



UCZELNIA ŁAZARSKIEGO

Wydział Prawa i Administracji

Andrzej Czerniak

**INSTYTUCJE PRAWNE SŁUŻĄCE AGREGOWANIU
ZAMÓWIEŃ W POLSKIM SYSTEMIE PRAWA ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH**

Rozprawa doktorska
przygotowana pod kierunkiem
dr hab. Przemysława Szustakiewicza
prof. Uczelni Łazarskiego

Warszawa 2018

Spis treści

Wykaz skrótów	5
Wstęp	8
Rozdział I	
Przyczyny i cele agregowania zamówień publicznych oraz jego skutki dla konkurencji na rynku zamówień publicznych i dostępu do tego rynku dla MŚP.....	22
1. Uwagi ogólne	22
2. Przyczyny oraz cele agregowania zamówień publicznych w Polsce i w Unii Europejskiej.....	23
3. Stosowanie instytucji agregowania zamówień publicznych w Unii Europejskiej	29
4. Wpływ agregowania zamówień publicznych na konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.....	35
5. Dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP	46
6. Uwagi końcowe.....	53
Rozdział II	
Umowy ramowe	55
1. Uwagi ogólne	55
2. Umowy ramowe w prawie UE przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej	58
3. Umowy ramowe w nowej dyrektywie klasycznej.....	63
4. Umowa ramowa w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.	73
5. Umowa ramowa po nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r.	84
5.1 Uwagi ogólne	84
5.2 Zakaz naruszania uczciwej konkurencji, a zawieranie umów ramowych.....	89
5.3 Postępowanie w sprawie zawarcia umowy ramowej oraz udzielenie zamówienia na jej podstawie.....	93
5.4 Zmiana umowy ramowej w trybie art. 144 ustawy Pzp	105
6. Uwagi końcowe.....	114
Rozdział III	
Dynamiczny system zakupów.....	116
1. Uwagi ogólne	116

2. Dynamiczny system zakupów w prawie Unii Europejskiej przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej	117
3. Dynamiczny system zakupów w nowej dyrektywie klasycznej	121
4. Dynamiczny system zakupów w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.	130
5. Dynamiczny System Zakupów w ustawie – Prawo zamówień publicznych	139
5.1 Uwagi ogólne	139
5.2 Przeprowadzenie postępowania przy zastosowaniu dynamicznego systemu zakupów	145
6. Uwagi końcowe.....	152

Rozdział IV

Centralny Zamawiający	154
1. Uwagi ogólne	154
2. Centralna jednostka zakupująca w prawa UE przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej	156
3. Scentralizowane działania zakupowe i centralne jednostki zakupujące w nowej dyrektywie klasycznej	159
4. Centralny zamawiający w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.	169
5. Zamówienia scentralizowane w ustawie – Prawo zamówień publicznych.....	180
5.1 Uwagi ogólne	180
5.2 Centralny zamawiający – definicja i zadania ustawowe	181
5.3 Centrum Obsługi Administracji Rządowej jako przykład działania centralnego zamawiającego w praktyce.....	184
5.4 Centralny zamawiający w samorządzie terytorialnym.....	187
5.5 Centralny zamawiający posiadający siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.....	193
6. Uwagi końcowe.....	196

Rozdział V

Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia	199
1. Uwagi ogólne	199
2. Wspólne udzielanie zamówień transgranicznych w nowej dyrektywie klasycznej ...	202
3. Utworzenie wspólnego podmiotu przez zamawiających w zamówieniach transgranicznych.....	208

4. Okazjonalne wspólne udzielanie zamówień.....	210
5. Wspólne udzielanie zamówień na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.	214
6. Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego w ustawie – Prawo zamówień publicznych.....	219
6.1 Uwagi ogólne	219
6.2 Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających krajowych.....	220
6.3 Współdziałanie zamawiających z różnych państw członkowskich UE	222
6.4 Utworzenie wspólnego podmiotu z zamawiającymi z innych państw członkowskich UE.....	225
7. Uwagi końcowe	226
Rozdział VI	
Mechanizmy przeciwdziałania nadmiernej agregacji zamówień	228
1. Uwagi ogólne	228
2. Podział zamówienia na części jako instrument służący zwiększaniu dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP	229
3. Ustawowe ograniczenia dotyczące okresu trwania umów	244
4. Zakaz łączenia zamówień publicznych	249
5. Uwagi końcowe.....	254
Zakończenie	257
Źródła	262
Akty prawne.....	266
Literatura	271
Orzecznictwo.....	279

Wykaz skrótów

BZP – Biuletyn Zamówień Publicznych

COAR – Centrum Obsługi Administracji Rządowej

CUW – Centrum Usług Wspólnych

Dyrektywa, nowa dyrektywa klasyczna lub dyrektywa 2014/14/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. L 94 z 28.03.2014)

Dyrektywa 2004/17/WE – dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.04.2004)

Dyrektywa 2004/18/WE – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 134 z 30.04.2004)

Dz.U. – Dziennik Ustaw

Dz.U. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

Dz.U. WE – Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich

Dz.U. MS – Dziennik Urzędowy Ministra Sprawiedliwości

ECR – European Court Reports

ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości

EOG – Europejski Obszar Gospodarczy

ETO – Europejski Trybunał Obrachunkowy

EUWT – Europejskie Ugrupowanie Współpracy Terytorialnej

GKO – Główna Komisja Orzekająca w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych

ICT – technologie informacyjno-komunikacyjne (ang. *information and communication technologies*)

KE – Komisja Europejska

k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.)

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza

M.P. – Monitor Polski

MŚP – mikro-, małe i średnie przedsiębiorstwa

NSA – Naczelny Sąd Administracyjny

OchrKonkKU – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2016 r. poz. 1823 ze zm.)

PE – Parlament Europejski

PKB – produkt krajowy brutto

Prezes UZP – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

system – dynamiczny system zakupów

SN – Sąd Najwyższy

SA – Sąd Apelacyjny

SO – Sąd Okręgowy

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. C z 26.10.2012, P.0001-0390)

TUE – Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 326 z 26.10.2012, s. 0001–0390)

TED – Tenders Electronic Daily – internetowa wersja „Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej” poświęconego europejskim zamówieniom publicznym

UE – Unia Europejska

UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

UZP – Urząd Zamówień Publicznych

ustawa Pzp – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)

u.z.n.k. – ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn., Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

u.s.g. – ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 1875)

u.s.p. – ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 1868)

u.s.w. – ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 2096 ze zm.)

u.s.d.g. – ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn., Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.)

ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. – ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551)

WE – Wspólnota Europejska

WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny

WTO – Światowa Organizacja Handlu (ang. *World Trade Organization*)

Zb. Orz. – Zbiór Orzeczeń

Wstęp

Prezentowana praca dotyczy zagadnień związanych z agregowaniem zamówień w polskim systemie prawa zamówień publicznych.

Agregacja jest pojęciem, które według *Słownika języka polskiego* oznacza łączenie się elementów w całość¹, jednakże w odniesieniu do prawa zamówień publicznych nie zostało dotychczas w sposób jednoznaczny zdefiniowane. W piśmiennictwie dotyczącym tej dziedziny prawa pojawia się najczęściej zbliżone sformułowanie „agregowanie”, którego używa się w odniesieniu do ustalania wartości zamówienia (art. 32 i n. ustawy Pzp), która ma zasadnicze znaczenie dla podjęcia decyzji o konieczności stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych lub właściwego jej trybu². W mojej ocenie nie ma jednak przeciwwskazań, by pojęcie agregowania odnieść również do instytucji prawnych, które służą zamawiającym do łącznego udzielania zamówień w ramach jednego postępowania. Chodzi w tym wypadku zarówno o instrumenty prawne pozwalające jednemu zamawiającemu zsumować poszczególne zamówienia w czasie w ramach jednego postępowania, jak też umożliwiające łączne udzielenie zamówienia wielu instytucjom w ramach jednego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, należałoby zatem wyróżnić agregowanie w ścisłym znaczeniu (*sensu stricto*), jak również agregowanie w znaczeniu szerokim (*sensu largo*). Do wąskiego rozumienia omawianego pojęcia można zaliczyć jedynie zasady ustalania szacunkowej wartości zamówienia, jeśli przyjąć założenie, że bez znaczenia dla tej definicji jest fakt, czy dane zamówienie (zagregowane przy ustaleniu łącznej szacunkowej wartości) jest udzielane w ramach jednego postępowania, czy też w ramach wielu odrębnych postępowań, np. w trakcie roku budżetowego. W tym wypadku chodzi zatem wyłącznie o zasady ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, których powinni przestrzegać zamawiający, a które są szczegółowo uregulowane w ustawie Pzp, w szczególności z podkreśleniem różnic w zależności od tego, czy dane zamówienie dotyczy dostaw, usług, czy też robót budowlanych.

Z kolei agregowanie w szerokim znaczeniu obejmuje według mnie również zasady działania zamawiających po ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia. Chodzi w tym wypadku o korzystanie z instrumentów prawnych dostępnych w ustawie Pzp, pozwalających

¹ *Słownik języka polskiego PWN*, red. M. Szymczak, Warszawa 1995, s. 17.

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), por. M. Stachowiak w: *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, red. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Warszawa 2014, wyd. 6, s. 261, por. też rozważania A. Sołtysińskiej dotyczące agregowania wartości zamówień, M. Lemke (red.), A. Sołtysińska i in., *Wprowadzenie w zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności publicznej*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2000, s. 42–43.

na łączenie poszczególnych zakupów dokonywanych przez zamawiających w ramach jednego postępowania.

W tym wypadku należy poczynić dodatkowe rozróżnienie na zagregowanie zamówienia w znaczeniu podmiotowym oraz przedmiotowym. Jeżeli chodzi o agregowanie zamówień w znaczeniu podmiotowym, to należy przyjąć, że dotyczy to sytuacji, w której kilka instytucji przeprowadza jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (np. wspólne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia transgranicznego) lub też jeden podmiot (centralny zamawiający) przeprowadza postępowanie na rzecz kilku zamawiających. Z kolei agregowanie w znaczeniu przedmiotowym to łączenie przez zamawiającego poszczególnych zamówień w jedno postępowanie przy wykorzystaniu instytucji prawnych, o których mowa w ustawie Pzp, co powoduje zsumowanie w czasie zapotrzebowania na dane produkty lub usługi (np. umowy ramowe). Dopuszczalne są oczywiście przypadki agregowania zamówień w sposób mieszany – podmiotowo-przedmiotowy. Jako przykład można wskazać w tym miejscu zamówienia udzielane przez centralnego zamawiającego z wykorzystaniem umowy ramowej.

Niniejsza dysertacja stanowi analizę prawną agregowania zamówień wyłącznie w tym drugim, szerszym znaczeniu, biorąc pod uwagę założony wcześniej podział. Praca omawia poszczególne instytucje prawne służące łącznemu udzielaniu zamówień, zarówno w podmiotowym, jak i w przedmiotowym znaczeniu. Agregowanie zamówień *sensu stricto* nie jest co do zasady przedmiotem pracy, co nie oznacza, iż pewne aspekty szacowania wartości zamówienia nie zostały w niej ujęte. Wielokrotnie jest to, według mnie, konieczne, aby dokonać prawidłowej analizy tematu przewodniego opracowania, a więc kwestii łącznego udzielania zamówień w ramach jednego postępowania.

Łączenie w większą całość poszczególnych zamówień (w ramach jednego postępowania) udzielanych przez zamawiających ma niebagatelne znaczenie dla zrozumienia istoty zawierania kontraktów przez podmioty gospodarujące środkami publicznymi. W moim przekonaniu problematyka ta była jednak dotychczas opisywana w doktrynie w sposób niewystarczający i niekompleksowy. Istnieje bowiem szereg prac dotyczących agregowania zamówień w węższym znaczeniu, a więc zasad ich szacowania³. W doktrynie prawa sporo miejsca poświęca się również poszczególnym instytucjom umożliwiającym łączenie zamówień w ramach jednego postępowania. Chodzi w tym wypadku o umowę ramową czy też zakupy dokonywane przez centralnego zamawiającego. Brak jest jednak zbiorczych opracowań, które

³ Por. F. Łapecki, *Funkcje i metody szacowania wartości zamówienia*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 2.

opisują kwestię agregowania zamówień *sensu largo*, badają przyczyny tego zjawiska oraz jego ewentualne skutki prawne, w szczególności dla wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, celem niniejszej pracy jest wypełnienie w piśmiennictwie luki dotyczącej przedmiotowej problematyki. Oznacza to, że jeżeli w pracy jest mowa o agregowaniu (agregacji) zamówień bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć wyłącznie sumowanie zakupów dokonywanych przez zamawiających z wykorzystaniem instytucji prawnych, pozwalających zamawiającym na łączne udzielanie zamówień publicznych w ramach jednego postępowania. Jeżeli natomiast agregacja miałaby odnosić się wyłącznie do zagadnienia ustalania szacunkowej wartości zamówienia, zostanie to wyraźnie zaznaczone.

Agregowanie zamówień jest zagadnieniem aktualnym z uwagi na wejście w życie w 2014 r. dyrektyw unijnych⁴ regulujących omawianą problematykę w sposób zupełnie nowatorski i znacznie bardziej rozbudowany niż poprzednio obowiązujące przepisy w tym zakresie. Konsekwencją wskazanych uregulowań było implementowanie do polskiego porządku prawnego przedmiotowych przepisów normujących wskazane techniki (metody) agregacji⁵. Zatem to właśnie nowelizacja Prawa zamówień publicznych, dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁶, stała się bezpośrednią przyczyną podjęcia omawianego tematu. Zmiany wprowadzone w wyniku wspomnianej noweli w zakresie technik agregowania zamówień są więc głównym przedmiotem analizy w omawianej pracy. Z kolei jednym z najważniejszych celów wymienionych dyrektyw oraz w konsekwencji jednym z głównych aspektów wspomnianej nowelizacji ustawy Pzp było ułatwienie dostępu do zamówień publicznych dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorców⁷.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 243; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 1.

⁵ Określenie „techniki” nie jest pojęciem zdefiniowanym przez akty prawne dot. zamówień publicznych, ale jest powszechnie używane zarówno w polskim, jak i europejskim piśmiennictwie do omawiania problematyki agregowania zamówienia – por. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 416 oraz *Public Procurement in Europe. Cost and effectiveness*. Study prepared for the European Commission by PwC, London Economics and Ecorys, March 2011, s. 22, <https://ukmin.lrv.lt/uploads/ukmin/documents/files/Studija%20d%C4%97l%20kainos%20ir%20efektyvumo%20vie%C5%A1uosiuose%20pirkimuose.pdf>.

⁶ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020.

⁷ Por. motyw nr 2 preambuły nowej dyrektywy klasycznej.

Przedmiotowe opracowanie ma zatem na celu przede wszystkim udzielenie odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania. Po pierwsze, czy nowe, wprowadzone w 2014 r. regulacje unijne dotyczące agregowania zamówień zostały w prawidłowy sposób transponowane do krajowego porządku prawnego. Po drugie, czy nowe przepisy we wskazanym powyżej zakresie ułatwiają, czy też utrudniają dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP w stosunku do poprzednio obowiązujących uregulowań. Warto zatem przeanalizować, czy omawiane krajowe normy prawne spełniają minimalne wymagania ustanowione przez prawo UE oraz główne cele wyznaczone przez nową dyrektywę klasyczną. W szczególności warto zbadać wpływ nowych regulacji krajowych, obowiązujących od 28 lipca 2016 r. na gruncie ustawy Pzp, na dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP. Są to zatem dwie podstawowe tezy badawcze zaproponowane przeze mnie w prezentowanej pracy.

Jeżeli chodzi o pierwszą tezę, mianowicie zbadanie zgodności prawa krajowego w omawianym zakresie z nową dyrektywą klasyczną, to jest to kwestia niezwykle istotna nie tylko z uwagi na oczywisty (w związku z podjętymi zobowiązaniami Rzeczypospolitej Polskiej) obowiązek implementowania prawa UE do prawa polskiego, ale również z uwagi na fakt, że w razie wątpliwości odnośnie do przepisu prawa krajowego należy stosować jego prowspólnotową wykładnię, a w razie niezgodności prawa krajowego z dyrektywą wykonawcy mogą powoływać się częstokroć w pierwszej kolejności na prawo UE. W mojej ocenie, zrozumienie celu wprowadzenia danego przepisu na poziomie prawa Unii Europejskiej jest zatem warunkiem koniecznym zrozumienia *ratio legis* wprowadzenia danej regulacji na poziomie krajowym. Ponadto, pomimo faktu, że dyrektywy, w przeciwieństwie do rozporządzeń unijnych, nie są bezpośrednio stosowane w poszczególnych państwach członkowskich, „państwa te muszą wprowadzić przepisy dyrektywy do swoich porządków prawnych za pomocą odpowiednich środków i we właściwej formie – tak, aby zagwarantować osiągnięcie rezultatu zakładanego przez dyrektywę”⁸. Uzależnienie norm prawa krajowego od prawa unijnego jest więc niezwykle istotne i jak podkreśla się w piśmiennictwie, „jeśli państwo członkowskie nie implementuje dyrektyw w terminie bądź uczyni to w sposób niepełny, a dyrektywa zobowiązała państwa do podjęcia określonych działań lub zmierzała do przyznania uprawnień jednostkom, to jednostki mogą powoływać się na dyrektywę w relacji wertykalnej: organ państwowy – obywatel. Należy jednak pamiętać, że przepis dyrektywy, na który jednostka chce się powołać, musi być jasny i przejrzysty, pozwalający na jednoznaczne ustalenie obowiązków państwa i uprawnień jednostki wynikających z dyrektywy. W takim

⁸ P. Nowicki, *Stosowanie dyrektyw wprost*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11, s. 17.

przypadku działa również zasada pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym, co jednak nie oznacza zwolnienia prawodawcy krajowego z obowiązku implementacji”⁹. Zaniechanie implementacji lub też nieprawidłowa implementacja mogą zatem skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa¹⁰. Nadzór nad transponowaniem przepisów sprawuje Komisja Europejska¹¹.

