomocą systemów teleinformatycznych, usług zarządzania adresami i przesyłania poleconej poczty elektronicznej;
  - 2) finansowych, objętych kodami CPV od 66100000-1 (usługi bankowe i inwestycyjne) do 66720000-3 (usługi reasekuracji od następstw nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczeń zdrowotnych), określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, w szczególności przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto;
  - 3) filatelistycznych (kolekcjonowanie znaczków pocztowych) lub logistycznych.

### **Zamówienia udzielane instytucjom gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej**

20. Nowelizacja z 22.06.2016 r. zmodyfikowała brzmienie tego przepisu i na jego mocy ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:
- 1) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;
  - 2) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji;
  - 3) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 u.f.p.

### **Zamówienia udzielane przez Ministra Sprawiedliwości lub jednostki organizacyjne Służby Więziennej**

21. Artykuł 4 pkt 14 p.z.p., dotyczący „zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości lub jednostki organizacyjne Służby Więziennej przywieziennym zakładom pracy prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:
- a) zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności,
  - b) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
  - c) zasadnicza część działalności przywieziennego zakładu pracy dotyczy zadań wykonywanych na rzecz Ministra Sprawiedliwości lub jednostek organizacyjnych Służby Więziennej,
  - d) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej przywieziennego zakładu pracy”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.
22. Artykuł 4 pkt 15 p.z.p., dotyczący „zamówień udzielanych przez urząd gminy lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:
- a) zamówienia wykonywane są na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji oraz realizują przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji, o których mowa odpowiednio w rozdziałach 4 i 5 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji,
  - b) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

- c) zasadnicza część działalności wykonawcy wykonywana jest na obszarze rewitalizacji, o którym mowa w rozdziale 3 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji,
- d) przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy”, został uchylony nowelizacją z 22.06.2016 r.

23. Punkty 16–18 art. 4 p.z.p. weszły w życie 9.10.2016 r. na podstawie art. 355 ustawy z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. poz. 996 ze zm.). Zgodnie z tymi przepisami Prawa zamówień publicznych nie stosuje się do:

- 1) zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem procesu wypłat środków gwarantowanych, o których mowa w art. 2 pkt 65 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, w szczególności usług świadczonych przez podmiot, z którym zostanie zawarta umowa o dokonanie wypłat środków gwarantowanych;
- 2) zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przymusowej restrukturyzacji albo umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych, w szczególności zamówień, których przedmiotem jest:
  - a) przeprowadzenie oszacowania,
  - b) świadczenie usług doradztwa, w tym doradztwa strategicznego, ekonomiczno-finansowego, podatkowego, prawnego i informatycznego,
  - c) powierzenie przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywania pośrednictwa w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i art. 6 Prawa bankowego w imieniu i na rzecz banku w restrukturyzacji oraz czynności związanych z działalnością prowadzoną przez firmę inwestycyjną w restrukturyzacji, w tym z prowadzoną przez nią działalnością maklerską;
- 3) zamówień udzielanych przez instytucję pomostową, o której mowa w art. 2 pkt 26 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, lub podmiot zarządzający aktywami, o którym mowa w art. 2 pkt 46 tej ustawy.

**Art. 4a.** (uchylony).

**Art. 4aa.** [Delegacja ustawowa – wykaz dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu]

Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wykaz dokumentów i druków, o których mowa w art. 4 pkt 5c lit. a i b, mając na względzie konieczność zapewnienia bezpieczeństwa obrotu tymi dokumentami oraz drukami, a także ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

1. Nowelizacja Prawa zamówień publicznych z 22.06.2016 r. wprowadziła nowy przepis – art. 4aa – który stanowi delegację ustawową do wydania rozporządzenia przez Radę Ministrów w celu określenia wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, z uwzględnieniem konieczności zapewnienia bezpieczeństwa obrotu tymi dokumentami oraz drukami, a także ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Na podstawie tej delegacji Rada Ministrów 22.07.2016 r. wydała rozporządzenie w sprawie wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1089).

Rozporządzenie określa wykaz dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, do których zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji nie stosuje się Prawa zamówień publicznych. Omawiany akt prawny w sposób enumeratywny wymienia rodzaje dokumentów publicznych oraz druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa.

2. Do dokumentów publicznych zalicza się m.in.: dowód osobisty, dokumenty paszportowe, książeczkę żeglarską, odpisy zupełne i odpisy skrócone aktów stanu cywilnego, zaświadczenia o zamieszczonych lub niezamieszczonych w rejestrze stanu cywilnego danych dotyczących wskazanej osoby oraz zaświadczenia o stanie cywilnym, zaświadczenie stwierdzające możliwość zawarcia małżeństwa poza granicami RP, zezwolenie na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego dla cudzoziemca, dokumenty wydawane cudzoziemcowi zgodnie z art. 226 ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1990), takie jak: karta pobytu, polski dokument podróży dla cudzoziemca, polski dokument tożsamości cudzoziemca, tymczasowy polski dokument podróży dla cudzoziemca, dokument potwierdzający posiadanie zgody na pobyt tolerowany o nazwie „zgoda na pobyt tolerowany”, dokumenty potwierdzające pełnienie funkcji wydawane członkom misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych państw obcych oraz innym osobom zrównanym z nimi na podstawie ustaw, umów lub powszechnie ustalonych zwyczajów międzynarodowych, a także dokumenty określające status członków rodzin tych osób, dokument potwierdzający prawo stałego pobytu wydawany obywatelowi UE, tymczasowe zaświadczenie tożsamości cudzoziemca, dokument podróży przewidziany w Konwencji Genewskiej i kartę pobytu dla cudzoziemca posiadającego status uchodźcy, wojskowe dokumenty osobiste wydawane osobom objętym ewidencją wojskową, karty tożsamości, wpisy w paszportach potwierdzające status członka personelu cywilnego Sił Zbrojnych RP, naklejkę wizową, Kartę Polaka, prawo jazdy, dowód rejestracyjny pojazdu, kartę pojazdu, pozwolenie czasowe, o którym mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.), kartę do tachografu cyfrowego, zaświadczenie ADR, o którym mowa w art. 2 pkt 10 ustawy z 19.08.2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1834 ze zm.), legitymację poselską i senatorską oraz legitymacje służbowe podmiotów wymienionych szczegółowo w omawianym rozporządzeniu.

3. Drukami o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa są: znaki legalizacyjne i nalepki kontrolne, o których mowa w Prawie o ruchu drogowym, znaki holograficzne umieszczane na zaświadczeniach o prawie do głosowania w świetle ustawy z 5.01.2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. poz. 112 ze zm.) oraz karty do głosowania, o których mowa w art. 40 § 1 Kodeksu wyborczego.

#### **Art. 4b.** [Przesłanki wyłączenia stosowania ustawy]

##### **1. Ustawy nie stosuje się do zamówień, o których mowa w art. 131a ust. 1:**

###### **1) podlegających:**

- a) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,
  - b) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,
  - c) szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą;
- 2) w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa;
  - 3) udzielanych do celów działalności wywiadowczej;
  - 4) udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu;
  - 5) udzielanych w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, w tym zakupów cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają ich udzielenia wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań;
  - 6) udzielanych przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa związanych z:
    - a) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
    - b) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem, lub
    - c) robotami budowlanymi i usługami do szczególnych celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami;

7) których przedmiotem są usługi finansowe, z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.

1a. Ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

- 1) w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;
- 2) w ponad 50% finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

2. Zamawiający nie może korzystać z zasad, procedur, programów, układów lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 4 pkt 5 i 5b oraz w art. 4b ust. 1, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

3. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, zamawiający po wszczęciu programu jest obowiązany informować Komisję Europejską o części wydatków na badania i rozwój dotyczących ogólnych kosztów programu współpracy, porozumieniu dotyczącym podziału kosztów oraz o planowanych zamówieniach dla każdego państwa członkowskiego.

1. Artykuł 4b p.z.p. stanowi o wyłączeniu stosowania Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 131a ust. 1 p.z.p.
2. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz modernizacji i rozwoju polskiego przemysłu obronnego mają podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa oraz suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z czym zakupy towarów i usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa traktuje się jako zakupy o charakterze newralgicznym. W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. omawiany przepis uległ nieznacznym modyfikacjom (dodano ustęp 1a).
3. Wymieniony w art. 4b ust. 1 p.z.p. katalog zamówień stanowi wyłączenia szczególne, gdyż jest on wyjątkiem od ogólnej zasady udzielania zamówień, zawartej w przepisach art. 131a–131w p.z.p. W świetle omawianej regulacji zamówienia te są zamówieniami specjalnymi i podlegają szczególnym procedurom na podstawie umów lub porozumień międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartych z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej albo na podstawie umowy międzynarodowej lub porozumienia, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania, a także, gdy zamówienie będzie podlegało szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez

Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą, bądź jeżeli będą spełniały przesłanki wyłączenia, o których mowa w dalszej części przepisu art. 4b, tj. ust. 1 pkt 2–7.

4. Zgodnie z art. 4b ust. 1 pkt 2 p.z.p. wyłączone zostały zamówienia, w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa (informacje szczególnie chronione z punktu widzenia interesu państwa). Podstawę tej regulacji stanowi art. 13 lit. a dyrektywy 2009/81/WE stanowiący, że dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, w przypadku których stosowanie jej przepisów „zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa”.
5. Punkt trzeci art. 4b ust. 1 traktuje o niestosowaniu przepisów Prawa zamówień publicznych do zamówień udzielanych do celów działalności wywiadowczej i stanowi skutek implementacji motywu 27 preambuły 2009/81/WE, według którego: „W dziedzinie obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich niniejszej dyrektywy byłoby niewłaściwe, pomimo jej szczególnej natury. Dotyczy to zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie. Dotyczy to również innych, szczególnie newralgicznych zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, takich jak przykładowo pewne zakupy przewidziane do ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez policję i służby bezpieczeństwa”. Działalność wywiadowczą należy rozumieć szeroko – także jako tzw. wywiad wewnętrzny, gospodarczy oraz ekonomiczny.
6. Kolejne wyłączenie dotyczy zamówień udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych przez Polskę wspólnie z co najmniej jednym państwem członkowskim Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu. Taki przypadek nakłada na zamawiającego obowiązek, by po wszczęciu programu poinformował on Komisję Europejską o części wydatków na badania i rozwój, dotyczących ogólnych kosztów programu współpracy, porozumieniu dotyczącym podziału kosztów oraz o planowanych zamówieniach dla każdego państwa członkowskiego (art. 4b ust. 1 pkt 4).
7. Następnym wyjątkiem od obowiązku stosowania komentowanej ustawy, którego treść wyraża się w art. 4b ust. 1 pkt 5, jest wyłączenie zamówień udzielanych w państwie, które nie jest członkiem UE, realizowanych podczas rozmieszczenia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej lub służb wykonujących zadania w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa poza terytorium Unii Europejskiej, jeżeli względy operacyjne wymagają udzielenia zamówienia wykonawcom znajdującym się w strefie prowadzenia działań.

8. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wykluczeniu podlegają również zamówienia udzielane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa, związane z dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu oraz z robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym sprzętem, a także z robotami budowlanymi i usługami przeznaczonymi szczególnie do celów wojskowych, newralgicznymi robotami budowlanymi lub newralgicznymi usługami.

Z obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych wyjęte zostały także zamówienia, których przedmiotem są usługi finansowe, poza usługami ubezpieczeniowymi (art. 4b ust. 1 pkt 7).

9. Dodany nowelizacją z 22.06.2016 r. ustęp 1a określa katalog wyłączeń z obowiązku stosowania ustawy w odniesieniu do zamówień lub konkursów w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z nim nie stosuje się Prawa zamówień publicznych do zamówień:
  - 1) w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;
  - 2) gdy w ponad 50% zamówienia te finansowane są przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.
10. Omawiana regulacja jest skutkiem implementacji art. 17 dyrektywy 2014/24/WE, zgodnie z którym dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, których instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielić, ani do konkursów w tych dziedzinach, które instytucja ta ma obowiązek zorganizować, zgodnie z procedurami udzielania zamówień innymi niż przewidziane w dyrektywie, określonymi:
  - 1) umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym zawartymi zgodnie z traktatami między państwem członkowskim a co najmniej jednym państwem trzecim lub jego jednostkami terytorialnymi i obejmującymi roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy;
  - 2) umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym związanymi ze stacjonowaniem wojsk i dotyczącymi przedsięwzięć państwa członkowskiego lub państwa trzeciego;
  - 3) przez organizację międzynarodową.

O wszelkich umowach lub porozumieniach określonych w pkt 1 powyżej informuje się Komisję, która może skonsultować się z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych, o którym mowa w art. 89 dyrektywy 2014/24/UE.

11. Na mocy ust. 2 komentowanego przepisu zamawiający nie może korzystać z zasad, procedur, programów, układów lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 4 pkt 5 i 5b oraz w art. 4b ust. 1, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

**Art. 4c.** [Delegacja ustawowa – tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa]

**Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.**

1. Przepis art. 4c p.z.p. dodany został nowelizacją z 12.10.2012 r. i wynika z wdrożenia do polskiego porządku prawnego norm dyrektywy 2009/81/WE. Zawiera on delegację ustawową dla Rady Ministrów, upoważniając ją do określenia na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, w drodze rozporządzenia, trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. W świetle uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej: „Dzięki regulacjom wydanym na podstawie tego przepisu upoważniającego, możliwe będzie dokonanie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa bez obowiązku stosowania procedur określonych w ustawie Pzp – przepisy te nie będą miały zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które dotyczą podstawowych interesów bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej i odnoszą się do przeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, w sytuacji gdy dane zamówienie, po przeprowadzeniu procedury określonej w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie określenia trybu oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zostanie uznane przez organ wskazany w tym rozporządzeniu, za dotyczące istotnego interesu bezpieczeństwa państwa”<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, VI kadencja, druk sejm. nr 455.

Na podstawie omawianego przepisu wydano rozporządzenie Rady Ministrów z 12.02.2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 233). W świetle rozporządzenia podmiotem właściwym do dokonywania oceny jest minister kierujący działem administracji rządowej, któremu jednostka organizacyjna będąca zamawiającym podlega lub jest przez niego nadzorowana na wniosek dyrektora komórki organizacyjnej ministerstwa właściwej do przygotowania materiałów niezbędnych do dokonywania oceny. Jednakże jeżeli kierownikiem zamawiającego jest centralny organ administracji rządowej, który nie podlega ministrowi kierującemu działem administracji rządowej ani nie jest przez takiego ministra nadzorowany, podmiotem właściwym do dokonywania oceny jest ten organ i dokonuje on jej na wniosek kierownika komórki lub jednostki organizacyjnej urzędu obsługującego ten organ, właściwej do przygotowania materiałów niezbędnych do dokonywania oceny.

2. Wniosek o dokonanie oceny musi zawierać nazwę zadania będącego przedmiotem zamówienia lub nazwę przedmiotu zamówienia oraz uzasadnienie, które określa:
  - 1) wskazanie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TFUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego;
  - 2) przesłankę przyczynowo-skutkową wiążącą przedmiot zamówienia z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa, w tym opis wpływu udzielenia zamówienia na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa;
  - 3) wyjaśnienie, że podjęte środki nie wpłyną negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.
3. Ponadto uzasadnienie wniosku sporządza się oddzielnie dla każdego zadania będącego przedmiotem zamówienia lub zamówienia. Właściwy minister bądź centralny organ administracji rządowej dokonuje oceny w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku o jej dokonanie.

**Art. 4d.** [Wyłączenie stosowania ustawy do zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8]

1. Ustawy nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8:
  - 1) których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju;

- 2) których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, 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 trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności;
- 3) udzielanych przez inne niż określone w art. 4 pkt 3 lit. g podmioty, których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, jeżeli zamówienia te są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych;
- 4) których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej związanej z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych, o których mowa w ustawie z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2015 r. poz. 2156 oraz z 2016 r. poz. 35, 64, 195, 668 i 1010), jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności;
- 5) których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji oraz wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, o których mowa odpowiednio w rozdziałach 4 i 5 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji (Dz.U. poz. 1777), jeżeli zamówienia te udzielane są:
  - a) przez gminę lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, a przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy lub
  - b) w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji;
- 6) których przedmiotem są usługi z zakresu leśnictwa, objęte kodami CPV 77200000-2, 77210000-5, 77211000-2, 77211100-3, 77211200-4, 77211300-5, 77211400-6, 77211500-7, 77211600-8, 77220000-8, 77230000-1, 77231000-8, 77231200-0, 77231600-4 oraz 77231700-5 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień;
- 7) udzielanych w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe, o których mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz.U. z 2014 r. poz. 1510);
- 8) udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadniczą część działalności przywieziennego

zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane;

- 9) udzielanych przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, o którym mowa w ustawie z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 282), będącego podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3.

2. Do zasadniczej części działalności przywięziennego zakładu pracy, o której mowa w ust. 1 pkt 8, wlicza się działalność związaną z realizacją zamówień w związku ze społeczną i zawodową integracją osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3.

### Uwagi ogólne

1. Nowelizacją z 22.06.2016 r. został dodany przepis art. 4d zawierający kolejne wyłączenia stosowania Prawa zamówień publicznych do określonych rodzajów zamówień publicznych o wartości poniżej tzw. progów unijnych.

Wyłączenia te nie wynikają z obowiązujących dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE ani z uchylonych dyrektyw – 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

W związku z uregulowaniem zawartym w art. 4d p.z.p. wprowadzono odpowiednie zmiany w następujących ustawach:

- 1) ustawie z 14.07.1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1506);
- 2) ustawie z 28.09.1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2100 z zm.);
- 3) ustawie z 25.10.1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn.: Dz.U. 2012 r. poz. 406 ze zm. );
- 4) ustawie z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 282 ze zm.);
- 5) ustawie z 30.04.2010 r. o zasadach finansowania nauki (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 1620 ze zm.);
- 6) ustawie z 9.10.2015 r. o rewitalizacji (Dz.U. poz. 1777 ze zm.).

### **Zamówienia na dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych**

2. Zgodnie z art. 4d ust. 1 pkt 1 nie ma obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych do zamówień podprogowych, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Oma-

wiana regulacja stanowi przeniesienie dotychczasowego art. 4 pkt 8a do art. 4d p.z.p. Zamawiający w celu wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 4d ust. 1 pkt 1 p.z.p. powinien zweryfikować, czy realizuje badanie naukowe w rozumieniu przepisów ustawy o zasadach finansowania nauki.

Pojęcie prac rozwojowych zostało zdefiniowane w ustawie o zasadach finansowania nauki. Zgodnie z art. 2 pkt 4 u.z.f.n. praca rozwojowa to „nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, z wyłączeniem prac obejmujących rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń, w szczególności:

- a) opracowywanie prototypów i projektów pilotażowych oraz demonstracje, testowanie i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt nie został określony,
- b) opracowywanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów komercyjnych, w przypadku gdy prototyp lub projekt pilotażowy stanowi produkt końcowy gotowy do wykorzystania komercyjnego, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna”.

Tak rozumiane prace rozwojowe nie obejmują „rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń”.

Pojęcie pracy badawczej użyte zostało jako składnik definicji badania naukowego w art. 2 pkt 3 lit. a i b u.z.f.n., gdzie zdefiniowano badania podstawowe jako „oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne” i badania stosowane jako „prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce”.

### **Zamówienia na dostawę lub usługi służące wyłącznie do celów działalności kulturalnej i archiwalnej**

3. Zgodnie z art. 4d ust. 1 pkt 2 p.z.p. ustawy nie stosuje się do zamówień podprogowych, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej

związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, 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. Regulacja ta stanowi powtórzenie dotychczasowego przepisu art. 4 pkt 8b.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. rozszerzyła nieco zakres powyższego wyłączenia, uzupełniając je o dostawy lub usługi 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.

Wprowadzenie omawianej regulacji miało na celu odformalizowanie postępowania.