Zagadnienie właściwej implementacji prawa unijnego, dotyczące omawianej materii jest tym istotniejsze, że „zamówienia publiczne stanowią kluczowy obszar gospodarki i finansów Unii Europejskiej. W zależności od stosowanych metodologii obliczeń statystycznych przyjmuje się, iż wartość zamówień publicznych obejmuje pomiędzy 13 a 18% PKB w skali UE. Regulacje dotyczące zamówień publicznych są jednym z głównych narzędzi, które mają zapewniać poszanowanie podstawowych swobód wspólnego rynku, w zakresie przepływu towarów, usług, osób, jak również kapitału. Doświadczenia powstałe w oparciu o dotychczasowe przepisy wskazują na potrzebę uelastycznienia procedur oraz dostosowania przepisów do zmieniających się realiów gospodarczych i technologicznych”¹². Skoro rynek zamówień publicznych ma niebagatelny wpływ na Unię Europejską, ma też niewątpliwie znaczny wpływ na Rzeczpospolitą Polską jako członka wspomnianej organizacji.

Na marginesie należy podkreślić, że dotychczasowe działania instytucji zamawiających w poszczególnych państwach członkowskich nie były wolne od błędów w stosowaniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, co było związane m.in. właśnie z nieprawidłową interpretacją dyrektyw unijnych implementowanych do krajowych porządków prawnych. Nie chodzi w tym wypadku oczywiście jedynie o nieprawidłowe stosowanie metod agregowania zamówień, ale ogólnie o niewłaściwe stosowanie prawa zamówień publicznych. Ta dziedzina prawa jest bowiem swego rodzaju „instrumentem proceduralnym”, stosowanym szeroko przez zamawiających z państw członkowskich, nie może zatem dziwić fakt, iż występuje (i zapewne będzie występować) szereg wątpliwości interpretacyjnych przy ich stosowaniu, a w konsekwencji wiele błędów ujawnianych jest w ramach kontroli przeprowadzanych przez uprawnione organy. Przykładowo Europejski Trybunał Obrachunkowy w 2015 r. wykazał na podstawie jednego ze sprawozdań, iż około 40% z 700

⁹ *Ibidem*, s. 17.

¹⁰ Por. wyrok ETS z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C6/90 i C9/90 Francovich i Bonifaci, ECLI:EU:C:1991:428.

¹¹ Por. Z. Raczkiewicz, *Najnowsze orzecznictwo TSUE dotyczące zamówień publicznych*, „Zamawiający” 2014, nr 3, s. 39–40.

¹² J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, przedmowa, Legalis.

projektów współfinansowanych ze środków UE zawierało błędy dotyczące stosowania prawa zamówień publicznych. Wśród błędów stwierdzono m.in. nieprawidłowości wynikające z niewłaściwego transponowania do krajowych ustaw przepisów unijnych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych¹³. Ze sprawozdania ETO wynika więc, że błędy pojawiające się w stosowaniu prawa zamówień publicznych są zjawiskiem dość powszechnym. Najistotniejszy jest jednak fakt, że sprawozdanie pokazuje, iż błędy są częstokroć spowodowane właśnie niewłaściwym implementowaniem postanowień przepisów unijnych do krajowego porządku prawnego. Może bowiem zaistnieć sytuacja, w której zamawiający postępuje w zasadzie zgodnie z ustawą Pzp, a przynajmniej jej literalną wykładnią, ale niezgodnie z celem zamierzonym przez dyrektywy unijne.

Nadto wskazuje się, że „implementacja dyrektyw unijnych dotyczących zamówień publicznych (2004/17/WE oraz 2004/18/WE) przez państwa członkowskie UE nie zawsze jest prawidłowa, o czym może świadczyć fakt, iż w okresie 2009–2013 Komisja Europejska wszczęła przeciwko państwom członkowskim UE 74 postępowania w sprawie uchybienia, z których osiem trafiło później na wokandę Trybunału Sprawiedliwości UE”¹⁴. Na marginesie można wskazać, że jeżeli chodzi o Polskę, to z uwagi na uchybienie jedna sprawa trafiła przed TSUE¹⁵.

W zakresie drugiej tezy, dotyczącej wpływu instrumentów prawnych służących agregowaniu zamówień, wprowadzonych w 2016 r. do ustawy Pzp lub w tym roku znowelizowanych, na dostęp do zamówień publicznych dla MŚP, trzeba podnieść, że po pierwsze, co zostało już wspomniane, jednym z głównych celów omawianych zmian było ułatwienie uzyskiwania zamówień dla małych i średnich przedsiębiorców, a po drugie, wskazuje się, że 99,7% przedsiębiorców na rynku UE to MŚP, a przy tym o najbardziej

¹³ Sprawozdanie specjalne Europejskiego Trybunału Obrachunkowego nr 10/2015 pt. *Należy zintensyfikować wysiłki zmierzające do rozwiązania problemów dotyczących zamówień publicznych w obszarze unijnej polityki spójności*, http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_PL.pdf.

¹⁴ Z. Raczkiewicz, *Unijna polityka spójności*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 2, s. 49.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., C-465/11, wydany po złożeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 267 TFUE wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. TSUE odnosząc się do ówczesnie obowiązującego art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp, wskazał, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy, ECLI:EU:C:2012:801.

zagregowane zamówienia (zamówienia największej wartości) gotowych jest ubiegać się stosunkowo niewielu wykonawców¹⁶. Omawiana grupa podmiotów ma zatem zasadnicze znaczenia dla funkcjonowania każdej gospodarki państwa członkowskiego UE.

Doktryna prawa od wielu lat zauważa, że istnieje problem dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych skorelowany z wartością tych zamówień. Brak jest jednak opracowań statuujących o metodach agregacji w omawianym kontekście, zwłaszcza mających na celu analizę postanowień uwzględniających transponowanie do polskiego porządku prawnego wymogów stawianych przez dyrektywy unijne¹⁷. Za podstawową barierę dostępu do danego zamówienia może być uznana jego zbyt duża wartość (a przez to w szczególności trudne do spełnienia przez MŚP warunki udziału w postępowaniu), która wynika m.in. z zastosowania instrumentów prawnych służących agregowaniu zamówień. Istnieje zatem niewątpliwie związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zjawiskiem agregowania zamówień (zwłaszcza nadmiernego agregowania), a dostępem do danego zamówienia dla MŚP. Warto więc przeanalizować, czy ów dostęp do rynku zamówień nie jest bardziej ograniczony bądź ułatwiony (w porównaniu z poprzednio obowiązującymi przepisami) z uwagi na nowe regulacje w zakresie wspomnianych technik agregowania zamówień. Omawianej analizy można dokonać, porównując poprzednio obowiązujące uregulowania w tym zakresie z nowymi rozwiązaniami przyjętymi przez ustawodawcę krajowego.

Jeżeli chodzi o przedmiotowy zakres badań podjętych w ramach niniejszej pracy, objął on w pierwszej kolejności zbadanie przyczyn agregowania zamówień, jak również wpływu tej problematyki na konkurencję oraz szczególny przypadek naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, jakim jest ograniczenie dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP. Praca obejmuje także krótką charakterystykę podmiotów należących do MŚP.

W dalszej kolejności przeprowadziłem analizę instytucji prawnych: umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów jako sposobów na zagregowanie zamówienia w czasie. Sporo miejsca w pracy poświęciłem zagadnieniu umowy ramowej z uwagi na fakt, że istnieje w piśmiennictwie szereg zróżnicowanych poglądów zarówno co do charakteru prawnego samej umowy, jak też jej wpływu na dostęp do rynku zamówień dla wykonawców. Nie podjęto natomiast dotychczas całościowej analizy umowy ramowej w kontekście implementowania postanowień dyrektywy do krajowego porządku prawnego, zwłaszcza porównując omawiane zagadnienie z pozostałymi technikami agregowania. Nie bez znaczenia w tym kontekście, w mojej ocenie, pozostaje fakt, że Rzeczpospolita Polska, jako kraj członkowski UE, ma jeden z

¹⁶ Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 314.

¹⁷ Szerzej na temat dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP w rozdziale I pracy.

niższych wskaźników, jeżeli chodzi o procentową wartość zamówień zawieranych w trybie umowy ramowej w stosunku do wartości umów zawieranych w trybie ustawy Pzp. Przykładowo w latach 2009–2012 wynosił on 7,2%¹⁸. Pomimo wprowadzenia do polskiego porządku prawnego omawianej instytucji, w literaturze podkreśla się nikłe zainteresowanie tym zagadnieniem wśród zamawiających, wskutek czego umowa ramowa zbyt rzadko znajduje zastosowanie w praktyce¹⁹.

Z kolei dynamiczny system zakupów, jako technika agregowania zamówień, nie jest w zasadzie stosowany w praktyce przez krajowych zamawiających. Na marginesie należy dodać, że jest to również zagadnienie związane bezpośrednio w tzw. elektronicznymi zamówieniami publicznymi z uwagi na ustaloną w ramach danego postępowania elektroniczną formę komunikowania się z wykonawcami. Niezależnie od tego faktu jest to także sposób agregowania zamówienia w czasie, albowiem wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie jego trwania. Opracowanie nie skupia się natomiast na kwestiach elektronicznej formy porozumiewania się z wykonawcami, ponieważ zagadnienie to na problematykę samej agregacji ma, moim zdaniem, wpływ drugorzędny.

Zarówno umowa ramowa, jak i dynamiczny system zakupów stanowią sposób agregowania zamówienia w znaczeniu przedmiotowym, który jest dostępny dla poszczególnych zamawiających. Na marginesie warto wspomnieć, że w ślad za układem redakcyjnym przedstawionym w nowej dyrektywie klasycznej przyjąłem za zasadne omówienie w pierwszej kolejności metod agregacji wskazanych powyżej.

Kolejnym aspektem, który został ujęty w pracy, jest zagadnienie agregowania w znaczeniu podmiotowym. Chodzi o udzielanie zamówień poprzez centralnego zamawiającego, jak również dokonywanie zakupów wspólnie przez kilka instytucji zamawiających. Są to odmienne, w porównaniu z umową ramową i dynamicznym systemem zakupów, sposoby łączenia zakupów przez zamawiających. Polegają one bowiem na sumowaniu zamówienia poprzez skumulowanie zamawiających prowadzących postępowanie i udzielających zamówienia wspólnie lub poprzez wyznaczony podmiot (centralnego zamawiającego). Towarzyszą im zatem odmienne problemy i zagrożenia (w stosunku do agregowania

¹⁸ Por. *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, opracowanie przygotowane dla Komisji Europejskiej przez PwC, ICF GHK and Ecorys, s. 113, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf.

¹⁹ Por. G. Wicik, *Treść umów ramowych w praktyce zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, nr 4, s. 4.

zamówienia w czasie), które wskazałem w ramach niniejszej pracy. Istotnym wydaje się również poruszenie kwestii, które z technik agregowania zamówień, w większym stopniu mogą utrudniać dostęp do rynku zamówień dla MŚP.

Interesujące jest, że jeżeli chodzi zarówno o umowy ramowe, jak i centralnych zamawiających, to w jednym z anglojęzycznych raportów przygotowanych przez Europe Economics w 2006 r. uznano zamówienia udzielane przez centralnych zamawiających (w rozumieniu języka dyrektyw unijnych – centralne jednostki zakupujące) za mniej sprawiedliwe i bardziej zbiurokratyzowane niż zamówienia udzielane przez pozostałych zamawiających. Z drugiej jednak strony zamówienia udzielane przez ww. podmioty uznano za bardziej konkurencyjne. Z kolei umowy ramowe oceniono jako mniej przejrzyste, mniej sprawiedliwe i mniej konkurencyjne i nieco mniej zbiurokratyzowane. Skuteczność umów ramowych oceniono na poziomie innych zamówień publicznych²⁰. W przedmiotowym raporcie wskazano również, że celem zamówień udzielanych przez centralnych zamawiających oraz udzielanych za pomocą umów ramowych jest zarówno redukcja kosztów, jak i zminimalizowanie ryzyk związanych z ewentualnymi roszczeniami podmiotów „oskarżających” o to, że doszło do naruszenia przepisów dyrektyw, dotyczących udzielania zamówień publicznych oraz zmniejszenia ryzyka związanego z występowaniem na drodze prawnej przez podmioty twierdzące, iż doszło do naruszenia przepisów procedury udzielania zamówień publicznych²¹. Dane te pokazują zatem jasno, iż przedmiotowe techniki agregowania zamówień nie są oceniane jednoznacznie, tym bardziej warto, według mnie, dokonać ich analizy.

Badaniom poddałem również tzw. zamówienia transgraniczne, które zostały wprowadzone do krajowej ustawy Pzp na mocy wspomnianej nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. Zamówienia te są zarówno rodzajem zamówień udzielanych wspólnie przez zamawiających z poszczególnych państw członkowskich UE, jak i zamówień udzielanych z wykorzystaniem centralnego zamawiającego. Zagadnienie to jest zupełnie nowe, biorąc pod uwagę polski porządek prawny. Analiza przedmiotowej problematyki jest, w mojej ocenie, interesująca w szczególności z uwagi na fakt, że zamówienia transgraniczne mogą służyć wzajemnej współpracy podmiotów z poszczególnych krajów członkowskich UE, co dotychczas miało miejsce niezwykle rzadko.

²⁰ Por. *Evaluation of Public Procurement Directives Markt/2004/10/D Final Report*, s. 6, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/final_report_en.pdf.

²¹ Por. *Ibidem*, s. 87.

Na gruncie niniejszej pracy omówiłem instrumenty prawne służące w ustawie Pzp do zapobiegania nadmiernej agregacji zamówień. Biorąc pod uwagę powyżej wskazane kryterium, wyróżniłem trzy zagadnienia. Pierwszym i najważniejszym instrumentem jest ustawowa możliwość składania przez wykonawców ofert częściowych. Właściwie stosowany podział zamówienia na części może niewątpliwie sprzyjać dostępowi do danego zamówienia dla MŚP²². Drugim aspektem umożliwiającym przeciwdziałanie nadmiernej agregacji jest ustawowe ograniczenie dotyczące okresu trwania umów zawieranych w trybie ustawy Pzp. Ostatnim wyróżnionym przeze mnie instrumentem w tym zakresie jest ogólny zakaz łączenia zamówień, o którym mowa w ustawie Pzp.

Zaznaczyłem również w pracy (w ramach omówienia poszczególnych instytucji) zagadnienie dotyczące wielokrotnej agregacji zamówienia, co może mieć miejsce w szczególności w razie udzielania zamówienia przez centralnego zamawiającego przy zastosowaniu umowy ramowej (agregowanie w znaczeniu podmiotowo-przedmiotowym). Analizy wymaga zatem po pierwsze, kwestia dopuszczalności takich działań, a po drugie, wpływu tej problematyki na dostęp do rynku zamówień dla MŚP.

Zakresem badań objąłem polski system zamówień publicznych, jak również przepisy prawa Unii Europejskiej z uwagi na fakt, iż poczynając od 2004 r. (data roczna zarówno wstąpienia Polski do UE²³, jak i wejścia w życie ustawy – Prawo zamówień publicznych²⁴), polskie przepisy w tym zakresie stanowią w dużej mierze regulacje transponowane do krajowego porządku prawnego wprost z dyrektyw unijnych. Krajowe prawo zamówień publicznych, co już podkreślono, opiera się na prawie unijnym, a co za tym idzie, rodzime orzecznictwo czerpie z judykatury Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS). Podkreśla się, że „orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ma ogromny wpływ na rozwój unijnego, a co za tym idzie i polskiego systemu zamówień publicznych. ETS sformułował od początku lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku szereg zasad, które mają ogromne znaczenie dla interpretacji przepisów unijnych i krajowych”²⁵.