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „należy zauważyć, iż w przedmiotowym obszarze z zasady występuje brak konkurencyjności, zwykle instytucje kultury chcą zakupić konkretne dzieło sztuki lub zaangażować konkretnego artystę, tym samym regulacje powinny zostać ocenione jako zgodne z prawem Unii Europejskiej. Z uwagi na dość obszerną dokumentację, jaką należy sporządzić np. przygotowując kontrakt z artystą lub twórcą, tj. zaproszenie do negocjacji, wymagane od wykonawców oświadczenia i dokumenty, pełnomocnictwa, szczegółowe protokoły z postępowania, wyłączenie przedmiotowych postępowań spod reżimu Prawa zamówień publicznych powinno usunąć bariery biurokratyczne i przyczynić się do znacznego powiększenia się zbiorów muzealnych, a także zwiększenie udziału zagranicznych artystów w koncertach, festiwalach, widowiskach oraz spektaklach teatralnych organizowanych przez polskie instytucje kultury. (...) należy podkreślić, iż w przypadku organizacji wystaw w instytucjach kultury, instytucje kultury organizując wystawę, znając jakość i profesjonalizm artysty chcą właśnie jego pracy, a ogłoszenie postępowania przetargowego, tj. stosowanie Prawa zamówień publicznych, tego nie gwarantuje. Ze względu na indywidualny charakter każdej wystawy i renomę artystów należy mieć pewność co do profesjonalnego wykonania prac w celu osiągnięcia oczekiwanego efektu. Autorzy prezentowanych dzieł dokonują aranżacji wystawy do ostatniej chwili, nie jest więc możliwe ścisłe określenie zakresu planowanych do wykonania prac. Tym samym wybór wykonawcy w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie gwarantuje osiągnięcia celu zakładanego przez instytucje kultury, jakim jest organizacja profesjonalnej wystawy, a w skrajnych przypadkach może skutkować opóźnieniem jej otwarcia”<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 1638, s. 14–15.

**Zamówienia udzielane przez inne niż określone w art. 4 pkt 3 lit. g podmioty, których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, jeżeli zamówienia te są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych**

4. Nowelizacją z 22.06.2016 r. wprowadzono w art. 4d ust. 1 pkt 3 p.z.p. wyłączenie w odniesieniu do podprogowych zamówień udzielanych przez inne niż określone w art. 4 pkt 3 lit. g podmioty (tj. podmioty inne niż dostawcy audiowizualnych lub radiowych usług medialnych), których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, jeżeli zamówienia te są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych (np. przekaz telewizyjny) lub radiowych usług medialnych (np. audycja radiowa).

**Zamówienia z zakresu działalności oświatowej**

5. Nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła w art. 4d ust. 1 pkt 4 p.z.p. kolejne wyłączenie z obowiązku stosowania komentowanej ustawy, dotyczące zamówień podprogowych, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej związanej z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych, o których mowa w ustawie o systemie oświaty, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Ustawa o systemie oświaty w art. 3 pkt 23–25 definiuje pojęcia, którymi posłużył się ustawodawca w komentowanym przepisie. Przez podręcznik należy rozumieć podręcznik dopuszczony do użytku szkolnego; materiałem edukacyjnym jest materiał zastępujący lub uzupełniający podręcznik, umożliwiający realizację programu nauczania, mający postać papierową lub elektroniczną. Z kolei pod pojęciem materiału ćwiczeniowego należy rozumieć materiał przeznaczony dla uczniów, służący utrwalaniu przez nich wiadomości i umiejętności. Przepis ten stanowi modyfikację dotychczasowego art. 4 pkt 8c p.z.p.

Omawiane wyłączenie dotyczy zamówień poniżej tzw. progów unijnych i nie znajduje zastosowania do zamówień na dostawy i usługi, które służą wyposażeniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do jego bieżącej działalności.

**Zamówienia na usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne**

6. Zamówienia podprogowe, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji oraz wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, o których mowa w roz-

działach 4 i 5 ustawy o rewitalizacji, jeżeli zamówienia te udzielane są przez gminę lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, a przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy lub w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji, stanowią kolejne wyłączenie spod obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o rewitalizacji, rewitalizacja stanowi proces wyprowadzania ze stanu kryzysowego obszarów zdegradowanych, prowadzony w sposób kompleksowy, poprzez zintegrowane działania na rzecz lokalnej społeczności, przestrzeni i gospodarki, skoncentrowane terytorialnie, prowadzone przez interesariuszy rewitalizacji na podstawie gminnego programu rewitalizacji. Interesariuszami rewitalizacji są m.in.: mieszkańcy obszaru rewitalizacji oraz właściciele, użytkownicy wieczystości nieruchomości i podmioty zarządzające nieruchomościami znajdującymi się na tym obszarze, w tym spółdzielnie mieszkaniowe, wspólnoty mieszkaniowe i towarzystwa budownictwa społecznego; inni mieszkańcy gminy; podmioty prowadzące lub zamierzające prowadzić na obszarze gminy działalność gospodarczą; podmioty prowadzące lub zamierzające prowadzić na obszarze gminy działalność społeczną, w tym organizacje pozarządowe i grupy nieformalne; jednostki samorządu terytorialnego i ich jednostki organizacyjne; organy władzy publicznej oraz inne podmioty, realizujące na obszarze rewitalizacji uprawnienia Skarbu Państwa (art. 2 ust. 2 ustawy o rewitalizacji).

Według przepisów rozdziału 5 ustawy o rewitalizacji Specjalna Strefa Rewitalizacyjna ustanawiana jest przez radę gminy na wniosek wójta, burmistrza bądź prezydenta miasta na obszarze rewitalizacji w celu zapewnienia sprawnej realizacji przedsięwzięć rewitalizacyjnych, w szczególności o charakterze społecznym oraz gospodarczym, środowiskowym, przestrzenno-funkcjonalnym lub technicznym, na okres nie dłuższy niż 10 lat, bez możliwości przedłużenia (art. 25 ustawy o rewitalizacji). Gminny program rewitalizacji przyjmuje natomiast uchwałą rada gminy i jest on sporządzany dla obszaru rewitalizacji wyznaczonego w drodze uchwały (art. 14 ustawy o rewitalizacji). Zawiera on w szczególności: szczegółową diagnozę obszaru rewitalizacji; opis powiązań gminnego programu rewitalizacji z dokumentami strategicznymi gminy, w tym strategią rozwoju gminy, studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz strategią rozwiązywania problemów społecznych; opis wizji stanu obszaru po przeprowadzeniu rewitalizacji; cele rewitalizacji oraz odpowiadające im kierunki działań służących eliminacji lub ograniczeniu negatywnych zjawisk, opis przedsięwzięć rewitalizacyjnych, w szczególności o charakterze społecznym oraz gospodarczym, środowiskowym, przestrzenno-funkcjonalnym lub technicznym; mechanizmy integrowania działań, szacunkowe ramy finansowe gminnego programu rewitalizacji wraz z szacunkowym wskazaniem środków finansowych ze źródeł publicznych i prywatnych; opis struktury zarządzania realizacją gminnego programu

rewitalizacji, wskazanie kosztów tego zarządzania wraz z ramowym harmonogramem realizacji programu; system monitorowania i oceny gminnego programu rewitalizacji; określenie niezbędnych zmian w uchwałach; wskazanie, czy na obszarze rewitalizacji ma zostać ustanowiona Specjalna Strefa Rewitalizacji; wskazanie sposobu realizacji gminnego programu rewitalizacji w zakresie planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz załącznik graficzny przedstawiający podstawowe kierunki zmian funkcjonalno-przestrzennych obszaru rewitalizacji sporządzony na mapie w skali co najmniej 1:5000, opracowanej z wykorzystaniem treści mapy zasadniczej, a w przypadku jej braku – z wykorzystaniem treści mapy ewidencyjnej w rozumieniu ustawy z 17.05.1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne, tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1629 ze zm. (art. 15 ustawy o rewitalizacji).

### **Zamówienia z zakresu leśnictwa**

7. Komentowanej ustawy nie stosuje się do zamówień podprogowych, których przedmiotem są usługi leśnictwa (77200000-2), usługi pozyskiwania drewna (77210000-5), usługi uboczne związane z pozyskiwaniem drewna (77211000-2), usługi cięcia drewna (77211100-3), transport dłużyć na terenie lasów (77211200-4), usługi selekcji drzew (77211300-5), usługi wycinania drzew (77211400-6), usługi pielęgnacji drzew (77211500-7), sadzenie drzew (77211600-8), usługi impregnacji drewna (77220000-8), usługi doraźne dotyczące leśnictwa (77230000-1), usługi gospodarki leśnej (77231000-8), usługi zwalczania szkodników leśnych (77231200-0), usługi zalesiania (77231600-4) oraz usługi rozszerzania lasów (77231700-5).

### **Zamówienia udzielane w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe**

8. Nowelizacja z 22.06.2016 r. do katalogu zamówień podprogowych wyłączonych spod stosowania Prawa zamówień publicznych wprowadziła w art. 4d ust. 1 pkt 7 zamówienia udzielane w ramach współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe, o których mowa w ustawie z 17.12.1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 1510). Przedmiotem tej ustawy są regulacje dotyczące użycia lub pobytu związków operacyjnych i taktycznych oraz oddziałów i pododdziałów (zwanym dalej jednostkami wojskowymi) poza granicami państwa, przy czym użycie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa oznacza obecność jednostek wojskowych poza granicami państwa w celu udziału w konflikcie zbrojnym lub dla wzmocnienia sił państwa albo państw sojuszników, misji pokojowej lub akcji zapobieżenia aktom terroryzmu lub ich skutkom. Pobyt Sił Zbrojnych RP poza granicami państwa oznacza natomiast obecność jednostek wojskowych poza granicami państwa w celu udziału w szkoleniach i ćwiczeniach wojskowych, akcjach ratowniczych, poszukiwawczych lub humanitarnych.

## Zamówienia udzielane przywieźniennym zakładom pracy

9. Artykuł 4d ust. 1 pkt 8 p.z.p. dotyczy zamówień podprogowych udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieźniennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadniczą część działalności przywieźniennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane.

W dotychczasowym stanie prawnym kwestia ta była uregulowana w art. 4 pkt 14 p.z.p. Ustawodawca utrzymał nadane nowelą z 26.07.2013 r. rozwiązanie i pomimo wykreślenia z Prawa zamówień publicznych, w wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r., pkt 14 art. 4 wprowadził do ustawy w art. 4d pkt 8 nowe wyłączenie regulujące możliwość udzielania zamówień przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieźniennym zakładom pracy.

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy z 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych: „przywieźnienne zakłady pracy prowadzą działalność w znacznie trudniejszych warunkach niż podmioty niezwiązane instytucjonalnie z więzienictwem. Z jednej strony muszą konkurować na rynku w walce o klienta, a tym samym muszą spełniać stawiane przez odbiorców wymagania jakościowe i cenowe, z drugiej zaś – ponoszą szereg dodatkowych kosztów działalności penitencjarnej, związanych m.in.: z niską wydajnością, brakiem kwalifikacji zawodowych oraz dużą rotacją zatrudnionych skazanych, zwiększonymi nakładami na szkolenia i przyuczanie tych osób do pracy, utrzymywaniem zabezpieczeń ochronnych miejsc zatrudnienia, a także dozorowaniem i konwojowaniem osadzonych (koszty te nie występują w przypadku innych przedsiębiorców). Ponadto lokalizacja przywieźniennych zakładów pracy za murami więziennymi utrudnia kontakty oraz bieżącą współpracę z dostawcami, kooperantami i odbiorcami. Stanowi to istotny element osłabiający konkurencyjność takich zakładów pracy.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że przywieźnienne zakłady pracy łączą dwa, bardzo różne cele: publiczny – resocjalizację (zatrudnianie osób pozbawionych wolności powinno mieć na celu przede wszystkim pozytywne oddziaływanie na ich postawy) oraz ekonomiczny (aby utrzymać się na rynku, zakłady te muszą osiągać zyski). (...)

Uwzględniając powyższe, w art. 1 projektu proponuje się wprowadzenie zmian, które umożliwią – podobnie jak to miało miejsce w przeszłości – szczególne traktowanie podmiotów zatrudniających osoby pozbawione wolności przy udzielaniu zamówień publicznych. Proponowana zmiana wprowadza do ustawy – Prawo zamówień publicznych

nowe wyłączenie przedmiotowe z reżimu zamówień publicznych. Propozycja polega na dodaniu w art. 4 nowego pkt 14, w myśl którego przepisów ustawy nie będzie się stosowało do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeśli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z propozycji tej wynika, że zaproponowana nowelizacja opiera się na przesłance zatrudnienia osób pozbawionych wolności oraz na konieczności przestrzegania określonych w ustawie limitów związanych z wysokością złożonego zamówienia<sup>38</sup>.

Zgodnie z przepisem art. 4d ust. 2 do zasadniczej części działalności przywieziennego zakładu pracy, o której mowa w ust. 1 pkt 8, wlicza się działalność związaną z realizacją zamówień w związku ze społeczną i zawodową integracją osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Do osób tych w świetle ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) zalicza się osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych, mające trudności w integracji ze środowiskiem.

### **Zamówienia udzielane przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną**

10. Od obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych nowelizacją z 22.06.2016 r. zostały zwolnione także zamówienia udzielane przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, o którym mowa w ustawie o specjalnych strefach ekonomicznych, będącego podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 (tj. inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- 1) finansują je w ponad 50% lub
- 2) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- 3) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- 4) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

– o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności).

Specjalną strefą ekonomiczną jest wyodrębniona zgodnie z przepisami ustawy, niezamieszkała część terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, na której terenie może być prowadzona

<sup>38</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, VI kadencja, druk sejm. nr 1082.

działalność gospodarcza na zasadach określonych ustawą o specjalnych strefach ekonomicznych. Strefa może być ustanowiona w celu przyspieszenia rozwoju gospodarczego części terytorium kraju. W świetle ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych zarządzającym może być wyłącznie spółka akcyjna lub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa albo samorząd województwa posiada większość głosów, które mogą być oddane na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników (art. 6).

Nowelizacja z 22.06.2016 r. wpłynęła także na dodanie do ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych art. 8a określającego warunki udzielania zamówienia przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną. Zgodnie z tym przepisem:

„1. Zarządzający będący podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 oraz z 2016 r. poz. 831, 996 i 1020), udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 4d ust. 1 pkt 9 tej ustawy, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, zamieszcza ogłoszenie o udzielanym zamówieniu na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.

2. Zamówienie, o którym mowa w ust. 1, jest udzielane w sposób zapewniający zachowanie przejrzystości i równego traktowania podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie.

3. Zarządzający nie udostępnia informacji związanych z zamówieniem, o którym mowa w ust. 1, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. poz. 1503, ze zm.), jeżeli podmiot zainteresowany wykonaniem zamówienia, nie później niż przed zawarciem umowy o wykonanie tego zamówienia, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

4. Zarządzający zamieszcza niezwłocznie na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informację o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w ust. 1, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę o wykonanie zamówienia, albo informację o nieudzieleniu tego zamówienia”.

#### **Art. 5–5a.** (uchylone).

**Art. 5b.** [Zakaz łączenia lub dzielenia zamówień w celu uniknięcia stosowania ustawy]

**Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy:**

- 1) łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy;
- 2) dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości.

1. Tzw. zamówienia mieszane stanowią przedmiot regulacji motywów 11–13 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 3. Zgodnie z tymi motywami:

„(11) W przypadku zamówień mieszanych mające zastosowanie przepisy powinny być określone według głównego przedmiotu zamówienia, gdy poszczególne części składowe zamówienia nie są obiektywnie możliwe do rozdzielenia. Należy zatem objaśnić, w jaki sposób instytucje zamawiające powinny określać, czy poszczególne części można rozdzielić. Objasnienie takie powinno opierać się na odnośnym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ustalenia należy dokonywać dla indywidualnych przypadków, uwzględniając nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary instytucji zamawiającej co do traktowania poszczególnych aspektów składających się na zamówienie mieszane jako niemożliwych do rozdzielenia, lecz także obiektywne dowody mogące uzasadnić te zamiary i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego. Taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może zaistnieć na przykład w przypadku budowy jednego budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez daną instytucję zamawiającą, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji – np. poprzez udostępnienie parkingu publicznego. Należy doprecyzować, że potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym.

(12) W przypadku zamówień mieszanych, które można rozdzielić, instytucje zamawiające zawsze mogą udzielić odrębnych zamówień na odrębne części zamówienia mieszanego; w takim przypadku przepisy mające zastosowanie do każdej odrębnej części powinny być określone wyłącznie na podstawie cech charakterystycznych tego konkretnego zamówienia. Z drugiej strony, w przypadku gdy instytucje zamawiające postanowią włączyć inne elementy do zamówienia, bez względu na ich wartość i bez względu na reżim prawny, któremu w przeciwnym razie podlegałyby te dodane elementy, zasadą powinno być, że w przypadku gdy zamówienie miałoby zostać udzielone na mocy przepisów niniejszej dyrektywy – gdyby było udzielane samodzielnie – wówczas przepisy niniejszej dyrektywy powinny nadal mieć zastosowanie do całego zamówienia mieszanego.

(13) Niemniej jednak należy przewidzieć specjalne przepisy dla zamówień mieszanych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa lub części nieobjętych zakresem TFUE. W takich przypadkach powinna istnieć możliwość niestosowania przepisów niniejszej dyrektywy, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych i że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie jest podejmowana w celu wyłączenia zamówień ze stosowania niniejszej dyrektywy lub dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE (7). Należy doprecyzować, że instytucje zamawiające w odniesieniu do niektórych zamówień mieszanych mają możliwość wyboru stosowania niniejszej dyrektywy zamiast przepisów dyrektywy 2009/81/WE”.

Z kolei art. 3 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje:

„1. Ust. 2 ma zastosowanie do zamówień mieszanych, których przedmiotem są różne rodzaje zamówień, z których wszystkie są objęte zakresem niniejszej dyrektywy.

Ust. 3–5 mają zastosowanie do zamówień mieszanych, których przedmiotem jest zamówienie objęte zakresem niniejszej dyrektywy i zamówienie objęte innymi reżimami prawnymi.

2. Zamówień, których przedmiotem są co najmniej dwa rodzaje zamówień (roboty budowlane, usługi lub dostawy), udziela się zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do rodzaju zamówień, który odpowiada głównemu przedmiotowi danego zamówienia.

W przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług w rozumieniu tytułu III rozdział I, a częściowo z innych usług lub w przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług, a częściowo z dostaw, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa.

3. W przypadku gdy poszczególne części danego zamówienia można obiektywnie rozdzielić, zastosowanie ma ust. 4. W przypadku gdy poszczególnych części danego zamówienia nie można obiektywnie rozdzielić, zastosowanie ma ust. 6.

W przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta art. 346 TFUE lub dyrektywą 2009/81/WE, zastosowanie ma art. 16 niniejszej dyrektywy.

4. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte niniejszą dyrektywą oraz zamówienie nieobjęte niniejszą dyrektywą, instytucje zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, niniejsza dyrektywa – o ile art. 16 nie stanowi inaczej – ma zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części w przeciwnym razie.

W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi oraz elementy koncesji, zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia, która stanowi zamówienie objęte niniejszą dyrektywą, obliczona zgodnie z art. 5, jest równa lub wyższa od stosownego progu określonego w art. 4.

5. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zarówno zamówienie objęte niniejszą dyrektywą, jak i zamówienie na wykonywanie rodzaju działalności, która podlega dyrektywie 2014/25/UE, mające zastosowanie przepisy, niezależnie od ust. 4 niniejszego artykułu, ustala się na podstawie art. 5 i 6 dyrektywy 2014/25/UE.

6. Jeżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia”.

2. Na skutek implementacji dyrektyw polski ustawodawca (nowelizacją z 22.06.2016 r.) dodał przepisy art. 5b–5g szczegółowo normujące zasady udzielania zamówień mieszanych.

Regulacje te stanowią podstawę do ustalenia, które przepisy mają znaleźć zastosowanie przy udzielaniu zamówień złożonych, tj.:

- 1) łączących w sobie różnego rodzaju zamówienia (na roboty budowlane, dostawy lub usługi);
  - 2) zamówień, które jednocześnie wymagają stosowania Prawa zamówień publicznych i wyłączonego spod obowiązku jego stosowania, a także
  - 3) zamówień podlegających różnym reżimom prawnym (np. zamówienia sektorowe i klasyczne, w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa czy też na usługi społeczne).
3. W dotychczasowym stanie prawnym, zgodnie z uchylonym art. 6 p.z.p., w zamówieniach obejmujących jednocześnie dostawy, usługi i roboty budowlane przy określaniu właściwych przepisów decydowała ta część przedmiotu zamówienia, która miała największą wartość. Przepis ten wskazywał również, który rodzaj przedmiotu zamówienia będzie miał decydujące znaczenie w przypadku dostaw i instalacji, a także zamówień obejmujących roboty budowlane i dostawy albo roboty budowlane i usługi. W wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. wyodrębniono więcej rodzajów zamówień mieszanych.
  4. Artykuł 5b określa dwie główne zasady stosowane do ustalenia zakresu zamówienia. Zgodnie z pierwszą z nich zamawiający nie może łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy. Z kolei zgodnie z drugą nie może on dzielić zamówienia na odrębne w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Co istotne, żadnej z tych czynności (dzielenia albo łączenia) nie można wykonywać w celu uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Zasady te mają kluczowe znaczenie, a zamawiający, podejmując decyzję o łącznym udzieleniu zamówienia bądź o jego podziale, musi mieć na uwadze jej konsekwencje (dotyczące stosowania albo niestosowania odpowiednich przepisów komentowanej ustawy).