Opracowanie, dla uzupełnienia tematu, zawiera również analizę istotnych w danej materii wyroków sądów krajowych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Celowe było także poruszenie najistotniejszych problemów

²² Praca omawia głównie podział zamówienia na części w ramach jednego postępowania (umożliwienie składania ofert częściowych), incydentalnie poruszona została problematyka podziału zamówienia na części i udzielania odrębnych zamówień w ramach odrębnych postępowań.

²³ Polska stała się członkiem Unii Europejskiej z dniem 1 maja 2004 r.

²⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych weszła w życie 2 marca 2004 r.

²⁵ P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne*, podręcznik pod red. M. Chmaja, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 61.

i wątpliwości doktryny oraz judykatury związanych dotychczas ze stosowaniem technik agregowania zamówień. Poznanie przedmiotowych zagadnień spornych pozwala, w moim przekonaniu, lepiej wyjaśnić działanie obecnie obowiązujących regulacji prawnych.

W odniesieniu do przepisów unijnych przyjąłem, że zakresem pracy będą objęte przepisy tzw. dyrektyw klasycznych, a nie dyrektyw sektorowych. Jest to uzasadnione faktem, że, w mojej ocenie, zamówienia sektorowe mają z uwagi na zawężenie przedmiotowe zagadnienia mniejsze zastosowanie w praktyce. W konsekwencji zamówienia sektorowe dotyczą zatem znacznie mniejszej liczby zamawiających, a jednocześnie przepisy prawa zamówień publicznych w tym zakresie zawierają szereg odmiennych uregulowań w stosunku do postanowień opartych na rozwiązaniach przyjętych na podstawie dyrektyw klasycznych. Z uwagi zatem na dość znaczną objętość przedmiotową problematyki technik agregacji rozpatrywanie dodatkowo omawianego zagadnienia w kontekście dyrektywy sektorowej byłoby, według mnie, nieuzasadnione. Jest to odrębna kwestia, która wymagałaby osobnego ujęcia w oddzielnym opracowaniu. Konsekwencją powyższego założenia (pominięcia dyrektywy sektorowej) jest wyłączenie z zakresu opracowania przepisów dotyczących zamówień sektorowych obowiązujących w ustawie Pzp. W pracy pominąłem zatem m.in. system kwalifikowania wykonawców, jak również różnice w funkcjonowaniu poszczególnych instytucji, które występują w zależności od tego, czy dana problematyka dotyczy zamówień klasycznych, czy też zamówień sektorowych²⁶.

Niekompletna byłaby natomiast analiza dotycząca prawidłowości transponowania przepisów unijnych na grunt krajowego porządku prawnego czy też wpływu przedmiotowych regulacji na dostęp do rynku zamówień dla MŚP bez zbadania przedmiotowego zagadnienia w ujęciu historycznoprawnym. Należy przy tym zaznaczyć, że w omawianym kontekście (w odniesieniu do przepisów unijnych) skupiłem się jednak głównie na dyrektywie klasycznej z 2004 r. i implementowanych na jej podstawie przepisach krajowych, sięgając niejednokrotnie do rozwiązań przyjętych w dyrektywach z lat 90, wyłącznie jednak w przypadkach szczególnie interesujących z punktu widzenia omawianego problemu. Moim zdaniem szersza (sięgająca lat wcześniejszych) analiza historycznoprawna była bezcelowa. Po pierwsze, nie jest to bowiem praca historycznoprawna, mająca jako główny cel dokonanie analizy porównawczej na przestrzeni lat, a po drugie, Rzeczpospolita Polska jest członkiem UE od 2004 r., i to ten aspekt

²⁶ Chodzi w szczególności o różnice w zakresie np. maksymalnej dopuszczalnej długości zawarcia umowy ramowej (8 lat w odniesieniu do zamówień sektorowych oraz 4 lata w odniesieniu do zamówień klasycznych).

był szczególnie istotny, jeżeli chodzi o zmianę krajowego ustawodawstwa w omawianym zakresie.

W konsekwencji powyżej przyjętego założenia praca jedynie w niewielkim zakresie dotyczy problematyki poprzednio obowiązującej ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych²⁷. Jest to uzasadnione faktem, że wówczas możliwości agregowania zamówień były znacznie mniejsze niż obecnie, a regulacje w tym zakresie miały charakter szcątkowy (w porównaniu z obowiązującym stanem prawnym). Techniki agregowania zamówień obowiązujące aktualnie nie były zasadniczo (poza omówionymi przeze mnie wyjątkami) wprowadzone do poprzednio obowiązującej ustawy w jakiegokolwiek postaci. W ramach dysertacji nie analizuję zatem szczegółowo zagadnień związanych z uchylonymi już przepisami pozwalającymi agregować zamówienia z uwagi na znaczny zakres przedmiotowy tematu oraz fakt, iż dla zrozumienia omawianej problematyki ważne jest jedynie ogólne nakreślenie charakteru zmian zaistniałych w porównaniu z wyżej wspomnianą ustawą z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Wobec powyższego w niniejszej pracy posłużyłem się trzema metodami badawczymi, a mianowicie: 1) formalno-dogmatyczną, 2) prawno-porównawczą oraz 3) historyczno-porównawczą.

Jeżeli chodzi o zakres badań przy zastosowaniu metody formalno-dogmatycznej, to niniejsze opracowanie zawiera opis oraz analizę prawną poszczególnych technik agregowania zamówień, istniejących w polskim systemie zamówień publicznych. W przypadku metody prawno-porównawczej przedmiotowe instytucje zostały porównane z tożsamymi instrumentami agregowania zamówień, istniejącymi obecnie na gruncie nowej dyrektywy klasycznej. Jeżeli chodzi natomiast o zakres badań przeprowadzonych metodą historyczno-porównawczą, to obejmuje on porównanie technik agregowania zamówień istniejących w polskim oraz unijnym prawie zamówień publicznych w chwili obecnej oraz przed wejściem w życie zmian w 2014 r. (w odniesieniu do nowej dyrektywy klasycznej) oraz przed nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. (w odniesieniu do przepisów krajowych), ze szczególnym uwzględnieniem okresu od 2004 r.

Praca zawiera wstęp, zakończenie i została podzielona na sześć rozdziałów. Rozdział I zawiera omówienie podstawowych przyczyn agregowania zamówień publicznych, jak również wskazuje cele, jakie zamierzają osiągnąć zamawiający, którzy decydują się stosować omawiane

²⁷ Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.

instrumenty prawne. Rozdział ten wskazuje ogólnie także na występowanie różnic w zakresie stosowania poszczególnych metod agregowania na przestrzeni lat w Unii Europejskiej oraz w zakresie korzystania z metod agregowania w niektórych państwach członkowskich UE. Dodatkowo, omawiam w nim jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych – zasadę zachowania uczciwej konkurencji w kontekście ewentualnego jej naruszenia, związanego z nieprawidłowym stosowaniem metod agregacji zamówienia. Problematyka dotycząca zasady zachowania uczciwej konkurencji ma istotne znaczenie nie tylko dla systemu zamówień publicznych, ale również dla całej gospodarki Polski, jak i pozostałych państw członkowskich UE. Jednocześnie zasada zachowania uczciwej konkurencji jest bardzo często naruszana, właśnie z uwagi na nieprawidłowe stosowanie metod agregacji zamówień. Oprócz powyżej wskazanych zagadnień, dokonałem także krótkiej charakterystyki podmiotów należących do grupy MŚP z zaznaczeniem różnic występujących w poszczególnych państwach członkowskich UE. Opisałem również kilka podstawowych czynników, które zwłaszcza w kontekście agregowania zamówień mogą ułatwiać bądź utrudniać dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP. W omawianym rozdziale omówiłem wskazane zagadnienia w sposób ogólny, pozostawiając analizę szczegółowych problemów związanych zarówno ze stosowaniem technik agregacji, jak i z korelacją pomiędzy ich stosowaniem, a dostępem do rynku dla MŚP, badaniom podjętym w dalszej części pracy.

Rozdziały II–V zawierają omówienie poszczególnych instytucji prawnych służących agregowaniu zamówień. Problematykę tę opisałem w odniesieniu do przepisów, które obowiązywały w prawie krajowym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. oraz istniały w prawie unijnym na mocy poprzednio obowiązujących dyrektyw, w tym zwłaszcza uchylonej dyrektywy klasycznej z 2004 r. Zagadnienia historycznoprawne są o tyle istotne, że można prześledzić, w jaki sposób na gruncie krajowego (ale również unijnego) porządku prawnego powstawały metody agregowania zamówień oraz w jaki sposób ulegały zmianom, aż do wersji przepisów obowiązujących obecnie. Co jednak najistotniejsze, omówiłem uregulowania obowiązujące obecnie w tym zakresie w ustawie Pzp. Wskazane rozdziały zawierają również analizę aktualnie obowiązujących przepisów prawa UE. Rozdział II opisuje umowę ramową, natomiast rozdział III zawiera omówienie dynamicznego systemu zakupów. Wspomniana część pracy jest zatem poświęcona agregowaniu zamówień w znaczeniu przedmiotowym. Rozdział IV dotyczy instytucji centralnego zamawiającego. Z kolei rozdział V zawiera opis możliwości wspólnego przeprowadzania i udzielania zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, że zamówienia transgraniczne są możliwe do przeprowadzenia

zarówno poprzez wykorzystanie w ramach tego zamówienia instytucji centralnego zamawiającego, jak i przy skorzystaniu z możliwości wspólnego udzielania zamówień, zagadnienia te zostały omówione w poszczególnych rozdziałach, w zależności od konkretnego sposobu przeprowadzenia danego postępowania.

Ostatni, VI rozdział dotyczy natomiast instytucji prawnych, których stosowanie powinno, w moim przekonaniu, przeciwdziałać nadmiernej, a przez to nieprawidłowej agregacji zamówień. Omówiłem w nim wspomniane wcześniej trzy podstawowe instrumenty prawne służące wskazanym powyżej celom.

Dodatkowo, warto zwrócić uwagę, że praca zawiera kluczowy z punktu widzenia postawionych tez badawczych opis technik agregowania zamówień przyjętych na gruncie obowiązującej od 2014 r. nowej dyrektywy klasycznej, które następnie stały się podstawą przyjęcia tożsamyh rozwiązań w przepisach prawa krajowego. Jak już wspominałem, prawidłowa analiza instrumentów agregowania zamówień w prawie UE ma bowiem zasadnicze znaczenie dla możliwości zbadania, w poszczególnych rozdziałach pracy, zagadnienia na gruncie aktualnie obowiązującego polskiego porządku prawnego.

Na marginesie, o czym już wspominałem w kontekście omówienia dynamicznego systemu zakupów, zaznaczyłem jedynie problematykę zamówień elektronicznych. Pomimo że zamówienia te nie są, co do zasady, objęte zakresem pracy, mają wielokrotnie bezpośredni związek również z problematyką zamówień zagregowanych. Innymi słowy, instytucje prawne przewidziane w nowej dyrektywie klasycznej oraz ustawie Pzp, służące prawidłowemu stosowaniu technik agregacji zamówienia, powinny być stosowane, niejednokrotnie przy użyciu środków elektronicznych. Jako przykład wspomnianej zależności można podać chociażby fakt, że już z motywu 72 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej wynika, że 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. Zamówienia zagregowane i elektroniczne są jednak mimo wszystko dwoma obszernymi i odrębnymi zagadnieniami wymagającymi zbadania i analizy. Skoro praca koncentruje się na problematyce zasad rządzących agregowaniem zamówień, kwestię zamówień elektronicznych omówiłem wyłącznie w zakresie bezpośrednio związanym z tematem przewodnim niniejszego opracowania.

Rozdział I

Przyczyny i cele agregowania zamówień publicznych oraz jego skutki dla konkurencji na rynku zamówień publicznych i dostępu do tego rynku dla MŚP

1. Uwagi ogólne

Dokonując analizy problematyki instytucji prawnych służących zamawiającym do łączenia zamówień w ramach jednego postępowania, należy rozpocząć od udzielenia odpowiedzi na pytanie o ogólne przyczyny stosowania metod agregacji. Warto bowiem poznać motywy, jakimi kierują się zamawiający, którzy decydują się na wspomniane działania. Chodzi w tym wypadku zarówno o przyczyny ściśle ekonomiczne, jak też prawnoorganizacyjne. W celu ustalenia, czy prawidłowo transponowano do polskiego porządku prawnego instrumenty agregowania zamówień (a zatem przeanalizowania pierwszej tezy badawczej sformułowanej w pracy), należało zbadać przyczyny agregowania zamówień oraz poznać cele postawione w odniesieniu do przedmiotowych instrumentów prawnych, w szczególności przez prawodawcę unijnego. W moim przekonaniu, cele postawione przez nową dyrektywę klasyczną są odpowiedzią na potrzeby zamawiających, które wskazują jednocześnie przyczyny łączenia zamówień. Innymi słowy, analiza wspomnianej genezy problemu pozwala w sposób należyty ocenić prawidłowość krajowych rozwiązań legislacyjnych w tym zakresie.

W niniejszym rozdziale zostały zatem zaprezentowane przyczyny agregowania zamówień oraz pewne różnice występujące w tym zakresie w odniesieniu do poszczególnych instytucji prawnych. Przyczyny łączenia zamówień przy wykorzystaniu umowy ramowej mogą się bowiem różnić od przyczyn, które spowodowały wykorzystanie instytucji centralnego zamawiającego. Warto też naświetlić omawiany problem w kontekście stosowania przedmiotowych instrumentów w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Oprócz omówienia przyczyn, dla których zamawiający stosują dopuszczalne prawnie techniki agregowania zamówień, istotne w kontekście problematyki niniejszej pracy jest ustalenie, jak przedstawia się ogólna zależność pomiędzy stosowaniem zamówień zagregowanych, a konkurencją pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dodatkowo, w ramach doprecyzowania problematyki wpływu agregacji zamówień na konkurencję, warto zasygnalizować występowanie zależności pomiędzy łączeniem zamówień, a dostępem do danego rynku dla MŚP. Kwestia ta bowiem pozwoli dokonać w ramach niniejszej pracy analizy drugiej tezy badawczej. Ważne, w mojej ocenie, jest również dokonanie krótkiej charakterystyki MŚP, albowiem wspomniana grupa

wykonawców stanowi swego rodzaju trzon gospodarki Polski i pozostałych państw członkowskich Unii Europejskiej.

2. Przyczyny oraz cele agregowania zamówień publicznych w Polsce i w Unii Europejskiej

Analizę przyczyn oraz celów, jakie mają spełniać zamówienia zagregowane, należy rozpocząć od rozważań dotyczących celów, które powinny spełniać ogólnie zamówienia publiczne. W odniesieniu do prawa UE podnosi się, że „zarówno w teorii zamówień publicznych, jak i w polityce państw członkowskich toczy się dyskusja, czy celem procedur zamówień publicznych jest wyłącznie maksymalizacja korzyści ekonomicznych dla zamawiających z danego zamówienia (cel pierwotny), czy też zamówienia publiczne powinny być również narzędziem polityki gospodarczej i społecznej państwa i instrumentem dla osiągnięcia innych, dodatkowych celów z zakresu polityki gospodarczej i społecznej (wtórnych wobec celu pierwotnego zamówień publicznych)”²⁸. Nie można zatem przyjąć, iż udzielanie zamówień ma wyłącznie jeden – ekonomiczny – cel polegający na dokonaniu jak najkorzystniejszego, z uwagi na wprowadzone kryterium (lub kryteria), wyboru. Omawiana problematyka ma znacznie bardziej złożony charakter.

W piśmiennictwie europejskim wyróżniono bowiem pięć podstawowych funkcji, jakie mogą pełnić zamówienia publiczne:

- pobudzanie poprzez wydatki rządowe popytu w okresie recesji i stymulowanie wzrostu gospodarczego, zgodnie z klasyczną koncepcją Keynesa,
- ochrona krajowego przemysłu przed konkurencją podmiotów zagranicznych,
- wzmacnianie konkurencyjności wybranych sektorów gospodarki, szczególnie tych, dla których głównym nabywcą jest państwo i jego instytucje,
- jako narzędzie polityki regionalnej – wspieranie rozwoju regionalnego poprzez lokowanie zamówień publicznych w regionach słabiej rozwiniętych,
- jako narzędzie polityki społecznej – tworzenie nowych miejsc pracy, promocja określonych kategorii podmiotów gospodarczych (np. małych i średnich przedsiębiorstw), wspieranie rozwoju ekonomicznego słabszych grup społecznych i przeciwdziałanie dyskryminacji²⁹.

²⁸ M. Lemke, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, wyd. 2, Warszawa 2001, s. 26.

²⁹ Por. J.M. Fernández Martín, *The EC Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford 1996, s. 45–49 oraz M. Lemke, *Zamówienia publiczne...*, s. 26.