Jak zauważa H. Talago-Sławoj, zamówienie nie jest obiektywnie możliwe do podzielenia wtedy, gdy udzielenie odrębnych zamówień na poszczególne części prowadziłoby do sytuacji, w której nie można byłoby rozstrzygnąć jednego postępowania bez rozstrzygnięcia drugiego lub ustalić przedmiotu i warunków jednego zamówienia bez rozstrzygnięcia drugiego.

W sytuacji gdy podział na części będzie obiektywnie możliwy, instytucja zamawiająca jest uprawniona alternatywnie do udzielenia odrębnych zamówień, stosownie do dokonanego podziału, albo do udzielenia zamówienia obejmującego wszystkie elementy zamówienia.

W przypadku podjęcia decyzji o udzieleniu odrębnych zamówień każde z nich powinno zostać udzielone zgodnie z reżimem właściwym dla niego, w zakresie zarówno jego przedmiotu, jak i wartości, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów. Jeśli któraś z części nie podlegałaby dyrektywie 2014/24/UE ze względu na osobę zamawiającego, wartość czy przedmiot zamówienia, to zamówienie takie byłoby udzielane na innych podstawach prawnych. Odmiennie będzie w przypadku, gdy zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu zamówienia obejmującego poszczególne, możliwe obiektywnie do podziału, części. Z wyłączeniem sytuacji, gdy któraś z części jest przedmiotem zamówienia w dziedzinie obronności lub bezpieczeństwa, regulowanej innymi przepisami, do udzielenia takiego zamówienia ma zastosowanie dyrektywa 2014/24/UE. Decyzja zamawiającego ma w tym przypadku taki skutek, że od chwili jej podjęcia i rozpoczęcia postępowania musi być ono prowadzone z zastosowaniem wszystkich przepisów niezależnie od tego, czy do części zamówienia niektóre z nich nie miałyby zastosowania<sup>39</sup>.

**Art. 5c.** [Zamówienia mieszane, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy]

**1. Jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.**

**2. Jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa.**

1. Komentowany przepis dotyczy zamówień mieszanych poddanych tym samym reżimom ustawy i składających się z co najmniej dwóch rodzajów zamówień. W praktyce tego typu sytuacje zdarzają się dosyć często – przykładem może być dostawa sprzętu medycznego wraz z jego instalacją, robota budowlana wraz z dostawą sprzętu. W przypadku gdy zamówienia wchodzące w skład tego typu zamówienia mieszane objęte są tym samym reżimem prawnym (są np. zamówieniami klasycznymi albo zamówie-

<sup>39</sup> A. Soltysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 3.

niami sektorowymi, albo w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa), dla ustalenia, które przepisy trzeba stosować, kluczowe znaczenie będzie miał główny przedmiot zamówienia. Należy mieć na uwadze, że skutki podjęcia tej decyzji są ważne, ponieważ kwalifikacja zamówienia – np. jako roboty budowlanej albo dostawy – może decydować o wyborze procedury, gdyż tzw. próg unijny jest dla robót budowlanych wyższy niż dla dostaw.

2. Zgodnie z ust. 2 omawianego przepisu, jeśli przedmiot zamówienia obejmuje usługi społeczne oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy właściwe dla tych usług lub dostaw, których wartość jest największa.

**Tabela 1. Usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE.**

| Kod CPV                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Opis                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| 75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Usługi w zakresie pozyskiwania pracowników świadczących pomoc domową]; 79624000-4 [Usługi w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarskiego] i 79625000-1 [Usługi w zakresie pozyskiwania personelu medycznego] od 85000000-9 do 85323000-9; 98133100-5, 98133000-4; 98200000-5, 98500000-8 [Zatrudnianie pracowników do prowadzenia gospodarstwa domowego] i 98513000-2 do 98514000-9 [Usługi siły roboczej dla gospodarstw domowych, usługi personelu agencji dla gospodarstw domowych, usługi urzędnicze dla gospodarstw domowych, usługi pracowników tymczasowych dla gospodarstw domowych, usługi pracowników pomagających w prowadzeniu gospodarstwa domowego, usługi w gospodarstwie domowym] | Usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne                                   |
| 85321000-5 i 85322000-2, 75000000-6 [Usługi administracji publicznej, obrony i zabezpieczenia socjalnego], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; od 79995000-5 do 79995200-7; od 80000000-4 [Usługi edukacyjne i szkoleniowe] do 80660000-8; od 92000000-1 do 92700000-8<br>79950000-8 [Usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów], 79951000-5 [Usługi w zakresie organizowania seminariów], 79952000-2 [Usługi w zakresie organizacji imprez], 79952100-3 [Usługi w zakresie organizacji imprez kulturalnych], 79953000-9 [Usługi w zakresie organizacji festiwali], 79954000-6 [Usługi w zakresie organizacji przyjęć], 79955000-3 [Usługi w zakresie organizacji pokazów mody], 79956000-0 [Usługi w zakresie organizacji targów i wystaw]      | Usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury  |
| 75300000-9                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego <sup>(1)</sup> |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Świadczenia społeczne                                                                                                                                                          |
| 98000000-3; 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8 i 98130000-3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie |
| 98131000-0                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Usługi religijne                                                                                                                                                               |
| 55100000-1 do 55410000-7; 55521000-8 do 55521200-0 [55521000-8 Usługi w zakresie dostarczania posiłków do prywatnych gospodarstw domowych, 55521100-9 Usługi dowożenia posiłków, 55521200-0 Usługi dowożenia posiłków]<br>55520000-1 Usługi dostarczania posiłków, 55522000-5 Usługi dostarczania posiłków do przedsiębiorstw transportowych, 55523000-2 Usługi zaprowiantowania innych przedsiębiorstw lub instytucji, 55524000-9 Usługi dostarczania posiłków do szkół, 55510000-8 Usługi bufetowe, 55511000-5 Usługi bufetowe oraz usługi kawiarniane dla ograniczonej grupy klientów, 55512000-2 Usługi prowadzenia bufetów, 55523100-3 Usługi w zakresie posiłków szkolnych | Usługi hotelowe i restauracyjne                                                                                                                                                |
| 79100000-5 do 79140000-7; 75231100-5                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Usługi prawne, niewyłączone na mocy art. 10 lit. d)                                                                                                                            |
| 75100000-7 do 75120000-3; 75123000-4; 75125000-8 do 75131000-3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Inne usługi administracyjne i rządowe                                                                                                                                          |
| 75200000-8 do 75231000-4                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Świadczenie usług na rzecz społeczności                                                                                                                                        |
| 75231210-9 do 75231230-5; 75240000-0 do 75252000-7; 794300000-7; 98113100-9                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Usługi w zakresie więzienia, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy art. 10 lit. h)                                                          |
| 79700000-1 do 79721000-4 [Usługi detektywistyczne i ochroniarskie, usługi ochroniarskie, usługi nadzoru przy użyciu alarmu, usługi strażnicze, usługi w zakresie nadzoru, usługi systemu namierzania, usługi w zakresie poszukiwania osób ukrywających się, usługi patrolowe, usługi w zakresie wydawania znaczków identyfikacyjnych, usługi detektywistyczne i usługi agencji detektywistycznych] 79722000-1 [Usługi grafologiczne], 79723000-8 [Usługi analizy odpadów]                                                                                                                                                                                                        | Usługi detektywistyczne i ochroniarskie                                                                                                                                        |
| 98900000-2 [Usługi świadczone przez zagraniczne organizacje i organy] i 98910000-5 [Usługi specjalne dla międzynarodowych organizacji i organów]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Usługi międzynarodowe                                                                                                                                                          |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 64000000-6 [Usługi pocztowe i telekomunikacyjne], 64100000-7 [Usługi pocztowe i kurierskie], 64110000-0 [Usługi pocztowe], 64111000-7 [Usługi pocztowe dotyczące gazet i czasopism], 64112000-4 [Usługi pocztowe dotyczące listów], 64113000-1 [Usługi pocztowe dotyczące paczek], 64114000-8 [Usługi okienka pocztowego], 64115000-5 [Wynajem skrzynek pocztowych], 64116000-2 [Usługi poste-restante], 64122000-7 [Wewnętrzne biurowe usługi pocztowe i kurierskie] | Usługi pocztowe |
| 50116510-9 [Usługi w zakresie formowania opon], 71550000-8 [Usługi kowalskie]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Usługi różne    |

(<sup>1</sup>) Usługi te nie są objęte zakresem dyrektywy 2014/24/UE, jeżeli zorganizowane są jako usługi o charakterze nieekonomicznym świadczone w interesie ogólnym. Państwa członkowskie mogą organizować świadczenie obowiązkowych usług społecznych lub innych usług jako usług świadczonych w interesie ogólnym lub jako usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym.