Słusznie jednak podkreślono, że w ramach różnych systemów prawa zamówień publicznych kładzie się nacisk na inne przyczyny stosowania zamówień publicznych. Dla jednych podmiotów najważniejszym są aspekty ekonomiczne, natomiast dla innych – wdrażanie zasad równego traktowania wykonawców, co może objawiać się nawet skłonnością do zapłaty wyższego wynagrodzenia w celu wdrożenia tych wartości³⁰.

Dodatkowo wskazuje się, że „jednym z podstawowych celów prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej jest wprowadzenie jednolitych reguł na całym wspólnym rynku UE. Istotnym będzie znoszenie barier prawnych, jak i administracyjnych w odniesieniu do tzw. zamówień transgranicznych”³¹. Warto zatem zwrócić uwagę, iż w kontekście prawa UE występują inne cele stosowania zamówień publicznych niż w odniesieniu do krajowych porządków prawnych. Trudno bowiem byłoby uznać, iż głównym celem ustawy Pzp jest wprowadzenie jednolitych reguł na całym wspólnym rynku UE. Natomiast podstawowym zamierzeniem krajowych ustaw dotyczących zamówień publicznych, będzie z pewnością osiągnięcie określonych efektów ekonomicznych, jak również osiąganie dodatkowych celów krajowej polityki społeczno-gospodarczej, takich jak chociażby promocja wśród wykonawców tzw. pracowniczych form zatrudnienia.

Jeżeli natomiast chodzi o cele i przyczyny stosowania zamówień zagregowanych, to jak wskazują badania wykonane na zlecenie Komisji Europejskiej, łączne udzielanie zamówień ma na celu przede wszystkim spowodować wystąpienie oszczędności u zamawiających związane z mniejszymi kosztami przeprowadzenia postępowania i wykorzystanie efektu skali³². Chodzi w tym wypadku o uzyskanie korzyści finansowych płynących z połączenia zamówień (niższe koszty przeprowadzenia postępowania w stosunku do znacznego wolumenu zakupów) w ramach jednego postępowania.

Z prowadzonych badań wynika, że koszty prowadzenia postępowania są na dość wysokim poziomie w stosunku do udzielanych zamówień o małej wartości, natomiast stanowią niewielki udział w stosunku do zamówień o znacznej wartości³³. Oznacza to, że w interesie ekonomicznym zamawiających leży właśnie agregowanie zamówień.

³⁰ S. Arrowsmith, *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2012, s. 46–47, <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-cost-of-different-goals-of-public-procurement.pdf>, por. także S. Arrowsmith, *Public Procurement Regulation: An Introduction*, s. 4–19.

<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.

³¹ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 14.

³² Por. *SMEs' access to public procurement markets...*, s. 80.

³³ *Public Procurement in Europe...*, s. 5.

Dość jednoznacznie zatem wskazano, że cel ekonomiczny ma charakter dominujący i nadrzędny w stosunku do innych powodów, które są przyczyną agregowania zamówień. Bez wątplenia jednak również czynniki takie jak oszczędność czasu czy też profesjonalizacja procesu zakupów nie pozostają bez znaczenia dla faktu podejmowania decyzji o łączeniu zamówień. Dla przyczyn agregowania zamówień niewątpliwie mniej istotny będzie fakt np. kształtowania polityki społecznej, który ma znaczenie, co zostało już podkreślone, dla całego systemu zamówień publicznych.

Warte zauważenia jest, że zgodnie z wyżej wskazaną tezą, jednym z podstawowych celów prawa zamówień publicznych UE jest wprowadzenie jednolitych reguł na całym wspólnym rynku. Takie działanie może odbywać się m.in. poprzez stosowanie zamówień transgranicznych. Z kolei zamówienia te są instytucją prawną służącą łączeniu zamówień. Można zatem dojść do wniosku, że jednym z celów agregowania zamówień jest ujednolicanie reguł obowiązujących w ramach wspólnego rynku UE. Chodzi w tym wypadku oczywiście wyłącznie o agregowanie poprzez wykorzystanie zamówień transgranicznych. Trudno bowiem byłoby uznać, że celem stosowania agregowania w postaci wykorzystania umowy ramowej jest osiągnięcie jednolitych reguł w ramach wspólnego rynku Unii Europejskiej. Ujednolicenie rynku dla agregowania zamówień ma, w moim przekonaniu, znaczenie drugo- lub trzeciorzędne.

Jak wynika z wniosku Komisji Europejskiej z 2011 r. dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, zmiana dyrektyw unijnych w zakresie zamówień publicznych ma na celu m.in. poprawę skuteczności wydatków publicznych, aby zagwarantować możliwie najlepsze rezultaty zamówień pod względem relacji jakości do ceny. Oznacza to w szczególności uproszczenie i uelastycznienie obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych. Usprawnione i skuteczniejsze procedury będą korzystne dla wszystkich wykonawców i ułatwią uczestnictwo zarówno MŚP, jak i oferentom transgranicznym³⁴. Dodatkowo podkreślono, że „zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii «Europa 2020» jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia tych celów poprzez poprawę otoczenia biznesu i warunków wprowadzania innowacji w przedsiębiorstwach oraz poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych wspierających przejście na gospodarkę niskoemisyjną,

³⁴ Wniosek Komisji Europejskiej z dnia 20.12.2011 r., KOM(2011) 896 wersja ostateczna 2011/0438 (COD) DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY w sprawie zamówień publicznych, s. 2, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0896_/com_com\(2011\)0896_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0896_/com_com(2011)0896_pl.pdf).

efektywniej korzystając z zasobów”³⁵. Z powyższego wynika, że już przed wejściem w życie w 2014 r. nowej dyrektywy klasycznej dostrzeżono zagrożenia ekonomiczne, jako kluczowe dla wyznaczenia kierunku reformowania zamówień publicznych.

W nowej dyrektywie klasycznej wskazano wprost cele, które powinny zostać osiągnięte poprzez korzystanie z instrumentów agregacji zamówień. Już bowiem w preambule (motyw 59) wskazano, że „na unijnych rynkach zamówień publicznych rodzi się silna tendencja do agregacji zapotrzebowania przez publicznych nabywców w celu uzyskania ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, oraz w celu poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami. Można to uzyskać poprzez koncentrację zakupów pod względem liczby zaangażowanych instytucji zamawiających, bądź ilości i wartości w czasie. Agregacja i centralizacja zakupów powinny jednak być uważnie monitorowane w celu uniknięcia nadmiernej koncentracji siły nabywczej i zmonopolizacji oraz w celu zachowania przejrzystości i konkurencji, jak również możliwości dostępu do rynku dla MŚP”.

Dyrektywa zwraca zatem również uwagę na kilka podstawowych kwestii, związanych z zasadami prawidłowej agregacji zamówień. Po pierwsze, w przedmiotowym motywie preambuły wskazano na czynniki ekonomiczne, które mają wpływ na ukształtowanie zasad rządzących rynkiem zamówień publicznych. Po drugie, podkreślono, że istnieje korelacja pomiędzy potrzebą sumowania zamówień przez instytucje zamawiające w celu m.in. zmniejszenia kosztów prowadzenia postępowania oraz uzyskania korzystniejszych cen transakcyjnych, z uwagi na skumulowanie danego zamówienia w ramach jednego postępowania, a koniecznością wprowadzenia prawnych mechanizmów kontroli instytucji zamawiających z uwagi na wystąpienie ryzyka nadmiernej agregacji zamówień, co z kolei może przyczynić się do naruszenia konkurencji. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w wypadku niedopuszczenia w zamówieniu o znacznej wartości (zagregowanym) – ofert częściowych o realizację zamówienia będzie mógł rywalizować częstokroć jedynie podmiot znacznej wielkości lub też wystąpi konieczność szukania przez wykonawców innych rozwiązań pozwalających spełnić warunki udziału w postępowaniu (np. zawieranie umów konsorcjum). Omawiane działanie stanowi zatem przykład zagrożenia, o którym wspomniano w dyrektywie, może bowiem w tym wypadku dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, poprzez ograniczenie dostępu do rynku zamówień dla mniejszych przedsiębiorstw. Przedmiotowy

³⁵ *Ibidem*, s. 2.

problem nie powinien być zatem bagatelizowany, albowiem stanowi ważne zagadnienie i mechanizm regulowania rynku usług, dostaw i robót budowlanych w Unii Europejskiej.

W zakresie agregowania zamówień zauważono natomiast szereg pozytywnych skutków zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających, „w tym: korzyści skali, niższe koszty produkcji z korzyścią dla przedsiębiorstw i podatników europejskich, zwiększoną siłę nabywczą po stronie instytucji publicznych oraz możliwość łączenia przez nie umiejętności i wiedzy eksperckiej oraz podziału kosztów i ryzyka związanych z zamówieniami”³⁶. Powyższe rozważania pokazują, jak odmienne mogą być przyczyny agregowania zamówień w zależności od tego, czy mamy do czynienia z agregowaniem poprzez np. łączenie wielu zamawiających w ramach jednego postępowania, czy też wyłącznie skumulowanie zakupów przez jednego zamawiającego w ramach jednego postępowania.

Jeżeli chodzi o dominujące, w zakresie agregowania zamówień, ekonomiczne przyczyny związane ze wspomnianym wcześniej efektem skali, to mają one niewątpliwie wpływ na wszystkie sposoby agregowania zamówień. Zarówno bowiem w przypadku przeprowadzania postępowania przez centralnego zamawiającego, jak też w razie stosowania umowy ramowej, zamawiający może i powinien pobierać korzyści związane z tym efektem. W obydwu przypadkach ceny uzyskane przez zamawiającego mogą bowiem być znacznie niższe, niż w razie braku skorzystania z omawianych instrumentów prawnych. Ekonomiczna korzyść może przejawiać się nie tylko w uzyskaniu niższej ceny, ale przede wszystkim w niższych kosztach przeprowadzenia postępowania wynikających albo z faktu prowadzenia postępowania przez jeden podmiot w imieniu pozostałych, albo z faktu udzielenia zamówień zagregowanych przedmiotowo w ramach jednego postępowania.

Warto w tym kontekście zwrócić również uwagę na wskazany aspekt „wiedzy eksperckiej” jako jedną z przyczyn agregowania zamówień. Zauważono bowiem, że częstokroć „instytucje zamawiające nie dysponują wewnętrzną wiedzą specjalistyczną na potrzeby złożonych projektów dotyczących zamówień. Odpowiednie i niezależne wsparcie zawodowe ze strony struktur administracyjnych może istotnie poprawić rezultaty zamówień poprzez poszerzenie bazy wiedzy i zwiększenie profesjonalizmu publicznych nabywców oraz zagwarantować pomoc przedsiębiorstwom, w szczególności MŚP”³⁷. Należy jednak przyjąć, że wpływ wiedzy, czy też szeroko rozumiana profesjonalizacja zamówień (osiągana właśnie

³⁶ Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela, 27.1.2011, KOM(2011) 15 wersja ostateczna, s. 25, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/PL/1-2011-15-PL-F1-1.Pdf>.

³⁷ Wniosek Komisji Europejskiej z dnia 20.12.2011 r., KOM (2011) 896..., s. 13.

poprzez udział wiedzy ekspertów) ma związek nie ze wszystkimi metodami agregowania zamówień. W przeciwieństwie do aspektów ekonomicznych, które w mniejszym lub większym stopniu najczęściej stanowią przyczynę łączenia zamówień, pozyskanie wiedzy eksperckiej może stanowić przyczynę metod agregacji w znaczeniu podmiotowym, a zatem w zakresie, w którym w jednym postępowaniu biorą udział co najmniej dwie instytucje zamawiające. Jako przykład można bowiem podać zawarcie porozumienia przez kilka gmin, z których jedna ma największe doświadczenie i profesjonalne kadry do przeprowadzenia postępowania na odbiór odpadów. Oprócz niewątpliwie istotnego skutku ekonomicznego w postaci możliwości uzyskania lepszych cen (m.in. również poprzez zapobieżenie dokonania nieformalnego podziału danego rynku pomiędzy wykonawców odbierających odpady), ważny jest również skutek w postaci wzajemnej wymiany informacji i doświadczeń związanych z przeprowadzaniem zamówień o znacznym stopniu skomplikowania. Pozyskanie wiedzy eksperckiej będzie także najbardziej widocznym (obok ekonomicznego) czynnikiem podczas przeprowadzania postępowania przez centralnego zamawiającego, który powinien być podmiotem wyspecjalizowanym w przeprowadzaniu nawet najbardziej skomplikowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Trudno natomiast przyjąć, aby pozyskanie wiedzy eksperckiej miało związek z agregowaniem zamówień poprzez wykorzystanie instytucji umowy ramowej czy też dynamicznego systemu zakupów w sytuacji, w której zamawiającym jest jeden podmiot. Przy zamówieniach przeprowadzanych przez centralnego zamawiającego istotny będzie również element tzw. standaryzacji zamawianych dóbr lub usług, czyli występowania konieczności, aby zamawiane dla danej grupy wykonawców usługi lub produkty był jednakowej jakości.

W inny sposób, w stosunku do osiągnięcia efektu, którym jest pozyskanie wiedzy eksperckiej, należy potraktować ekonomiczny cel agregowania, jakim jest obniżenie kosztów prowadzonego postępowania. Obniżenie kosztów może bowiem nastąpić zarówno poprzez podział kosztów pomiędzy zamawiających (w ramach podmiotowego agregowania zamówień), jak również poprzez przedmiotowe zagregowanie zamówienia w czasie przez jednego zamawiającego i brak konieczności powtarzania (np. raz w roku) postępowania o udzielenie danego zamówienia. Należy również zauważyć, że obniżenie kosztów może nastąpić w ramach jednego postępowania, zarówno poprzez podział kosztów pomiędzy zamawiających, jak i zagregowanie zamówienia w czasie. Dopuszcza się bowiem stosowanie w ramach jednego postępowania agregacji w znaczeniu podmiotowo-przedmiotowym.

W dalszej kolejności należy wspomnieć o podziale ryzyka, będącym przyczyną agregowania zamówień, w znaczeniu podmiotowym. Przyczyna ta z oczywistych względów nie dotyczy w zasadzie przedmiotowego łączenia zamówień, ponieważ trudno byłoby uznać, że zamawiający „dzieli ryzyko” z innym podmiotem, udzielając samodzielnie zamówienia z wykorzystaniem instytucji umowy ramowej. Zmniejszenie ryzyka może w tym wypadku polegać, co najwyżej, na braku obowiązku zawierania przez zamawiającego umów wykonawczych po zawarciu umowy ramowej. Podział ryzyka przy zagregowaniu zamówień podmiotowo może mieć natomiast zasadnicze znaczenie zwłaszcza przy zamówieniach publicznych mających skomplikowany, innowacyjny charakter.

Konkludując, należy stwierdzić, że przyczyny agregowania zamówień są przede wszystkim ekonomiczne. Powodów łączenia zamówień w ramach jednego postępowania może być jednak kilka. Konkretnie przyczyny zależą m.in. od tego, czy mamy do czynienia z agregowaniem w znaczeniu podmiotowym czy też przedmiotowym. Jak wskazałem powyżej, poszczególne przyczyny agregowania zamówień nie dotyczą w zasadzie niektórych instrumentów agregowania (np. pozyskanie wiedzy eksperckiej nie ma znaczenia w kontekście podejmowania decyzji o skorzystaniu z instytucji umowy ramowej). Odmienne mogą być również przyczyny łączenia zamówień w kontekście prawa UE oraz prawa krajowego. W odniesieniu do tego pierwszego, dominująca wydaje się być unifikacja europejskiego rynku zamówień publicznych, a w odniesieniu do prawa krajowego pierwszorzędne znaczenie będą miały aspekty ekonomiczne.

3. Stosowanie instytucji agregowania zamówień publicznych w Unii Europejskiej

Oprócz analizy podstawowych przyczyn agregowania zamówień, w odniesieniu do krajowego porządku prawnego oraz do prawa UE, istotną kwestią w kontekście problematyki niniejszej dysertacji jest również wskazanie podstawowych różnic występujących w zakresie stosowania poszczególnych metod agregowania na przestrzeni lat w Unii Europejskiej oraz w zakresie korzystania z tych metod w poszczególnych państwach członkowskich UE. Przedstawione odrębności pokazują bowiem, że korzystanie z instrumentów prawnych służących agregowaniu zamówień zależy od wielu czynników, w tym w szczególności od kultury prawnej danego kraju. Wspomniane różnice pozwalają również zauważyć, że częstotliwość korzystania z metod agregacji nie jest stała i zmienia się na przestrzeni lat. Zmiany wynikają zapewne w szczególności ze zmian prawa następujących w czasie. Na marginesie należy również zauważyć, że dokonując analizy rynku zamówień publicznych Unii Europejskiej, warto

nadmienić, iż rynek ten obejmuje w wielu analizach zarówno państwa członkowskie UE, jak i inne kraje, które zawarły stosowną umowę z UE, ewentualnie ubiegające się o członkostwo w Unii Europejskiej.

Jako przykład istnienia wspomnianych rozbieżności dotyczących stosowania metod agregowania zamówień warto zaprezentować przede wszystkim różnice w odniesieniu do szeroko pojmowanych zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych. Na potrzeby poniższej analizy zamówienia scentralizowane należy rozumieć zarówno jako zamówienia, które przeprowadza centralny zamawiający, jak też zamówienia udzielane łącznie przez kilka podmiotów lub też jeden podmiot występujący w postępowaniu w imieniu pozostałych.

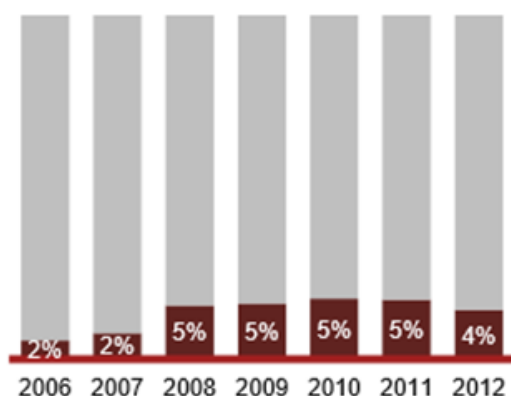
W piśmiennictwie europejskim wyróżniono cztery czynniki, które skutkują występowaniem różnic w stosowaniu powyżej wskazanych metod agregacji w zakresie zamówień publicznych udzielanych w poszczególnych państwach UE.

Po pierwsze, wskazuje się na środowisko kulturowe, tzn. kraje Europy Północnej i Północno-Zachodniej często wykazują skłonność do stosowania scentralizowanych zamówień oraz umów ramowych, natomiast kraje członkowskie UE z południa Europy zdecydowanie rzadziej stosują omawiane instytucje prawne. Drugim elementem, który przyczynia się do stosowania przedmiotowych instytucji prawnych, są oszczędności w zakresie kosztów przeprowadzania postępowania. Począwszy od 2008 r., zauważono tendencję do centralizacji zakupów, co miało związek z koniecznością szukania oszczędności przez zamawiających. Omawiane instytucje prawne miały na celu dokonanie obniżenia cen nabywanych dostaw, usług i robót budowlanych, poprzez zagregowanie zakupów i wykorzystanie efektu skali. Czynniki ekonomiczne są zatem powodem stosowania nie tylko zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych, ale – o czym była już mowa – wszystkich metod agregowania zamówień. Trzecim czynnikiem, który skłania do dokonywania wspomnianych działań, jest istnienie zamówień o określonym jednolitym poziomie standaryzacji (np. sprzęt biurowy zamawiany do wszystkich zamawiających tworzących tzw. wymiar sprawiedliwości). W tym zakresie wskazuje się, że np. w przypadku umów ramowych są one najczęściej używane do ujednoliconych dostaw. Wreszcie jeżeli chodzi o czwarty i zarazem ostatni czynnik skutkujący stosowaniem rzeczonych instytucji prawnych, istotna jest możliwość połączenia wiedzy i doświadczenia wielu podmiotów lub też skorzystanie z podmiotu zajmującego się stale określonymi rodzajami zamówień, a przez to podniesienie poziomu profesjonalizmu w zakresie

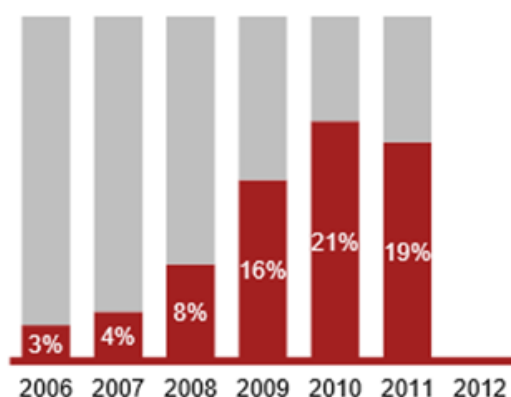
przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³⁸. Można w tym miejscu, w moim przekonaniu, zaryzykować przyjęcie zasadnej tezy, że wszystkie czynniki wyróżnione wyłącznie w odniesieniu do zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych mają w pewnym zakresie zastosowanie również do innych metod agregacji. Przykładowo bowiem stosowanie dynamicznego systemu zakupów, nie ujętego w powyższej analizie, może zależeć od czynników ekonomicznych, konieczności wprowadzenia standaryzacji usług czy też kultury prawnej danego kraju.

W kontekście czynników, które skutkują stosowaniem omawianych metod agregacji, warto zwrócić uwagę na zaprezentowany poniżej zmienny udział zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych w odniesieniu do ogólnej liczby zamówień publicznych w UE, zarówno w ujęciu wartościowym, jak i liczbowym³⁹.

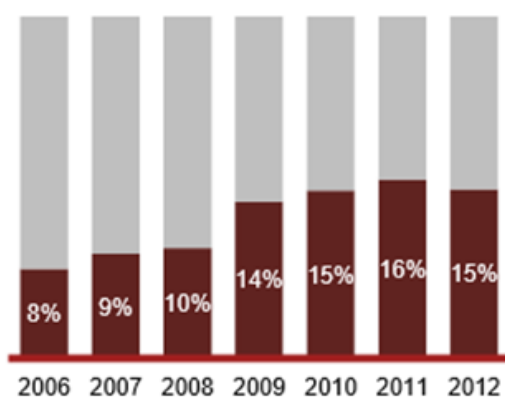
Procentowy udział zamówień scentralizowanych w ogólnej liczbie zamówień w UE (liczbowo)



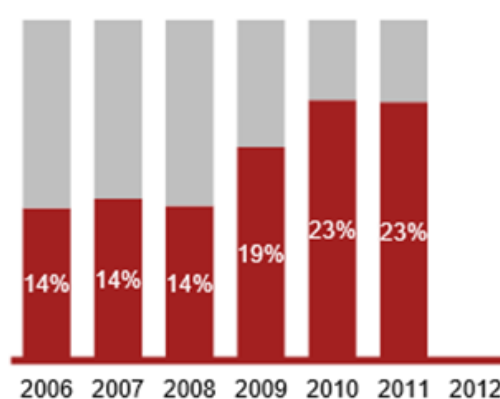
Procentowy udział zamówień scentralizowanych w ogólnej liczbie zamówień w UE (wartościowo)



Procentowy udział umów ramowych w ogólnej liczbie zamówień publicznych w UE (liczbowo)



Procentowy udział umów ramowych w ogólnej liczbie zamówień publicznych w UE (wartościowo)

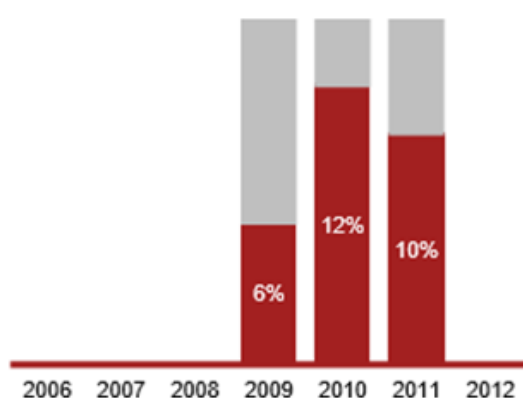


³⁸ Por. *SMEs' access...*, s. 7.

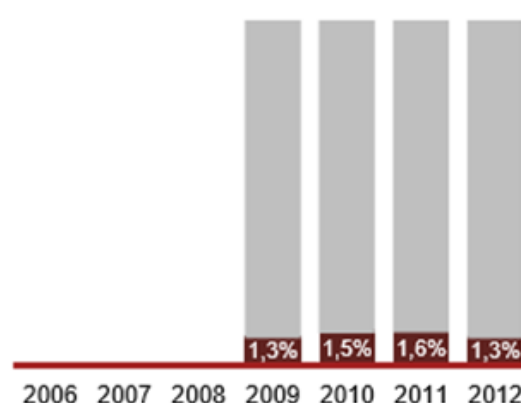
³⁹ Źródło: *Ibidem*, s. 82–83.

Analizie poddano również zamówienia zagregowane w sposób podwójny, a zatem z wykorzystaniem zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych w ramach jednego postępowania.

Procentowy udział łącznego wykorzystania scentralizowanych zamówień oraz umów ramowych w ogólnej liczbie zamówień w UE (wartościowo)



Procentowy udział łącznego wykorzystania scentralizowanych zamówień oraz umów ramowych w ogólnej liczbie zamówień w UE (liczbowo)



Jak wynika z przeprowadzonych badań, liczba postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ze stosowaniem umów ramowych przez zamawiających w ostatnich latach rosła. Począwszy od 2011 r., umowy ramowe stanowią prawie 25% całkowitej wartości wszystkich udzielonych w Unii Europejskiej zamówień powyżej tzw. progów unijnych⁴⁰. Jeżeli chodzi natomiast o liczbę udzielonych zamówień (z wykorzystaniem umowy ramowej), stanowią one jedno na sześć wszystkich udzielonych zamówień. W przypadku zamówień scentralizowanych należy zauważyć, że stanowią one około 20% całkowitej wartości zamówień udzielonych w latach 2009 i 2011. W przypadku tej metody agregacji nastąpił znaczny wzrost w ujęciu wartościowym. W wielu przypadkach agregowanie następuje, poprzez użycie zarówno

⁴⁰ Wysokość kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej określa Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz. U. z 2017 r., poz. 2479.

zamówień scentralizowanych jak i umów ramowych. Zauważa się również, że w UE więcej niż połowa wszystkich scentralizowanych zakupów jest wykonywana z jednoczesnym wykorzystaniem umów ramowych⁴¹.

Dodatkowo, istnieją znaczące różnice pomiędzy poszczególnymi krajami w zakresie wartości procentowej poszczególnych metod agregacji. Jeżeli chodzi o poszczególne kraje członkowskie UE, to przykładowo wysoki procent scentralizowania zakupów występuje w Wielkiej Brytanii, gdzie wartość procentowa kontraktów zawartych z wykorzystaniem zamówień scentralizowanych (opublikowanych w TED za lata 2010–2011) w stosunku do ogólnej wartości umów wynosiła 55%. Wysoki procent scentralizowania wykazały również m.in. Dania oraz Norwegia, w których badana wartość wyniosła odpowiednio 34% oraz 25,3%. Na przeciwnym biegunie znalazły się Portugalia oraz Bułgaria (odpowiednio 0,9% i 1%). W przypadku Polski wskaźnik ten wyniósł w tym okresie 2,3%⁴². Z kolei w innych badaniach ustalono wartość procentową umów ramowych zawieranych w Polsce w latach 2006–2010 w stosunku do pozostałych zamówień (publikowanych w TED) na poziomie 5% (w ujęciu ilościowym) i 4% w ujęciu wartościowym⁴³. Natomiast, jak wynika ze Sprawozdania UZP z 2010 r., na 189 919 udzielonych zamówień publicznych ogółem zostały zawarte jedynie 82 umowy ramowe⁴⁴. Z kolei przykładowo w 2015 r. w BZP opublikowano 50 ogłoszeń dotyczących zawarcia umowy ramowej⁴⁵.

Co interesujące, na przykładzie Wielkiej Brytanii widać wyraźnie, że należy odróżnić procentową wartość umów zawieranych z wykorzystaniem zamówień scentralizowanych od procentowej liczby umów (w stosunku do ogółu umów publikowanych w TED), która w wypadku tego kraju wynosi zaledwie 12%. Różnica wynika z faktu, że wielokrotnie zamówienia scentralizowane mają znacznie większą wartość niż pozostałe zamówienia⁴⁶.

Inne badania przeprowadzone w latach 2006–2010, które wzięły pod uwagę zamówienia publiczne ogłaszane w 27 państwach UE oraz 3 państwach EOG, pokazują, że najbardziej popularną metodą agregowania zamówień są umowy ramowe stanowiące 11% zawieranych umów (w ujęciu liczbowym) i 17% w ujęciu wartościowym. Z kolei zamówienia

⁴¹ *Ibidem*, s. 7.

⁴² *Ibidem*, s. 85.

⁴³ Por. *Public Procurement in Europe...*, s. 38.

⁴⁴ Por. Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych z 2010 r. w zakresie zamówień publicznych ogłaszanych z Biuletynie Zamówień Publicznych, <http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.

⁴⁵ Por. Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych z 2015 r. w zakresie zamówień publicznych ogłaszanych z Biuletynie Zamówień Publicznych, <http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.

⁴⁶ *SMEs' access to public procurement markets...*, s. 86.

scentralizowane stanowiły łącznie odpowiednio 4% i 12%. Badania te, co szczególnie istotne, objęły również dynamiczny system zakupów. Jeżeli chodzi o tę ostatnią metodę, wartości te oscylowały na poziomie 1,1% i 0,7%. Jednocześnie podkreślono, że ta technika agregowania jest bardzo rzadko stosowana, a niewielka liczba ogłoszeń może być dodatkowo obciążona błędami, przez co podanie wiarygodnych danych jest utrudnione⁴⁷. Interesujące jest również, że wszystkie metody agregowania zamówień są stosowane znacznie częściej z wykorzystaniem niekonkurencyjnych trybów postępowania, niż przy zastosowaniu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego⁴⁸.

Z powyższego wypływa szereg wniosków, z których kilka jest szczególnie istotnych. Po pierwsze, można zaobserwować nieznaczny wzrost opisywanych metod agregacji zamówienia w ostatnich latach. Po drugie, wspomniane metody są wielokrotnie stosowane łącznie. Po trzecie, istnieją znaczące różnice pomiędzy różnymi krajami członkowskimi UE. Mniej istotne są poszczególne wartości, których, jak wskazują nawet sami autorzy badań, wiarygodność może być podważana (chodzi o wspomniane wcześniej dane dotyczące dynamicznego systemu zakupów), ważniejsza jest tendencja wzrostowa oraz pokazanie, że metody agregowania zamówień są stosowane w różnym stopniu w poszczególnych krajach. Wyniki badań różnią się także w zależności od metody badawczej, a przede wszystkim od tego, czy badaniu podlegają zamówienia publikowane w TED, czy też w krajowych publikatorach. W mojej ocenie, wyższa wartość procentowa zamówień zagregowanych (w stosunku do ogólnej wartości zamówień) będzie miała miejsce w przypadku analizy TED, niż analizy w szczególności Biuletynu Zamówień Publicznych. Jest to związane z faktem, że zagregowanie zamówienia powoduje, że częstokroć dane zamówienie osiąga wartość powyżej tzw. progów unijnych, co wiąże się z koniecznością jego publikacji w unijnym publikatorze.

Omawiane dane skłaniają jednak do konkluzji, że metody agregowania zamówień stają się coraz bardziej popularne i powszechne w zastosowaniu. Przykładowo, jeżeli chodzi o umowy ramowe, to największy wzrost odnotowano we Francji i Hiszpanii. W większości krajów odnotowywany jest również wzrost agregowania zamówień w znaczeniu podmiotowym⁴⁹.

Jest, w mojej ocenie, wysoce prawdopodobne, że opisywany proces będzie postępował w tym kierunku. Po pierwsze, na mocy nowej dyrektywy klasycznej rozbudowano możliwości

⁴⁷ Por. *Public Procurement in Europe...*, s. 22–23.

⁴⁸ Por. *Ibidem*, s. 25.

⁴⁹ Por. *Ibidem*, s. 5.

korzystania przez zamawiających z metod agregowania zamówienia, a po drugie, ekonomiczne skutki korzystania z łączenia zamówień wydają się być dla zamawiających obecnie bardzo istotne. Już jednak kilkanaście lat temu wskazywano, że zamawiający coraz częściej korzystają z zamówień scentralizowanych oraz umów ramowych, albowiem wpływ na to mają przede wszystkim korzyści ekonomiczne oraz większa możliwość przestrzegania przepisów w tym zakresie⁵⁰.

W odniesieniu do polskiego systemu zamówień publicznych warto nadmienić, że w zasadzie nie stosowaną instytucją służącą agregowaniu zamówień był dotychczas dynamiczny system zakupów. Przykładowo, zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2010 r., opublikowano 10 ogłoszeń o ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów⁵¹. Z kolei w 2015 r. były tylko 3 takie ogłoszenia⁵². Widać zatem wyraźnie, że udział poszczególnych metod agregowania zamówień w szeroko rozumianym rynku jest niejednorodny.

Reasumując, należy zauważyć, że korzystanie z poszczególnych metod agregowania zamówień jest odmienne w odniesieniu do poszczególnych państw członkowskich UE i zależy od wielu czynników, w tym zwłaszcza od regulacji wewnętrznych i kultury prawnej danego kraju. W kontekście problematyki niniejszej pracy konkretne liczby nie są istotne, ważne jest natomiast zobrazowanie istnienia różnic oraz fakt występowania tendencji, zgodnie z którą techniki agregowania zamówień wydają się być coraz bardziej popularnym instrumentem prawnym wykorzystywanym w praktyce przez zamawiających. Teza ta zdaje się być potwierdzona rozwojem regulacji unijnych dotyczących omawianej problematyki, albowiem metody agregowania zamówień były znacznie skromniej uregulowane (niż obecnie) w poprzednio obowiązującej dyrektywie klasycznej.