**Tabela 2. Usługi określone w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.**

| Kod CPV                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Opis                                                                                           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Usługi w zakresie pozyskiwania pracowników świadczących pomoc domową]; 79624000-4 [Usługi w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarstwa] oraz 79625000-1 [Usługi w zakresie pozyskiwania personelu medycznego] od 85000000-9 do 85323000-9; 98133100-5, 98133000-4; 98200000-5 oraz 98500000-8 [Zatrudnianie pracowników do prowadzenia gospodarstwa domowego] oraz 98513000-2 do 98514000-9 [Usługi siły roboczej dla gospodarstw domowych; Usługi personelu agencji dla gospodarstw domowych; Usługi urzędnicze dla gospodarstw domowych; Usługi pracowników tymczasowych dla gospodarstw domowych; Usługi pracowników pomagających w prowadzeniu gospodarstwa domowego; oraz Usługi w gospodarstwie domowym] | Usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne                                                         |
| 85321000-5 oraz 85322000-2, 75000000-6 [Usługi administracji publicznej, obrony i zabezpieczenia socjalnego], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; od 79995000-5 do 79995200-7; od 80000000-4 [Usługi edukacyjne i szkoleniowe] do 80660000-8; od 92000000-1 do 92700000-8 79950000-8 [Usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów], 79951000-5 [Usługi w zakresie organizowania seminariów], 79952000-2 [Usługi w zakresie organizacji imprez], 79952100-3 [Usługi w zakresie organizacji imprez kulturalnych], 79953000-9 [Usługi w zakresie organizacji festiwali], 79954000-6 [Usługi w zakresie organizacji przyjęć], 79955000-3 [Usługi w zakresie organizacji pokazów mody], 79956000-0 [Usługi w zakresie organizacji targów i wystaw]                   | Administracyjne usługi społeczne, edukacyjne, w zakresie opieki zdrowotnej i usługi kulturalne |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 75300000-9                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Usługi w zakresie obo-<br>wiązkowego ubezpieczenia<br>społecznego ( <sup>1</sup> )                                                                                                                                                   |
| 75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4,<br>75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Świadczenia społeczne                                                                                                                                                                                                                |
| 98000000-3, 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8<br>oraz 98130000-3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Inne usługi komunalne,<br>socjalne i osobiste, w tym<br>usługi świadczone przez<br>związki zawodowe, organi-<br>zacje polityczne, stowarzy-<br>szenia młodzieżowe<br>i inne usługi świadczone<br>przez organizacje człon-<br>kowskie |
| 98131000-0                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Usługi religijne                                                                                                                                                                                                                     |
| 55100000-1 do 55410000-7; 55521000-8 do 55521200-0<br>[55521000-8 Usługi w zakresie dostarczania posiłków do prywat-<br>nych gospodarstw domowych, 55521100-9 Usługi rozwożenia<br>posiłków, 55521200-0 Usługi dowożenia posiłków] 55510000-8<br>[Usługi bufetowe], 55511000-5 [Usługi bufetowe oraz usługi<br>kawiarniane dla ograniczonej grupy klientów], 55512000-2 [Usługi<br>prowadzenia bufetów], 55523100-3 [Usługi w zakresie posiłków<br>szkolnych], 55520000-1 [Usługi dostarczania posiłków],<br>55522000-5 [Usługi dostarczania posiłków do przedsiębiorstw<br>transportowych], 55523000-2 [Usługi zaprowiantowania innych<br>przedsiębiorstw lub instytucji], 55524000-9 [Usługi dostarczania<br>posiłków do szkół] | Usługi hotelowe i restaura-<br>cyjne                                                                                                                                                                                                 |
| 79100000-5 do 79140000-7; 75231100-5                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Usługi prawnicze, o ile nie są<br>wyłączone na mocy art. 21<br>lit. c)                                                                                                                                                               |
| 75100000-7 do 75120000-3; 75123000-4; 75125000-8 do<br>75131000-3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Inne usługi administracji<br>publicznej i dla władz pu-<br>blicznych                                                                                                                                                                 |
| 75200000-8 do 75231000-4                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Świadczenie usług na rzecz<br>wspólnoty                                                                                                                                                                                              |
| 75231210-9 do 75231230-5; 75240000-0 do 75252000-7;<br>794300000-7; 98113100-9                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Usługi w zakresie więzien-<br>nictwa, bezpieczeństwa<br>publicznego i ratownictwa,<br>o ile nie są wyłączone na<br>mocy art. 21 lit. h)                                                                                              |
| 79700000-1 do 79721000-4 [Usługi detektywistyczne i ochroniar-<br>skie; Usługi ochroniarskie; Usługi nadzoru przy użyciu alarmu;<br>Usługi strażnicze; Usługi w zakresie nadzoru; Usługi systemu na-<br>mierzania; Usługi w zakresie poszukiwania osób ukrywających się;                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Usługi detektywistyczne<br>i ochroniarskie                                                                                                                                                                                           |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| Usługi patrolowe; Usługi w zakresie wydawania znaczków identyfikacyjnych; Usługi detektywistyczne; oraz Usługi agencji detektywistycznych] 79722000-1 [Usługi grafologiczne], 79723000-8 [Usługi analizy odpadów]                                                                                                                                                                                                                                                     |                       |
| 98900000-2 [Usługi świadczone przez zagraniczne organizacje i organy] oraz 98910000-5 [Usługi specjalne dla międzynarodowych organizacji i organów]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Usługi międzynarodowe |
| 64000000-6 [Usługi pocztowe i telekomunikacyjne], 64100000-7 [Usługi pocztowe i kurierskie], 64110000-0 [Usługi pocztowe], 64111000-7 [Usługi pocztowe dotyczące gazet i czasopism], 64112000-4 [Usługi pocztowe dotyczące listów], 64113000-1 [Usługi pocztowe dotyczące paczek], 64114000-8 [Usługi okienka pocztowego], 64115000-5 [Wynajem skrzynek pocztowych], 64116000-2 [Usługi poste-restante], 64122000-7 [Wewnętrzne biurowe usługi pocztowe i kurierskie] | Usługi pocztowe       |
| 50116510-9 [Usługi w zakresie formowania opon], 71550000-8 [Usługi kowalskie]                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Usługi różne          |

(<sup>1</sup>) Usługi te nie są objęte zakresem dyrektywy 2014/25/UE, gdy są organizowane jako usługi o charakterze nieekonomicznym świadczone w interesie ogólnym. Państwa członkowskie mogą organizować świadczenie obowiązkowych usług społecznych lub innych usług jako usług świadczonych w interesie ogólnym lub usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym.

## **Art. 5d.** [Zamówienia mieszane, do których mają zastosowanie różne przepisy ustawy]

**1. Jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie różne przepisy ustawy, lub zamówienia, do których mają zastosowanie przepisy ustawy i zamówienia, do których tych przepisów nie stosuje się, a zamówienie to można podzielić, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, zamawiający może udzielić:**

- 1) odrębnych zamówień, stosując przepisy właściwe ze względu na cechy tych zamówień;
- 2) jednego zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 2.

**2. Jeżeli przedmiot zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, obejmuje zamówienia:**

- 1) udzielane na zasadach ogólnych i zamówienie, do którego mają zastosowanie inne przepisy ustawy, do udzielania zamówień mają zastosowanie zasady ogólne udzielania zamówień, z uwzględnieniem art. 5e ust. 2 i 3 oraz art. 5g;
- 2) do których mają zastosowanie przepisy ustawy, oraz koncesję na roboty budowlane lub usługi, do udzielania zamówień mają zastosowanie przepisy ustawy, jeżeli wartość zamówienia, do którego zastosowanie ma ustawa, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Omawiany przepis odnosi się do zamówień mieszanych poddanych różnym reżimom ustawy lub częściowo wyłączonym z obowiązku jej stosowania.

Gdy do zamówienia mają zastosowanie różne przepisy ustawy (np. równocześnie te dotyczące zamówień na usługi społeczne i te regulujące zamówienia klasyczne) lub kiedy część zamówienia nie jest objęta obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych, a przedmiot zamówienia można podzielić, mając na uwadze względy organizacyjne, techniczne, ekonomiczne czy też celowościowe, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień z zastosowaniem przepisów właściwych ze względu na cechy tych zamówień albo udzielić jednego zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w ust. 2.

Wówczas, jeżeli przedmiotem zamówienia jest m.in. zamówienie klasyczne, należy stosować przepisy właściwe dla zamówień klasycznych z uwzględnieniem art. 5e ust. 2 i 3 (połączenie dwóch zamówień sektorowych lub sektorowego i klasycznego) oraz art. 5g (zamówienie obejmujące zamówienie, do którego stosuje się art. 346 TFUE, i zamówienie obejmujące zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa).

Z kolei jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje zamówienia, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, oraz koncesję na roboty budowlane lub usługi, do udzielania zamówień mają zastosowanie przepisy ustawy, jeżeli wartość zamówienia, do którego zastosowanie ma ustawa, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Uogólniając, można by postawić tezę, iż w przypadku łącznego udzielenia zamówień podlegających różnym reżimom prawnym należy zastosować reżim surowszy.

**Art. 5e.** [Zamówienia udzielane w celu wykonywania co najmniej dwóch różnych rodzajów działalności]]

**1. Jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje zamówienia udzielane w celu wykonywania co najmniej dwóch różnych rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1, lub zamówienia udzielane w celu wykonywania przynajmniej jednego z tych rodzajów działalności i inne zamówienia, zamawiający może udzielić:**

- 1) odrębnych zamówień, stosując przepisy właściwe ze względu na rodzaj działalności, któremu służy każde zamówienie;**
- 2) jednego zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 2 i 3.**

**2. Jeżeli możliwe jest określenie rodzaju działalności, którego zasadniczo dotyczy zamówienie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, do udzielenia zamówienia zastosowanie mają przepisy dotyczące tego rodzaju działalności.**

**3. Jeżeli nie jest możliwe określenie, którego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy zamówienie, do udzielenia zamówienia mają zastosowanie:**

- 1) zasady ogólne udzielania zamówień, jeżeli zamówienie obejmuje zamówienia udzielane na zasadach ogólnych;**

- 2) przepisy ustawy dotyczące zamówień sektorowych, jeżeli zamówienie obejmuje zamówienia sektorowe i:
- a) koncesję na roboty budowlane lub usługi,
  - b) zamówienie, do którego nie mają zastosowania przepisy ustawy lub przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Komentowany przepis dotyczy kombinacji co najmniej dwóch zamówień sektorowych różnego rodzaju, wymienionych w art. 132 ust. 1, bądź konfiguracji zamówienia sektorowego i innego zamówienia.

Ustęp 1 pkt 1 wyraża ogólną zasadę, na mocy której w każdym z tych przypadków dopuszczalne jest udzielenie zamówień odrębnych z zastosowaniem przepisów właściwych dla rodzaju działalności, któremu dane zamówienie ma służyć.

Gdy zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, musi on określić, którego rodzaju działalności zasadniczo dotyczy udzielane zamówienie.

Jeśli dokonanie takiego określenia jest niemożliwe, można udzielić zamówienia na jeden z dwóch sposobów:

- 1) stosując zasady ogólne (klasyczne) udzielania zamówień, jeżeli udzielane zamówienie obejmuje zamówienia udzielane na zasadach ogólnych albo
- 2) stosując przepisy właściwe dla zamówień sektorowych, jeżeli zamówienie obejmuje poza zamówieniem sektorowym także koncesję lub zamówienie, do którego nie mają zastosowania przepisy Prawa zamówień publicznych lub ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Jak wynika z powyższego, jeżeli zamówienie zawiera zamówienie sektorowe i zamówienie udzielane na zasadach ogólnych, a nie jest możliwe określenie, którego rodzaju działalności zasadniczo ono dotyczy, to należy stosować przepisy dotyczące zamówień klasycznych, zgodnie z ogólną regułą stosowania reżimu surowszego.

Z kolei gdy zamówienie obejmuje zamówienia sektorowe i koncesję lub zamówienie, do którego nie mają zastosowania przepisy ustawy lub przepisy o koncesji, wówczas zastosowanie znajdą przepisy dotyczące zamówień sektorowych, a nie bardziej „liberalnej” ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

**Art. 5f.** [Przypadki, gdy przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony]

**Jeżeli przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, do**

**udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.**

Komentowany przepis reguluje zasady dotyczące zamówień z niepodzielnym przedmiotem zamówienia. W przypadku gdy nie można podzielić przedmiotu zamówienia ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych (lub z uwagi na inne obiektywne przyczyny – w przepisie użyto sformułowania „w szczególności”, co oznacza, że katalog tych przypadków nie jest zamknięty), do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Zamawiający w każdym przypadku musi więc rozważyć przez pryzmat obiektywnych kryteriów, czy przedmiot zamówienia jest niepodzielny.