4. Wpływ agregowania zamówień publicznych na konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Stosowanie instrumentów prawnych, mających na celu zagregowanie zamówienia, może mieć niewątpliwy wpływ na konkurencję występującą w ramach postępowania o udzielenie

⁵⁰ Por. *Evaluation of Public...*, s. V.

⁵¹ Por. Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych z 2010 r. w zakresie zamówień publicznych ogłaszanych z Biuletynie Zamówień Publicznych, <http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.

⁵² Por. Sprawozdanie Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych z 2015 r. w zakresie zamówień publicznych ogłaszanych z Biuletynie Zamówień Publicznych, <http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.

zamówienia publicznego. Wspomniane działanie niesie bowiem ze sobą ryzyko ograniczenia konkurencji wśród wykonawców, albowiem może spowodować w szczególności uniemożliwienie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotom niespełniającym warunków udziału, które z uwagi na zagregowaną wartość zamówienia są trudne do spełnienia przez część przedsiębiorców. Istnieje zatem niewątpliwie zależność pomiędzy instytucjami prawnymi służącymi do zagregowania zamówienia, a zjawiskiem konkurencji. Jest to, w mojej ocenie, podstawowy negatywny efekt, który może nieść ze sobą agregowanie zamówień dla rynku zamówień publicznych.

Problematyka konkurencji ma oczywiście zasadnicze znaczenie dla całej gospodarki. Przyjmuje się bowiem, że „konkurencja napędza postęp, sprzyja innowacyjności i zmianom gospodarczym. Wpływa bezpośrednio na poprawę jakości towarów i usług, reguluje ceny, napędza wzrost gospodarczy”⁵³.

Jak podaje *Słownik języka polskiego*, konkurencja to w szczególności „rywalizacja, współzawodnictwo między poszczególnymi osobami lub grupami zainteresowanymi w osiągnięciu tego samego celu”⁵⁴. Jeżeli chodzi natomiast o definicję konkurencji na gruncie stosunków gospodarczych, to, w mojej ocenie, najtrafniejszym określeniem omawianego zjawiska jest sformułowana teza, że „konkurencja to rywalizacja co najmniej dwóch przedsiębiorców w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, ale z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi”⁵⁵. Abstrahując od definicji wyrażonych zarówno w języku prawniczym, jak i zawartych w publikacjach, związanych z poszczególnymi dziedzinami wiedzy, należy zauważyć, że konkurencja znajduje swoje uregulowanie zarówno w języku prawnym UE, jak i prawie krajowym.

W prawie UE konkurencja jest uregulowana przede wszystkim w prawie pierwotnym, a mianowicie w Traktacie o Unii Europejskiej oraz w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁶. Warto zaznaczyć, że TFUE nie zawiera regulacji, które wprost odnoszą się wyłącznie do zamówień publicznych. Jednakże „podstawowe zasady, które należy stosować w procesie udzielania zamówień publicznych, mają swoje umocowanie w przepisach dotyczących prawa gospodarczego Unii Europejskiej, a ściślej swobody przepływu towarów (art. 28–37 TFUE), prawa przedsiębiorczości (art. 49–55 TFUE), swobody świadczenia usług (art. 56–62 TFUE), a także w ogólnych pryncypiach działań UE zakazujących dyskryminacji oraz

⁵³ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 16.

⁵⁴ *Słownik języka polskiego...*, s. 929.

⁵⁵ S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 232.

⁵⁶ Dz.U. UE C 326, 26.10.2012, s. 0001–0390.

nakazujących znoszenie nierówności we wszystkich dziedzinach (art. 8–10 oraz art. 18 TFUE)⁵⁷.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt b TFUE Unia Europejska ma wyłączną kompetencję w zakresie ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Jeżeli chodzi natomiast o prawo zamówień publicznych UE, to kwestia konkurencji została również ujęta na gruncie nowej dyrektywy klasycznej. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 dyrektywy instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Jak podnosi się w piśmiennictwie, „z całokształtu przepisów unijnych płynie wniosek, że naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych w aspekcie międzynarodowym jest zasada swobodnego przepływu towarów, swobodnego świadczenia usług, swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość i zakaz utrudniania konkurencji”⁵⁸. Z art. 18 nowej dyrektywy klasycznej wynika przede wszystkim obowiązek równego traktowania wykonawców (z zastrzeżeniem, że dotyczy on wykonawców mających miejsce zamieszkania i siedzibę na terenie UE, jak również na terenie państw, z którymi UE zawarła stosowną umowę międzynarodową). Oprócz obowiązku równego traktowania, nałożono na zamawiających zakaz stosowania dyskryminacji zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej.

Na marginesie można zauważyć, że ETS w jednym z orzeczeń umożliwił niestosowanie m.in. zasady ochrony konkurencji w odniesieniu do tzw. zamówień bagatelnych, które mają niewielką wartość⁵⁹. Za dominujący należy jednak uznać pogląd, zgodnie z którym brak jest granicy wartościowej dla stosowania bądź niestosowania podstawowych zasad traktatowych, w tym zasady ochrony konkurencji⁶⁰. Dla problematyki zamówień zagregowanych kwestia ta może mieć jednak znaczenie drugorzędne zwłaszcza w przypadku, w którym agregacja zamówień powoduje znaczne zwiększenie ich wartości, co z kolei implikuje najczęściej

⁵⁷ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, s. 10.

⁵⁸ P. Granecki, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, art. 7, Warszawa 2016, Legalis.

⁵⁹ Por. ETS w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de Botti, Dz.Urz. UE C 217 z 3.09.2005, s. 7.

⁶⁰ Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 19.

konieczność wyłączenia danego zamówienia z grupy tzw. zamówień bagatelnych. Istotne jest natomiast, że zasada ochrony konkurencji uregulowana w TFUE może być bezpośrednio stosowana w państwach członkowskich; zasada ta była ujmowana w rozmaity sposób w wielu kolejnych dyrektywach i jest obecnie jednym z filarów zamówień publicznych w UE.

Jeżeli chodzi o polski porządek prawny, to szeroko rozumiana problematyka konkurencji, a w zasadzie jej ochrony, ma swoje podstawy zarówno w Konstytucji, jako element społecznej gospodarki rynkowej, opartej na wolności działalności gospodarczej⁶¹, jak też w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa⁶². Zasada wolności gospodarczej oznacza bowiem m.in. możliwość prowadzenia działalności w warunkach uczciwej konkurencji, a jej ograniczenie, jak wynika z art. 22 Konstytucji, powinno następować wyłącznie w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny⁶³.

Zasada uczciwej konkurencji została uregulowana w Polsce przez dwa akty prawne: ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁴ oraz ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁶⁵. Wskazuje się, iż celem pierwszej z wymienionych ustaw jest „zapewnienie prawidłowości funkcjonowania i działania podmiotów gospodarczych w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na wolnych prawach poprzez wyeliminowanie wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy bądź ów interes naruszających”⁶⁶. Jeżeli chodzi natomiast o drugi ze wspomnianych aktów prawnych, to jego celem jest w szczególności określenie warunków rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasad podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów poprzez działania administracyjnoprawne realizowane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁶⁷.

Problematyka zasady ochrony konkurencji (zwana poniżej również zasadą uczciwej konkurencji lub zasadą zachowania uczciwej konkurencji) została uregulowana także wprost w

⁶¹ Por. art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁶² Por. art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.).

⁶³ Por. wykładnię Trybunału Konstytucyjnego dotyczącą pojęcia „ważny interes publiczny” dokonaną w wyroku z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12, OTK-A 2014/9/102 (Dz.U. z 2014 r. poz. 1458).

⁶⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

⁶⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.).

⁶⁶ Tak: Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt V ACa 5/12, Lex nr 1171259.

⁶⁷ Por. uwagi K. Kohutka do art. 31 OchrKonkKU, [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, 2014, Lex.

ustawie Pzp. Kwestia ta wydaje się oczywista, zwłaszcza biorąc pod uwagę znaczenie systemu zamówień publicznych dla funkcjonowania gospodarki oraz wyżej wspomnianą konstytucyjną zasadę wolności działalności gospodarczej opartej na społecznej gospodarce rynkowej. Mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 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. Odnosnie do zasady uczciwej konkurencji należy przede wszystkim zauważyć, że „ustawodawca wymienił ją na pierwszym miejscu nieprzypadkowo. Jest to jedna z podstawowych reguł postępowania i, jak wynika z orzecznictwa w sprawach o zamówienie publiczne, jej nieprzestrzeganie jest jedną z najczęstszych przyczyn wzruszania decyzji zamawiających”⁶⁸.

Jednocześnie podnosi się, że „zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych. Do jej przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został zobowiązany zamawiający. Po pierwsze, zamawiający jest zobligowany przestrzegać zasady uczciwej konkurencji przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak zostało to wskazane powyżej, jest to zagwarantowane przez ustawę Pzp. Po drugie, zamawiający eliminuje z postępowania tych wykonawców, których zachowanie w postępowaniu godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ale także uwzględnienia pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych”⁶⁹.

Tak więc, zakaz utrudniania uczciwej konkurencji (czy też nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji) powinien w zakresie postępowań zagregowanych przejawiać się przede wszystkim w stworzeniu przez zamawiającego wykonawcom jednakowych warunków udziału, które nie utrudniałyby dostępu do zamówienia jakimukolwiek podmiotowi. Zamawiający, poprzez zagregowanie zamówienia, może nałożyć na wykonawców obowiązek spełnienia warunków udziału, które będą zbyt wygórowane w odniesieniu do jego potrzeb, a zasadność ich ustalenia na wysokim poziomie będzie wynikała wyłącznie z faktu zagregowania zamówienia. Przy zagregowaniu zamówień może również dojść do naruszenia zasad uczciwej

⁶⁸ P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135.

⁶⁹ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, 2015, Legalis.

konkurencji przez wykonawców bez świadomej ingerencji we wskazane działanie przez zamawiającego, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszej pracy.

Dokonując analizy ustawy Pzp w odniesieniu do wyżej wspomnianych aktów prawnych opisujących w ramach krajowego porządku prawnego zagadnienie konkurencji, należy zauważyć, że kwestia zakazu ograniczania konkurencji, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp, powinna być interpretowana w powiązaniu zarówno z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w art. 5–17d u.z.n.k. wymieniono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera szereg działań, które mogą stanowić na gruncie ustawy Pzp działanie naruszające konkurencję. Omawiany akt prawny zawiera również klauzule generalne, jak chociażby wspomniane wyżej „działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami”, przez co katalog ewentualnych naruszeń może być bardzo szeroki.

Co jednak istotne, w piśmiennictwie podkreśla się, że niedopuszczalne jest odnoszenie „obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych wyłącznie do przedsiębiorców. Stałoby to w rażącej sprzeczności przede wszystkim z zasadą równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także samą ideą uczciwej konkurencji, gdyby za niedopuszczalne i eliminujące z postępowania uznawano pewne czyny niektórych wykonawców (przedsiębiorców) przy jednoczesnym dopuszczeniu takich zachowań przez wykonawców, którzy statusu przedsiębiorcy nie posiadają”⁷⁰. Stanowisko to zostało potwierdzone również z orzecnictwie Sądu Najwyższego⁷¹. Oznacza to, że obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych należy interpretować maksymalnie szeroko.

Jeżeli chodzi natomiast o czyny nieuczciwej konkurencji, które występują w odniesieniu do prawa zamówień publicznych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to przykładowo podnosi się, że „jako czyn nieuczciwej konkurencji jest kwalifikowane zawarcie porozumienia przetargowego. Artykuł 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonkKU stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie

⁷⁰ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 60–61.

⁷¹ Postanowienie SN z dnia 5 marca 2002 r., sygn. akt I CZ 4/02, Lex nr 55233.

w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Wskazana praktyka godzi w cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty”⁷². Zakazane są zatem, w mojej ocenie, również porozumienia pomiędzy zamawiającymi, którzy wskutek zagregowania zamówienia, poprzez jego łączne udzielenie, mają zamiar utrudnić dostęp do rynku np. danemu wykonawcy lub grupie wykonawców. Istnieje zatem niewątpliwie związek pomiędzy stosowaniem zamówień zagregowanych, a potrzebą ochrony konkurencji poprzez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Chociaż wydaje się, że częstszym przypadkiem będzie istnienie porozumień pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w danym postępowaniu, to nie można wykluczyć również istnienia tego typu porozumień pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym, czy też wreszcie pomiędzy samymi zamawiającymi. W tym ostatnim przypadku zagregowanie zamówienia może być jedną z metod, które prowadzą w sposób pośredni do wykluczenia z rynku danej grupy wykonawców. W takiej bowiem sytuacji bezpośrednim celem, czy też przyczyną zagregowania zamówienia będzie zamierzenie osiągnięcia korzystnych skutków ekonomicznych, a uniemożliwienie konkurowania o dane zamówienia określonej grupie wykonawców nastąpić może niejako „przy okazji”. W tym przypadku celem może być wykluczenie określonej grupy wykonawców (lub wykonawcy) z postępowania, a zagregowanie zamówienia będzie wówczas jedynie pretekstem do podjęcia przedmiotowych działań.

Jednym z wyróżnianych w piśmiennictwie przykładów zmowy przetargowej jest również składanie ofert podziałowych, które mają związek z dokonaniem pomiędzy wykonawcami podziału rynku zamówień publicznych⁷³. „Możliwość składania ofert podziałowych może być ułatwiona dzięki warunkom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy jest przewidziany podział zamówienia na części. Wówczas oferty wykonawców zostają złożone na poszczególne zadania tak, aby ze sobą nie konkurowały. Uczestnicy zmowy przetargowej mogą umówić się, na rejony, w których zostaną przez nich złożone oferty”⁷⁴. Przypadek ten pokazuje, że naruszenie konkurencji może być paradoksalnie spowodowane nawet zastosowaniem przez zamawiającego metody, która ma przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, a przez to również przeciwdziałać naruszaniu zasady uczciwej

⁷² M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*

⁷³ Por. M. Sieradzka, *Przestępstwo zmowy przetargowej*, Warszawa 2016, s. 9.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 9.

konkurencji. Oczywiście oprócz zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami możliwe jest również wystąpienie takiego zjawiska pomiędzy zamawiającym a wykonawcą⁷⁵.

Powyżej wskazany przykład obrazuje również, że zagadnienie ochrony konkurencji jest niezwykle złożone i w przypadku podejrzenia istnienia naruszenia, każdy przypadek powinien być indywidualnie badany. Z jednej strony może bowiem wystąpić sytuacja zamawiającego, który po zagregowaniu zamówienia, chcąc uniknąć zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji, dopuści w postępowaniu możliwość składania ofert częściowych, natomiast dojdzie do naruszenia zasady ochrony konkurencji wskutek działalności poszczególnych wykonawców, którzy uzgodnią pomiędzy sobą nieformalny podział danego rynku. Wówczas trudno jednak przypisać zamawiającemu winę w zakresie stosowania prawa zamówień publicznych, nie ponosi on bowiem odpowiedzialności za działania i zaniechania wykonawców. Z kolei w przypadku odstąpienia od podziału zamówienia na części, przy zastosowaniu instytucji służących do agregacji, może, na co już wskazano wcześniej, dojść do naruszenia zasady ochrony konkurencji, poprzez faktyczne wykluczenie części wykonawców z danego rynku. W tym wypadku to zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za takie działanie. Na marginesie należy zauważyć, że pomimo zmian mających na celu upowszechnienie podziału zamówienia na części wśród zamawiających aktualny pozostaje pogląd, zgodnie z którym wykonawcom nie przysługują roszczenia o podział danego zamówienia na części⁷⁶. W omawianym kontekście wart zauważenia jest również pogląd wyartykułowany na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o zamówienia publicznych, który wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie. Zakwestionował on stanowisko, że niedopuszczenie przez zamawiającego możliwości składania ofert częściowych narusza zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem może ograniczać udział poszczególnych podmiotów w postępowaniu⁷⁷. Z kolei w jednym z orzeczeń ETS podniósł, że dyskryminacja przedsiębiorców zagranicznych może polegać w szczególności na dzieleniu zamówienia na mniejsze części, a wskutek tego na pominięciu publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym WE⁷⁸. Omawiane orzeczenia pokazują, jak wieloaspektowym zagadnieniem jest ochrona konkurencji, również w kontekście agregowania zamówień.

⁷⁵ Por. definicję zmowy przetargowej wskazaną w wyroku KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1874/10, Legalis nr 364414.

⁷⁶ Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 319; szerzej na ten temat w rozdziale VI pracy.

⁷⁷ Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V CA 1213/02, Lex nr 126514.

⁷⁸ Wyrok ETS z dnia 5 października 2000 r., C-16/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, Zb. Orz. 2000, s. I-8315, ETS.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów pełni ważną rolę w zakresie kontroli przestrzegania zasady uczciwej konkurencji również na gruncie prawa zamówień publicznych. W odniesieniu bowiem do omawianego zagadnienia UOKiK już w 2013 r. wskazał na szereg propozycji, które powinny poprawić konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo, zdaniem tego organu, jednym z działań, które należałoby podjąć, jest wprowadzenie ograniczeń w stosowaniu kryteriów odnoszących się do wielkości przedsiębiorcy. W raporcie z 2013 r. podniesiono w szczególności, że „aktywność tych podmiotów mogłoby zwiększyć również ograniczenie możliwości stosowania przez organizatorów wymogów odnoszących się do wielkości przedsiębiorstwa, mierzonej m.in. wielkością jego obrotów. Stosowanie takiego kryterium może bowiem stanowić istotną barierę wejścia, a przedmiot zamówienia może nie mieć związku z dotychczasową skalą działalności przedsiębiorcy. Zastosowanie kryteriów takich jak wielkość obrotów powinno więc być możliwe jedynie w ściśle uzasadnionych przez zamawiającego przypadkach i powinno mieć związek z przedmiotem zamówienia”⁷⁹. Zatem, jak wynika pośrednio z przywołanego raportu, po pierwsze, agregowanie zamówienia może również przyczynić się do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Po drugie, działania naruszające konkurencję mogą mieć wpływ w szczególności na MŚP, a zwłaszcza na mikro- i małe przedsiębiorstwa, które często nie są w stanie spełnić warunków postawionych w postępowaniu (wielkość obrotów powinna być proporcjonalna do wielkości zamówienia, zatem w razie jego zagregowania obroty przedsiębiorstwa mogą być wymagane w znacznej wysokości). Na marginesie należy wskazać, że tezy UOKiK mające skłonić m.in. ustawodawcę do podjęcia działań ograniczających możliwości stosowania przez zamawiających wymogów odnoszących się do wielkości przedsiębiorstwa nie do końca przyniosły właściwy skutek na gruncie regulacji wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r., nowelizującą ustawę Pzp, o czym świadczy chociażby art. 22c ustawy Pzp, normujący powiązanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej z wielkością rocznego obrotu wykonawców.

Innym przykładem współzależności zagadnienia ochrony konkurencji ze stosowaniem agregacji zamówień, a jednocześnie istnienia niedopuszczalnych porozumień zawartych wertykalnie (między zamawiającym a wykonawcami) jest związek pomiędzy występowaniem znacznej (w ujęciu wartościowym) agregacji zamówienia, a porozumieniami, których skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Otóż przedsiębiorcy niespełniający

⁷⁹ Raport – System Zamówień Publicznych a Rozwój konkurencji w gospodarce, UOKiK, Warszawa 2013, s. 88.

samodzielnie warunków udziału w postępowaniu (z uwagi na powiązanie „wyśrubowanych” warunków udziału z zagregowaną wartością zamówienia w danym postępowaniu) mogą zawrzeć konsorcjum w celu spełnienia przedmiotowych warunków, ale jednocześnie również w celu uniemożliwienia udziału innym przedsiębiorcom w zamówieniu (np. konsorcjum utworzone w porozumieniu z zamawiającym). W takiej sytuacji wykonawca, który nie pozostaje w zmwie z wykonawcami – uczestnikami konsorcjum oraz zamawiającym nie ma bowiem możliwości spełnienia warunków udziału, choć pozornie postępowanie jest przeprowadzane zgodnie z prawem.

W kontekście obowiązku przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz związanej z nią zasady równego traktowania wykonawców, warto zwrócić uwagę na fakt, że „ustalenie zakresu zasady równego traktowania wykonawców może budzić wątpliwości. Zakres stosowania zasady w przyjętych w prawie zamówień publicznych konstrukcjach prawnych odnoszony jest do poszczególnych rodzajów zamówień oraz uwzględnia specyfikę zamówień o różnych wartościach progowych. Ustawodawca w ten sposób uznał, że zasada równego traktowania nie może być jednakowo rozumiana w zamówieniach drobnych (niskiej wartości) i wielomilionowych. Jednocześnie w piśmiennictwie formułowane są poglądy wskazujące, iż radykalne (kategoryczne) stosowanie zasady równego traktowania czy uczciwej konkurencji może powodować podobne zjawiska patologiczne, jak nieprzestrzeganie tych zjawisk w ogóle”⁸⁰. Przykładowo podnosi się, że „brak możliwości odstąpienia zamawiającego od zasady na rzecz dostawców krajowych, miejscowych czy inaczej oznaczonych skutkuje wypchnięciem mniejszych podmiotów z rynku zamówień publicznych i swoistą «monopolizacją» tego segmentu przez dużych wykonawców. W ostateczności mali stają się podwykonawcami, a to prowadzi do wielu działań niekorzystnych z gospodarczego punktu widzenia, np. nieregulowania należności czy finansowania przedsięwzięć kosztem podwykonawców. Wielu tych zjawisk można by uniknąć przy bardziej elastycznym widzeniu uczciwej konkurencji. Symptomy takiego myślenia wydają się potwierdzać zmiany wprowadzane do ustawy, które wprost nie ograniczają zasady wolnej konkurencji, ale pozwalają dzielić zamówienie, aby stworzyć sytuację sprzyjającą wykonaniu zamówienia, np. art. 6a ustawy Pzp”⁸¹. Na marginesie można jedynie wskazać, że wspomniany art. 6a ustawy Pzp był dotychczas wielokrotnie

⁸⁰ T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 164.

⁸¹ Z. Czarnik, [w:] S. Babiarsz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2013, s. 125.

niewłaściwie stosowany, co miało w rzeczywistości umożliwić zamawiającemu uniknięcie stosowania ustawy Pzp, a nie wprowadzić szerszy dostęp do zamówienia dla MŚP⁸².

Zgodnie z powyżej wskazanym poglądem można zatem postawić tezę, że m.in. mikro- i małe przedsiębiorstwa powinny być w pewien sposób faworyzowane poprzez wprowadzenie korzystnych dla nich uregulowań. Jeżeli chodzi natomiast o faworyzowanie wykonawców z danego kraju, nie jest to działanie zupełnie dotychczas niespotykane. Przykładowo, Parlament Europejski w 2007 r. przyjął rezolucję, z której wynikało podjęcie działań ukierunkowanych na ochronę przedsiębiorców z terenów państw członkowskich UE. PE wskazał w szczególności, że „zaleca w związku z tym Komisji i Radzie włączenie do ponownie wynegocjowanej w WTO umowy w sprawie zamówień publicznych szczególnego odstępstwa umożliwiającego UE preferowanie własnych MŚP przy przyznawaniu zamówień publicznych, podobnego do tego, jaki przyznają swoim MŚP niektóre duże państwa sygnatariusze umowy, jak Japonia oraz Stany Zjednoczone”⁸³. Wydaje się, iż ewentualne wprowadzanie takich regulacji na gruncie krajowych systemów prawnych może mieć duże znaczenie dla wykonawców zwłaszcza przy zagregowanych zamówieniach transgranicznych, gdzie przedmiotowe protekcyjistyczne postanowienia mogą mieć znaczący wpływ na konkurencję.

Jeżeli chodzi o krajowy system zamówień publicznych, to przed nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. ustawa Pzp nakazywała równe traktowanie wykonawców, niezależnie od tego, czy wykonawca jest podmiotem mającym miejsce zamieszkania lub siedzibę w kraju członkowskim UE czy też innym kraju, który zawarł z UE stosowną umowę międzynarodową⁸⁴. Polskie regulacje nie zawierały zatem protekcyjistycznych postanowień w tym zakresie. Obecnie, na podstawie wyżej wskazanej nowelizacji, wprowadzono do ustawy Pzp art. 7 ust. 1a, zgodnie z którym 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

⁸² Por. Najwyższa Izba Kontroli – Informacja o wynikach kontroli, Udzielanie zamówień publicznych na usługi zewnętrzne przez podmioty sektora publicznego, Warszawa, 26 czerwca 2015 r., s. 8/9, por. też J. Wysocki, *Podział zamówienia a szacowanie wartości*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 9, s. 16–19.

⁸³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 22 maja 2007 r. w sprawie Europy w czasach globalizacji – zewnętrzne aspekty konkurencji (Dz.U. UE C 102 E z 24.04.2008 r., pkt 78).

⁸⁴ Taką umową jest w szczególności GPA, czyli tzw. porozumienie w sprawie Zakupów Rządowych – stanowi wielostronną umowę, która została zawarta w ramach Światowej Organizacji Handlu, por. D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 18, por. też P. Nowicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, R. Jędrzejewski, P. Nowicki i in., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 53.

korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. Postanowienie to oznacza, że ustawodawca krajowy wprowadził, z uwagi na postanowienia art. 25 nowej dyrektywy klasycznej, pewien rodzaj protekcjonizmu gospodarczego odnoszący się do państw członkowskich UE oraz państw, z którymi Unia Europejska ma zawarte umowy międzynarodowe. Krajowi zamawiający mają zatem dość spory zakres swobody przy ustalaniu warunków udziału wykonawców, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w kraju nienależącym do grupy, o której mowa powyżej.

Reasumując, zagadnienie ochrony konkurencji jest złożone i ma niewątpliwie zasadniczy wpływ na poprawność zagregowania zamówień publicznych. Analizując kwestię zakazu ograniczenia uczciwej konkurencji w odniesieniu do ustawy Pzp, należy mieć na uwadze nie tylko ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów⁸⁵. Ponadto, ograniczenie konkurencji należy rozpatrywać zarówno w kontekście postępowania zamawiającego, jak i wykonawcy. W moim przekonaniu naruszenie zasady uczciwej konkurencji przy zamówieniach zagregowanych może wystąpić najczęściej poprzez ustalenie przez zamawiających warunków udziału zbyt wygórowanych, trudnych do spełnienia dla wielu wykonawców, w tym MŚP, z uwagi na fakt, iż owe warunki będą określone w powiązaniu z sumowaną wartością zamówienia. Wydaje się, że podstawowym rozwiązaniem zapobiegającym wspomnianym naruszeniom jest umożliwienie składania wykonawcom ofert częściowych. Zagadnienie to jednak jest dość złożone i nie zawsze przynosi oczekiwane skutki, o czym szczegółowo jest mowa w rozdziale VI pracy.

5. Dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP

Istotne dla prowadzonych rozważań jest wskazanie zależności występującej pomiędzy udzielaniem zamówień publicznych, w tym zwłaszcza zamówień zagregowanych, a dostępem do nich dla MŚP. Wspomniana powyżej korelacja polega w szerszym rozumieniu na możliwym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, co zostało już ogólnie nakreślone w niniejszej pracy. Szczególnym przypadkiem utrudniania uczciwej konkurencji, wymagającym osobnego omówienia, jest zatem utrudnianie dostępu do danego zamówienia dla MŚP oraz sama charakterystyka wskazanego segmentu wykonawców. Utrudnienie dostępu, co już podkreślono, może polegać w szczególności na tym, że działanie zamawiających, skutkujące

skumulowaniem zamówień w ramach jednego postępowania, może *de facto* uniemożliwiać udział w postępowaniu wielu wykonawcom, którzy nie będą w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu.

Kwestia przedmiotowej analizy jest niebagatelna, albowiem MŚP stanowią ogromną większość rynku wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosi się bowiem że mikro-, małe i średnie przedsiębiorstwa stanowią fundament gospodarki Polski oraz gospodarki UE. Wskazuje się przy tym, że w Polsce podmioty z tego sektora generują prawie połowę krajowego PKB – 47,3%, a w tym mikroprzedsiębiorcy – 29,4%⁸⁶.

Kolejną przesłanką przemawiającą za podjęciem badania problemu jest fakt, że jak wskazuje się w piśmiennictwie, dostęp MŚP do zamówień publicznych można uznać za ważny wskaźnik otwartości rynku zamówień publicznych. Z kolei jednym ze sposobów mierzenia zakresu dostępu do tego rynku dla MŚP jest dokonanie wyliczenia udziału MŚP w ogólnej liczbie podmiotów, które zawarły umowę o udzielenie zamówienia publicznego. Badania przeprowadzone w oparciu o ponad 16 tys. umów (na podstawie: TED z 2001 r.) pokazują, że 78% umów zostało zawartych przez MŚP, przy jednoczesnym założeniu, że ponad 99% przedsiębiorstw to MŚP⁸⁷. W konkluzji można zatem przyjąć, że istnieje konieczność poprawy dostępu do rynku zamówień dla wskazanej grupy wykonawców.

Analiza problematyki agregowania zamówień w kontekście dostępu do rynku dla MŚP jest również istotna z uwagi na obowiązujące ustawodawstwo krajowe. Mianowicie, na podstawie art. 103 u.s.d.g., państwo powinno stwarzać, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców. Kreowanie korzystnych warunków do funkcjonowania MŚP ma odbywać się w szczególności przez inicjowanie zmian stanu prawnego sprzyjających rozwojowi tych podmiotów. Nowelizacja ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. w omawianym zakresie jest więc, w mojej ocenie, nie tylko zadośćuczynieniem zobowiązaniom wynikającym z członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w UE, ale również realizacją normy art. 103, ujętego we wskazanym akcie prawnym.

⁸⁶ Por. *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2011–2012*, red. A. Tarnawa, P. Zadura-Lichota, P. Chaber, K. Kalinowska i in., Warszawa 2013, s. 16 oraz J. Kulawik-Dutkowska, *Prawidłowe określenie statusu MŚP w kontekście korzystania z pomocy publicznej przez przedsiębiorstwa*, „IKAR” 2014, nr 9, Legalis.

⁸⁷ Por. *SMEs' access to public procurement contracts. Executive summary*, 2004, s. 21.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że nie istnieje, moim zdaniem, sprzeczność pomiędzy wprowadzeniem ustawowych rozwiązań szczególnie korzystnych dla MŚP, a zasadą równości, która obowiązuje w ustawie Pzp, a która powinna obligować Państwo do zapewnienia wszystkim wykonawcom równych możliwości w dostępie do zamówienia publicznego. W tym aspekcie podzielam bowiem pogląd, zgodnie z którym „równość tę należy odnosić do podmiotów znajdujących się w tym samym zbiorze (grupie). Tylko wówczas jest możliwe porównywanie ich sytuacji. Brakowi równości wobec prawa nie przeczy zatem przyznanie różnych uprawnień i obowiązków przedsiębiorcom należącym do różnych zbiorów, w tym m.in. wyróżnionych ze względu na wielkość przedsiębiorstwa”⁸⁸. Takie rozumienie zasady równości wynika również z orzecznictwa ETS⁸⁹. Uchwalenie rozwiązań ustawowych, mających sprzyjać w szczególności MŚP, nie stoi zatem w sprzeczności ze wskazaną powyżej zasadą równości.

Dokonując analizy dotyczącej wpływu stosowanych przez zamawiających metod agregowania zamówień na dostęp do tego rynku dla MŚP, należy sprecyzować, jakie podmioty zalicza się do omawianej grupy przedsiębiorców. Otóż na kategorię przedsiębiorstw mikro, małych i średnich (MŚP) składają się przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 250 osób i których obroty roczne nie przekraczają 50 mln EUR, i/lub których roczna suma bilansowa nie przekracza 43 mln EUR, w tym małe przedsiębiorstwo jest zdefiniowane jako przedsiębiorstwo zatrudniające mniej niż 50 osób, i którego obroty roczne i/lub roczna suma bilansowa nie przekracza 10 mln EUR, natomiast przedsiębiorstwo mikro jest zdefiniowane jako przedsiębiorstwo zatrudniające mniej niż 10 osób, i którego obroty roczne i/lub roczna suma bilansowa nie przekracza 2 mln EUR⁹⁰. Na marginesie warto dodać, że na gruncie u.s.d.g. również zdefiniowano pojęcie mikro-, małego i średniego przedsiębiorcy⁹¹. Przedmiotowe definicje różnią się nieznacznie, jednakże progi osobowe i kwotowe wskazane powyżej są tożsame.

Dodatkowo, należy zauważyć, że niezależnie od ww. „aktów prawnych definiujących status MŚP, Komisja Europejska oraz państwa członkowskie stosują również tzw. celowościową (funkcjonalną) interpretację definicji MŚP, która uwzględnia szeroko rozumiane

⁸⁸ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, art. 103, 2013, Lex.

⁸⁹ Por. wyrok ETS z dnia 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass v. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, ECLI: ECLI:EU:C:1980:238, por. również G. Mazurek, *Zasada równego traktowania w prawie UE i jej implementacja do prawa krajowego*, Lex nr 297267.

⁹⁰ Por. art. 2 zaleceń Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczących definicji przedsiębiorstw mikro, małych i średnich, Dz.U. UE L 124 PL z 20.5.2003.