W omawianym zakresie należy mieć na względzie motyw 11 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: „W przypadku zamówień mieszanych mające zastosowanie przepisy powinny być określone według głównego przedmiotu zamówienia, gdy poszczególne części składowe zamówienia nie są obiektywnie możliwe do rozdzielania. Należy zatem objaśnić, w jaki sposób instytucje zamawiające powinny określać, czy poszczególne części można rozdzielić. Objasnienie takie powinno opierać się na odnośnym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ustalenia należy dokonywać dla indywidualnych przypadków, uwzględniając nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary instytucji zamawiającej co do traktowania poszczególnych aspektów składających się na zamówienie mieszane jako niemożliwych do rozdzielania, lecz także obiektywne dowody mogące uzasadnić te zamiary i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego. Taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może zaistnieć na przykład w przypadku budowy jednego budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez daną instytucję zamawiającą, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji – np. poprzez udostępnienie parkingu publicznego. Należy doprecyzować, że potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym”.

**Art. 5g.** [Stosowanie przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa]

**Jeżeli zamawiający, z uzasadnionych obiektywnie powodów, udziela jednego zamówienia, którego przedmiot może być podzielony, albo przedmiot zamówienia nie może być podzielony, i to zamówienie obejmuje zamówienie, do którego stosuje się:**

- 1) art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do udzielenia zamówienia zamawiający może nie zastosować przepisów ustawy;**
- 2) przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do udzielenia zamówienia zamawiający stosuje przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.**

Zawarte w tym przepisie zasady odnoszą się do przypadku, w którym zamawiający z uzasadnionych obiektywnie powodów udziela jednego zamówienia, którego przedmiot może być podzielony, albo przedmiot zamówienia nie może być podzielony, i to zamówienie obejmuje:

- 1) zamówienie, do którego stosuje się art. 346 TFUE – wówczas do udzielenia takiego zamówienia zamawiający może nie stosować Prawa zamówień publicznych;
- 2) zamówienie, do którego stosuje się przepisy o zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – wówczas do udzielenia takiego zamówienia zamawiający stosuje przepisy komentowanej ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa.

#### Art. 6. (uchylony).

**Art. 6a.** [Stosowanie przepisów właściwych dla zamówień udzielanych w częściach]

**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 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.**

Komentowany przepis został dodany do Prawa zamówień publicznych ustawą z 4.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058) i stanowi przepis szczególny w stosunku do art. 32 ust. 4 p.z.p. regulującego udzielanie zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W razie zaistnienia przypadku z art. 32 ust. 4 p.z.p. zamawiający ma obowiązek określania wartości pojedynczych postępowań jako łącznej wartości poszczególnych części. W praktyce oznacza to obowiązek stosowania przepisów właściwych dla łącznej wartości wszystkich zamówień niezależnie od tego, jaka jest wartość pojedynczej części będącej przedmiotem odrębnego postępowania.

Artykuł 6a statuuje wyjątek od tej reguły. Zgodnie z nim zamawiający jest uprawniony do zastosowania przepisów właściwych dla wartości pojedynczej części zamówienia, jeżeli zamówienie udzielane jest w częściach (dotyczy to części zamówienia, które są przedmiotem odrębnego postępowania, a nie chodzi o postępowania, w których dopuszczono możliwość składania ofert częściowych).

Aby możliwe było skorzystanie z tego uprawnienia, muszą być spełnione łącznie dwie przesłanki, tj.:

- 1) wartość części zamówienia jest mniejsza od kwoty 80 000 euro (w przypadku zamówienia na roboty budowlane jest mniejsza od kwoty 1 000 000 euro);

- 2) wartość pojedynczej części zamówienia lub łączna wartość pojedynczych części zamówienia nie przekracza 20% wartości całego zamówienia.

Zasady stosowania tego przepisu zostały określone w opinii UZP, w której stwierdzono, że: „Ustawa Prawo zamówień publicznych (dalej zwana: »ustawą«) przewiduje możliwość udzielania zamówień w częściach w sytuacji, gdy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres, a decyduje się udzielać zamówienia sukcesywnie, np. z przyczyn gospodarczych bądź organizacyjnych. Sposób ustalenia wartości takiego zamówienia reguluje treść art. 32 ust. 4 ustawy, zgodnie z którą, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli zatem tak obliczona wartość zamówienia przekroczy kwotę, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy, tj. 14 000 euro [aktualnie – 30 000 euro – przyp. I.S.-K.], zamawiający będzie zobowiązany stosować określone przepisy ustawy do poszczególnych części zamówienia, nawet w przypadku gdy ich jednostkowa wartość nie przekracza kwoty wymienionej powyżej.

Stosownie do treści art. 6a ustawy 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 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Przepis ten wprowadza do krajowego porządku prawnego regulacje przewidziane dyrektywami UE – art. 9 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz.Urz. UE L 134, s. 114 ze zm.) oraz art. 17 ust. 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134, s. 1 ze zm.). Stanowi on dla zamawiających szczególnie korzystne rozwiązanie w przypadku udzielania zamówień na części o stosunkowo niewielkiej wartości. Zamawiający w takim przypadku nie jest zobowiązany stosować się do reżimu, w jakim udzielane jest całe zamówienie.

Pamiętać należy, iż zastosowanie »łagodniejszych« przepisów ustawy do poszczególnych części zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek, tak więc nawet jeżeli kilka zsumowanych części nie przekracza 20% wartości zamówienia oraz w przypadku dostaw i usług poszczególne części nie przekraczają wyrażonej w złotych równowartości kwoty 80 000 euro, a w przypadku robót budowlanych równowartości kwoty 1 000 000 euro, zamawiający nie musi stosować art. 6a i dla każdej z części, która spełnia powyżej wskazane wymagania może przeprowadzić postępowanie

nie zgodnie z regulacją ustawową przewidzianą dla wartości zamówienia (całkowitej sumy wszystkich części).

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

W przypadku gdy wartość części zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro [aktualnie – 30 000 euro – I.S.-K.] (oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstępniem od stosowania ustawy, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne ustawy, a w szczególności art. 32 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy. *Lege non distinguente* nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który bez uzasadnionej przyczyny zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy<sup>40</sup>.

## ROZDZIAŁ 2

# Zasady udzielania zamówień

**Art. 7.** [Zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości]

**1.** Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

**1a.** Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych,

<sup>40</sup> Stosowanie art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych, Informator UZP 2011, nr 1, s. 18–19.

których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

## **Podstawowe zasady udzielania zamówień**

1. Komentowany przepis statuuje fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

Ustęp 1 stanowi o konieczności przygotowywania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Kolejny ustęp omawianej regulacji odnosi się do zasad traktowania wykonawców pochodzących z państw-stron Porozumienia Światowej Organizacji Handlu (ust. 1a).

Ustawodawca przewidział także nakaz, aby czynności związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania wykonywały osoby dające gwarancję bezstronności i obiektywizmu (ust. 2).

W ostatnim z ustępów przesądzono także, że zamówienie może pozyskać jedynie wykonawca wyłoniony zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych (ust. 3).

## **Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji**

2. Zasada równego traktowania, określona w omawianej regulacji, stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona kierowana przede wszystkim do zamawiającego, który jako organizator postępowania powinien stać na jej straży, stwarzając wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość równego dostępu do uzyskania zamówienia publicznego. Jest także bezpośrednio związana z zasadą poszanowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu.

Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź okazywać niechęci jakimukolwiek wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób.

Zasada ta sprowadza się do „jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach. W kontekście przywołanego orzeczenia [wyrok ETS z 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich – przyp. I.S.-K.] konieczne jest wyjaśnienie, w jakich sytuacjach nierówne traktowanie podmiotów będących w podobnej sytuacji można uznać za usprawiedliwione. W doktrynie prawa europejskiego wskazuje się, że zakazane jest różnicowanie arbitralne, natomiast uprawnione jest różnicowanie obiektywne, uzasadnione czynnikami merytorycznymi. Dalej wskazuje się, że przez pojęcie arbitralnego różnicowania należy rozumieć działania polegające na rozróżnieniu sytuacji podmiotów ze względu na przynależność państwową<sup>41</sup>.

3. Nowelizacja z 22.06.2016 r. miała wpływ na komentowaną regulację. W świetle aktualnej treści art. 7 ust. 1 p.z.p. „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. W uprzednim brzmieniu zaś zamawiający zobowiązany był przygotowywać i przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
4. Artykuł 7 p.z.p. należało dostosować do art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, rozszerzając jego zakres o zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie bowiem z unijną regulacją: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny”.

Źródło wymienionych zasad 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 zbliżony-

<sup>41</sup> G. Mazurek, *Zasada równego traktowania w prawie UE i jej implementacja do prawa krajowego*, LEX nr 297267.

mi, z tym że zakaz dyskryminacji obejmuje niektóre tylko stany faktyczne podlegające zasadzie równości.

„Reguła równego traktowania ma szerszy zakres niż sam zakaz dyskryminacji, który nie nakłada na stosowne podmioty obowiązku podejmowania działań o charakterze pozytywnym, tak jak to czyni w domyśle zasada równości. Dlatego też omawiany art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nakazuje zamawiającym nie tylko niedyskryminacyjne, lecz także równe traktowanie wszystkich wykonawców. Obowiązek równego traktowania dotyczy każdego postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia, jeżeli tylko jego prowadzenie objęte jest zakresem przedmiotowo-podmiotowym stosownych regulacji unijnych. Nakaz ten ma zastosowanie zawsze, chyba że co innego przewidują szczególne normy zezwalające na odstępstwa od tej zasady”<sup>42</sup>.

Zasady wynikające z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, wzajemnie się uzupełniając, nakładają zatem na zamawiających obowiązek ich przestrzegania i poszanowania w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią bowiem o braku możliwości różnicowania podmiotów prawnych państw członkowskich, które znajdują się w jednakowej sytuacji, a także równe ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych, chyba że ma to rzetelne uzasadnienie.

W piśmiennictwie wskazuje się ponadto, że „obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania obowiązuje zamawiającego przez cały okres trwania postępowania przetargowego, a dzięki obowiązkowi publikowania ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zasada chroni także potencjalnych uczestników postępowania”<sup>43</sup>.

Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców pozwalają zamawiającemu wybrać najlepszą dla niego ofertę, jednak jak wskazuje orzecznictwo, zasada ta jest najczęstszym przedmiotem odwołań wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładem jest m.in.:

- 1) uchwała KIO z 19.05.2016 r. (KIO/KD 34/16, LEX nr 2110662), w której Izba stwierdziła, co następuje: „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwia dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Przy czym może zdarzyć się tak, że przy braku możliwości składania ofert częściowych opis nawet jednego z wielu zamawianych produktów może spowodować niemożliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty – zgodnej ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”;

<sup>42</sup> A. Soltysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 232.

<sup>43</sup> A. Soltysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 251.

- 2) wyrok KIO z 19.12.2016 r. (KIO 2280/16), zgodnie z którym: „Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: »Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)«. Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 p.z.p., Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: »przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu« (wyrok z 26.08.2011 r., KIO 1734/11). W konsekwencji należy się zgodzić ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań, opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (wyroki KIO z 01.02.2011 r., KIO 79/11, 89/11, 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: »W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych« (wyrok KIO z 01.02.2011 r., KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie

- w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)>> (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12)”;
- 3) wyrok KIO z 11.01.2011 r. (KIO/UZP 2824/10, LEX nr 707662), w świetle którego: „Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji”.

Warto zwrócić uwagę także na orzeczenie KIO z 6.12.2016 r. (KIO 2180/16), w którym Izba odniosła się do problematyki naruszenia art. 7 p.z.p. o charakterze samoistnym, wskazując, że „niezmiernie rzadko może dojść do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej”.

### Zasada proporcjonalności i przejrzystości

5. Jak już zasygnalizowano powyżej, nowelizacja z 22.06.2016 r. uzupełniła przepis art. 7 ust. 1 p.z.p. o zasady proporcjonalności i przejrzystości. Dotychczasowy brak wskazania tych zasad w przepisach komentowanej ustawy nie oznaczał jednak, że one nie funkcjonowały. Można je było bowiem wywieść z poszczególnych przepisów ustawy oraz dyrektyw. W tym miejscu przywołać warto wyrok KIO z 18.03.2015 r. (KIO 398/15, LEX nr 1676151), w którym Izba stwierdziła, że: „Zasada przejrzystości nie została *expressis verbis* wymieniona w p.z.p. – faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji – jednak znajduje wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak np. art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 p.z.p.”.

Zasada proporcjonalności uznawana jest za jedną z podstawowych zasad prawa UE, a poprzez implementację dyrektywy 2014/24/UE stała się także częścią polskiego porządku prawnego.

Jej elementy wywieść można z licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z orzeczeniem ETS z 23.12.2009 r. (sprawa C-376/08 Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Z kolei w orzeczeniu ETS z 27.10.2005 r. [sprawa C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)] podniesione zostało, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność. Na uwagę zasługuje także orzeczenie ETS z 16.09.1999 r. (sprawa C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii), w którym zwrócono uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do celu. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie przedmiotu, „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji 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?”<sup>44</sup>. Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

Na etapie przygotowania postępowania przekłada się ona na obowiązek takiego opisanego przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu o zamówienie, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Proporcjonalność w tym kontekście była przedmiotem rozważań składów orzekających KIO na gruncie dotychczasowego art. 22 ust. 4, zgodnie z którym opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (według dotychczasowej nomenklatury; po nowelizacji z 22.06.2016 r. sformułowanie „opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków” zastąpiono wyrażeniem „określenie warunków udziału w postępowaniu”) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Warto w tym zakresie należy zwrócić uwagę m.in. na następujące orzeczenia:

- 1) wyrok KIO z 24.11.2014 r. (KIO 2358/14, LEX nr 1583500), w świetle którego: „Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis sposobu oce-

<sup>44</sup> A. Soltysińska, H. Talago-Slawoj, *Europejskie...*, art. 18.

ny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Wymagania te nie mogą też być zbyt liberalne i powodować, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty”;

- 2) uchwałę KIO z 5.09.2014 r. (KIO/KU 74/14, LEX nr 1587158), w której podniesione zostało: „»Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia« oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Każdy warunek w stosunku do każdego postępowania musi być badany indywidualnie i nawet warunek o identycznym brzmieniu w jednym przypadku może być uznany za prawidłowy, a w innym nie”.

W świetle orzeczeń KIO obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej. „Przyjmując ogólną definicję zasady proporcjonalności jako zobowiązania do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikanie środków zbędnych (nadmiernych), należy w pierwszej kolejności ustalić cel danego postępowania przetargowego oraz cele poszczególnych etapów, np. opisu przedmiotu zamówienia, kwalifikacji wykonawców, wyboru oferty. Wybrane przez zamawiającego cele powinny być zgodne z prawem, lecz akceptowana przez ustawodawcę unijnego instrumentalizacja zamówień pozwala zamawiającym na dosyć samodzielne określenie celu udzielanego zamówienia”<sup>45</sup>.

Zasada proporcjonalności była także przedmiotem rozstrzygnięć m.in. w: wyroku KIO z 17.05.2016 r., KIO 628/16; KIO 632/16 (LEX nr 2048570); uchwale KIO z 3.06.2015 r., KIO/KD 30/15 (LEX nr 1771142); wyroku KIO z 6.02.2014 r., KIO 120/14 (LEX nr 1436034); wyroku KIO z 13.06.2013 r., KIO 1276/13 (LEX nr 1363037); wyroku KIO z 22.02.2013 r., KIO 292/13 (LEX nr 1293529), czy wyroku KIO z 2.04.2013 r., KIO 646/13 (LEX nr 1311895).

Z uwzględnieniem powyższego powinien również zostać przygotowany OPZ czy wzór umowy.

Zasada proporcjonalności odnosi się także do zakresu dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać w postępowaniu zamawiający (szerzej zob. komentarz do art. 25, 25a i 26 p.z.p.).

<sup>45</sup> A. Soltysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 242.

Na etapie prowadzenia postępowania zasada proporcjonalności dotyczyć może, przykładowo, racjonalnego podejścia do składanych przez wykonawców wyjaśnień czy oceny podjętych przez nich działań w ramach *self-cleaningu*, wyważonego wyznaczania terminów na uzupełnienia, podejmowania decyzji o wykluczeniu z postępowania w oparciu o podstawę z art. 24 ust. 1 pkt 19 tylko w sytuacjach, gdy spowodowane zakłócenie konkurencji nie może zostać wyeliminowane w inny sposób.

6. Zasada przejrzystości definiuje natomiast jasność reguł procedury przetargowej, wyznaczając przy tym środki służące weryfikacji ich prawidłowości. Zobowiązuje ona wszystkich zamawiających do jawności postępowania na każdym jego etapie. Jej celem jest redukcja możliwości popełnienia błędów przez wykonawców i zamawiających poprzez określenie jednoznacznych zasad ubiegania się o zamówienie oraz ograniczenie dowolności w ocenie ofert przez zamawiających, zapewniając tym samym pełną konkurencyjność. Przejrzystość postępowania ogranicza także próby podejmowania działań korupcyjnych, gdyż to właśnie dzięki tej zasadzie stwierdzić można, czy nie doszło do naruszenia pozostałych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawem jej naruszenia może być uniemożliwienie przez zamawiającego dostępu do informacji publicznej czy ograniczenie możliwości wglądu do protokołu postępowania i jego załączników.

Tym samym zasada przejrzystości zapewnia konkurencyjność wszystkim zainteresowanym wykonawcom, a także daje możliwość kontroli prawidłowości działań zamawiającego.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na orzeczenie TSUE z 6.11.2014 r. (sprawa C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA), zgodnie z którym „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”.

Wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zatem dokonywane z poszanowaniem wszystkich wyżej wymienionych zasad, a ponadto powinny mieć na celu zapewnienie ich prawidłowego przestrzegania.

## Zasada równego traktowania wykonawców z państw-stron Porozumienia WHO

7. Na skutek nowelizacji z 22.06.2016 r. i dodania do art. 7 ust. 1a przesądzono dodatkowo, iż zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.

W świetle powyższego przyjąć należy, że ustawodawca rozszerzył zakres stosowania zasady równego traktowania na państwa będące stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych, a także państwa będące stronami innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska – tj. na wykonawców oraz na roboty budowlane, dostawy i usługi wywodzące się z wymienionych państw. „W praktyce oznacza to na przykład, że w przypadku gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku wykaże się wykonaniem zamówienia na terenie państwa-strony, zamawiający będzie zobowiązany przyznać identyczne znaczenie [takiemu zamówieniu jak temu pochodzącemu z kraju UE – przyp. I.S.-K.]”<sup>46</sup>.

W związku z wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego omawianego przepisu zasadne wydaje się pytanie, czy zasada równego traktowania oznacza możliwość „nierównego” traktowania wykonawców spoza jej zakresu podmiotowego. Wydaje się, że odpowiedź będzie twierdząca. A *contrario* zatem zamawiający uzyskali uprawnienie do ustanowienia preferencji dla wykonawców z krajów UE i krajów, wobec których wiąże zasada wzajemności (w tym będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu ws. Zamówień Rządowych – GPA). Preferencje te dotyczyć mogą zarówno sfery podmiotowej, jak i przedmiotowej, tj. świadczeń pochodzących z tych krajów. Pamiętać jednak należy, iż zamawiający zawsze w swoich decyzjach ograniczony jest zasadą proporcjonalności.

## Osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm

8. Zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 2, która nie uległa zmianom na skutek ostatnich nowelizacji, zamawiający zobowiązany jest zapewnić, aby osoby biorące udział w przygotowaniu postępowania oraz jego prowadzeniu były bezstronne i obiektywne.

<sup>46</sup> G. Mazurek, *Zasada równego traktowania...*

W praktyce oznacza to obowiązek zweryfikowania, że nie pozostają one w relacjach z potencjalnymi wykonawcami, które mogły mieć jakikolwiek wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Realizacja tego obowiązku następuje m.in. poprzez dyspozycję art. 17 ust. 1, zgodnie z którym osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Przed odebraniem oświadczenia kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia (art. 17 ust. 2).

Ponadto należy wskazać, że nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła nowy ust. 2a, zgodnie z którym kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, w razie uzasadnionego podejrzenia, że pomiędzy pracownikami zamawiającego lub innymi osobami zatrudnionymi przez zamawiającego, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, a wykonawcami zachodzi relacja określona w art. 17 ust. 1 pkt 2–4, odbiera od tych osób, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej w przedmiocie okoliczności, o których mowa w ust. 1. Przed odebraniem oświadczenia kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.