⁹¹ Por. art. 104–106 u.s.d.g.

powiązania gospodarcze i osobowe pomiędzy przedsiębiorstwami. Takie podejście ma istotne znaczenie dla oceny zgodności z prawem pomocy publicznej kierowanej do MŚP, ponieważ w pewnych sytuacjach takie powiązania między przedsiębiorcami, w szczególności gdy tworzą istotne zależności finansowe, rynkowe, ekonomiczne lub osobowe z innymi przedsiębiorstwami, mogą powodować, iż przedsiębiorstwo nie jest uznawane za należące do sektora MŚP⁹². Problematyka poszczególnych aspektów związanych z szerokim rozumieniem tej grupy wykonawców wykracza jednak poza ramy niniejszej pracy, na potrzeby której przyjęto rozumienie MŚP wskazane w zaleceniach Komisji Europejskiej oraz ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Jak podkreśla się w literaturze, „bariery włączenia (MŚP – przyp. aut.) w rynek zamówień publicznych mają zarówno charakter wewnętrzny, jak i zewnętrzny. Tkwią one nie tylko w szeroko rozumianym otoczeniu, w tym m.in. w cechach systemu zamówień publicznych, ale też w ogólnej słabości ekonomicznej większości podmiotów (MŚP – przyp. aut.)”⁹³. Jako bariery dostępu MŚP do rynku zamówień wymienia się m.in. zbyt wysokie wymagania w stosunku do rozmiarów wykonawcy, jego potencjału oraz zbyt wysoką wielkość zamówienia w stosunku do potencjału wykonawcy⁹⁴. Jak wynika z przeprowadzonych analiz, wielkość zamówienia ma zasadnicze znaczenie dla możliwości udziału w danym postępowaniu przez MŚP. Istnieje bowiem zależność, zgodnie z którą mniejsze zamówienia są o wiele bardziej dostępne dla wskazanej grupy wykonawców.

Warto zauważyć, że dla omawianego dostępu do rynku zamówień publicznych znaczenie ma nie tylko wielkość zamówienia, ale również sama wielkość MŚP. Oczywiście większe podmioty mają łatwiejszy dostęp do tego rynku niż podmioty mniejsze. W państwach członkowskich UE, w których przeciętny rozmiar MŚP jest na wysokim poziomie, można się spodziewać większego udziału w rynku zamówień omawianych podmiotów. Przykładowo średnia liczba pracowników MŚP dla całej UE wyniosła w 2001 r. 3,1, przy wskaźniku 2,0 w Grecji i 2,8 we Włoszech do 6,8 w Austrii i 7,0 w Luksemburgu⁹⁵. Inne badanie, przeprowadzone w 2012 r., uwzględniające również MŚP z Polski obrazuje, że wyniki w tym zakresie, jeżeli chodzi o poszczególne państwa członkowskie, są dość zbliżone. Przykładowo

⁹² J. Kulawik-Dutkowska, *Prawidłowe określenie...*

⁹³ W. Starzyńska, J. Kornecki, J. Wiktorowicz, J. Szymański, *Zamówienia publiczne a innowacyjność MSP*, Warszawa 2013, s. 51.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 52.

⁹⁵ Por. *SMEs' access to public procurement contracts...*, s. 16.

przeciętny rozmiar MŚP istniejącego na rynku 5 lat w Polsce wynosi 3,16, w Niemczech 2,96, a w Czechach 2,86⁹⁶.

Innym przykładem, który wskazuje się jako działanie mające ułatwić dostęp do zamówienia dla MŚP, jest stosowanie przez zamawiających przede wszystkim przetargu nieograniczonego, albowiem jest to procedura „znana tej grupie wykonawców, przy jednoczesnym ograniczeniu korzystania z trybów takich jak np. licytacja elektroniczna, czy też negocjacje z ogłoszeniem”⁹⁷. Z kolei, jak już podkreśliłem wcześniej, z badań prowadzonych w UE wynika, że instytucje prawne służące agregowaniu zamówień są często stosowane właśnie z użyciem tzw. trybów niekonkurencyjnych. Tak więc, należałoby postulować ograniczenie stosowania wspomnianych trybów przez zamawiających, którzy agregują zamówienia.

Jednym z podstawowych rozwiązań ustawowych, mających zwiększyć udział MŚP w rynku zamówień, pomimo stosowania technik ich agregowania, jest stosowanie przez zamawiających podziału zamówienia na części. Ów podział na mniejsze części zwiększa szanse na udział w postępowaniu przez MŚP. Z badań przeprowadzonych wśród zamawiających w państwach członkowskich UE wynika, że 85% z nich brało pod uwagę podział zamówienia na części. W tym zakresie występują jednak znaczne różnice pomiędzy zamawiającymi w poszczególnych krajach. Przykładowo w Niemczech 93% zamawiających rozważało podział, we Francji była to liczba 98%, podczas gdy w Holandii jedynie 30% podmiotów brało pod uwagę podział zamówienia na mniejsze części. Wskazuje się, że podział na części może prowadzić do wystąpienia wyższych kosztów udzielania zamówienia oraz brak wystąpienia korzyści w postaci efektu skali⁹⁸. Natomiast ogółem w Unii Europejskiej „w latach 2006–2008 ok. 27% ogłaszanych zamówień dopuszczało złożenie częściowych (ofert – przyp. aut.) (dzielono zamówienie na części)”⁹⁹.

Nawiązując do kwestii barier w dostępie do zamówienia dla omawianej grupy wykonawców, należy zauważyć, że w literaturze wskazuje się na szereg różnych czynników mających lub mogących mieć wpływ na dostęp do zamówienia dla MŚP¹⁰⁰. Oczywiście natężenie danych czynników zależy od specyfiki danego państwa członkowskiego (i jego systemu prawnego), jednakże można wyróżnić pewne wspólnie występujące cechy. Jako jedną

⁹⁶ Por. *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2013–2014*, red. A. Tarnawa, P. Zadura-Lichota, Warszawa 2015.

⁹⁷ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, s. 18.

⁹⁸ Por. *SMEs' access to public procurement contracts...*, s. 18.

⁹⁹ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, s. 14.

¹⁰⁰ Por. *SMEs' access to public procurement markets...*, s. 49.

z głównych barier wymienia się właśnie zagregowanie zamówienia. Innymi przeszkodami mogą być w szczególności niewłaściwie dobrane kryteria wyboru wykonawców lub brak właściwego poinformowania wykonawców o zamówieniu, co ma jednak charakter drugorzędny w kontekście problematyki niniejszej pracy. Za główną i największą barierę w dostępie do zamówień dla MŚP jest uznawana zbyt wielka wartość zamówienia, która jest prokurowana właśnie w szczególności poprzez techniki agregowania zamówień. Przykładowo wskazuje się, że liczba unijnych mikroprzedsiębiorców, którym udzielono zamówienia, spada wraz ze wzrostem wartości udzielanego zamówienia powyżej 100 000 euro. Udział w rynku zamówień publicznych małych przedsiębiorców jest największy wśród zamówień publicznych o wartości od 30 000 do 300 000 euro. Powyżej wspomnianego progu liczba wykonawców z omawianej kategorii jest znacznie niższa. Z kolei średnie przedsiębiorstwa posiadają znaczny udział w rynku zamówień o wartości do 5 000 000 euro¹⁰¹. Przedmiotowe badania jednoznacznie wskazują, że wartość zamówienia jest skorelowana z możliwością dostępu do jego udzielenia dla MŚP.

Inne badania pokazują z kolei, że MŚP „w latach 2006–2008 stanowili ok. 60% wykonawców, którym udzielono zamówień publicznych z wykorzystaniem procedur objętych dyrektywami. W grupie MŚP uczestniczących w zamówieniach publicznych udział poszczególnych grup był na bardzo zbliżonym poziomie, np. w 2008 r. mikroprzedsiębiorcom udzielono 18% zamówień publicznych, małym przedsiębiorcom udzielono 24% zamówień, natomiast średnim przedsiębiorcom udzielono 20% zamówień publicznych. Natomiast wartość tych zamówień to 34% wartości wszystkich udzielonych zamówień, przy czym udział poszczególnych grup przedsiębiorców w tym ujęciu wypada zdecydowanie korzystniej dla średnich przedsiębiorców, których udział wynosił 19%, natomiast mikroprzedsiębiorcom udzielono zamówień, których wartość stanowiła 6% rynku zamówień publicznych”¹⁰². Badaniu podlegał również stosunek procentowy udziału MŚP w gospodarce do udziału w rynku zamówień publicznych. Przykładowo „w Polsce udział MŚP w realizacji zamówień publicznych był o 25% niższy niż ich udział w gospodarce”¹⁰³. Natomiast „tylko w przypadku dwóch państw członkowskich UE udział MŚP w realizacji zamówień publicznych był większy niż ich udział w gospodarce – w Grecji (+15%) i na Łotwie (+8%)”¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, s. 14.

¹⁰³ Z. Raczkiewicz, *Zamówienia publiczne a sektor MŚP*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 10, s. 57.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

W analizach zwraca się jeszcze uwagę na wskaźnik liczby przyznanych zamówień na 1000 przedsiębiorstw, albowiem im wyższy jest ten wskaźnik, tym większa szansa na uzyskanie zamówienia przez MŚP. W UE wskaźnik ten wynosił 2,6 w 2001 r. Jeżeli chodzi o poszczególne kraje członkowskie, to najniższy wskaźnik zanotowano w Portugalii (0,3), a najwyższy w Luksemburgu (12,4)¹⁰⁵.

Wspomniane analizy skłaniają do kilku konkluzji. Po pierwsze, nie ma jednej przyczyny ograniczeń w dostępie do rynku zamówień dla MŚP. Po drugie, problem ten występuje w różnym natężeniu na terenie całej UE. Po trzecie, a zarazem najważniejsze, wielkość zamówienia jest jedną z głównych przyczyn stanowiących barierę dostępu do zamówienia dla MŚP.

Omawiana problematyka, dotycząca zależności pomiędzy wielkością zamówienia, a dostępem do niego przez MŚP, ma niebagatelne znaczenie w odniesieniu do krajowego porządku prawnego z uwagi choćby na fakt, że polski system prawny w zakresie zamówień publicznych oparty jest na prawie unijnym. Łączenie zamówień w ramach jednego postępowania niesie bowiem za sobą oczywiste ryzyko utrudnienia dostępu do rynku dla MŚP, co może stanowić jednocześnie naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Jeżeli chodzi o możliwy sposób na rozwiązanie problemu, a mianowicie podział zamówienia na części, to interesujące jest, iż wskutek nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nałożono na zamawiających w pewnym zakresie obowiązek podziału zamówienia na części, co wynika w szczególności z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, który obliguje do wskazania w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powodów braku dokonania podziału zamówienia na części. Zmiana ta uzasadniona jest faktem, że jednym z głównych celów nowej dyrektywy klasycznej jest ułatwienie dostępu do rynku dla MŚP. Nie można natomiast uznawać, że podział zamówienia na części ma charakter bezwzględny w każdym przypadku. Każdorazowo ocena, czy zasadne jest dokonanie przedmiotowego podziału, zależy od zamawiającego. W orzecznictwie KIO słusznie podkreślono, że „z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest podyktowane

¹⁰⁵ Por. *SMEs' access to public procurement contracts*....., s. 15.

racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego”¹⁰⁶. Aktualność zachowują zatem tezy wyrażone w niniejszej pracy w odniesieniu do problematyki ochrony konkurencji, w kontekście problematyki agregacji zamówienia, zgodnie z którymi zagadnienie powinno być w każdym wypadku indywidualnie rozpatrywane, albowiem zarówno zagregowanie zamówienia, jak i podział zamówienia na części może utrudnić konkurencję. Jednakże wydaje się, że zagregowanie zamówienia może utrudniać dostęp do rynku MŚP, natomiast podział zamówienia na części, co do zasady, sprzyja tej grupie wykonawców.

Dodatkowo, w piśmiennictwie w odniesieniu do kwestii podziału zamówienia na części podkreśla się, że „brak podziału zamówienia oraz nieodpowiednie uzasadnienie tej decyzji mogą być interpretowane jako ograniczenie konkurencji, co w przypadku zamówienia objętego projektem dofinansowanym ze środków UE może wiązać się z koniecznością nałożenia przez organ kontrolujący korekty finansowej o ile stwierdzone naruszenie będzie miało charakter nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1303/13 z dnia 17 grudnia 2013 r.”¹⁰⁷. Zatem brak podziału zamówienia na części może skutkować wymiernymi stratami finansowymi nie tylko po stronie wykonawców (z uwagi na brak dostępu do zamówienia), ale również po stronie zamawiających.

6. Uwagi końcowe

Stosowanie instytucji prawnych służących agregowaniu zamówień pozwala osiągnąć wiele korzyści, w tym w szczególności zamawiającym, którzy są zainteresowani głównie ekonomicznymi skutkami zastosowania omawianych metod udzielania zamówień. Jednakże cel, jakim jest przede wszystkim szeroko rozumiane obniżenie kosztów udzielenia zamówienia (czy to poprzez efekt skali, czy obniżenie kosztów organizacji postępowania), może być wielokrotnie osiągany z jednoczesnym naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji, w tym zwłaszcza z wystąpieniem zjawiska utrudnienia dostępu do zamówienia dla MŚP. Problematyka ta jest niewątpliwie złożona. Istotniejsze jednak od poszczególnych wartości procentowych wskazanych w niniejszym rozdziale, a dotyczących w szczególności konieczności zobrazowania częstotliwości stosowania poszczególnych metod agregowania zamówienia, jest wskazanie, że metody te nie są w równym stopniu powszechnie stosowane, jednakże stanowią niewątpliwie ważny element procedury w udzielaniu zamówień publicznych.

¹⁰⁶ Tak: KIO w uchwale z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 29/16, Legalis nr 1469382.

¹⁰⁷ R. Piela, *Kłopotliwy podział*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 4, s. 30.

Kluczową kwestią jest także fakt, że istnieje niewątpliwa zależność pomiędzy agregowaniem zamówień, a możliwym w związku z tym wzrostem utrudnień w dostępie do danego zamówienia dla MŚP. Świadomość istnienia tego zagadnienia jest o tyle istotna, że jednym z kluczowych aspektów nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. było paradoksalnie zapewnienie szerokiego dostępu do zamówień dla MŚP z jednoczesnym rozbudowaniem ustawowych możliwości pozwalających na zagregowanie zamówienia.

Rozdział II

Umowy ramowe

1. Uwagi ogólne

Pierwszą i w mojej ocenie najważniejszą w kontekście problematyki podjętej w niniejszej pracy instytucją prawną służącą agregowaniu zamówień publicznych są umowy ramowe. Jest to instrument prawny o bogatej historii, zarówno w prawie zamówień publicznych, jak i w innych obszarach prawa. W odniesieniu do zamówień publicznych jest to metoda agregowania zamówień, która z uwagi na dość powszechne (w porównaniu z innymi metodami) zastosowanie w praktyce, może mieć niewątpliwie znaczny wpływ na dostęp do zamówień publicznych przez MŚP.

Umowy ramowe były znane europejskiemu prawodawstwu znacznie wcześniej, niż zostały uregulowane w prawie polskim. W literaturze podkreśla się, że już w XIX w. stosowano swego rodzaju umowy ramowe w handlu piwem (tzw. kontrakty piwne)¹⁰⁸. Wykształcenie się przedmiotowych kontraktów związane było m.in. ze szczególnymi okolicznościami przygotowywania piwa w ówczesnych warunkach. Mianowicie trudności w przechowywaniu wytworzonych wywarów zmuszały piwowarów do zapewniania sobie stałych rynków zbytu na dany produkt. Kontrakty piwne zapewniały zatem stałe gospodarcze powiązania wytwórców piwa z dystrybutorami.

W piśmiennictwie pojawiały się również wzmianki o tzw. umowach normatywnych, które ustalały normy, „jakie powinny być miarodajne (właściwe) dla późniejszych umów, przy czym normy uznaje za synonim warunków umów”¹⁰⁹. Z kolei na gruncie polskiego porządku prawnego umowa mająca charakter umowy ramowej rozwijała się już w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w ramach współpracy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej¹¹⁰. Na mocy ustawy z 19 kwietnia 1950 r. ustawodawca wyróżnił bowiem trzy rodzaje umów planowych, wśród których przykładowo można wyróżnić umowy generalne, które „były zawierane przez duże jednostki gospodarcze, których listę ustanawiał Przewodniczący Państwowej Komisji Planowania Gospodarczego we współdziałaniu z właściwymi ministrami. Przez te umowy wyznaczone jednostki ustalały swoje prawa i obowiązki w zakresie organizowania zawarcia umów szczegółowych o dostawę lub przewóz

¹⁰⁸ Zob. A. Koch, *Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie*, Poznań 1982, s. 51 i n.

¹⁰⁹ G. Wicik, *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.

¹¹⁰ Zob. S. Włodyka, *Porozumienia gospodarcze*, Warszawa 1978, s. 129 i cytowana tam literatura.

towarów przez jednostki im podporządkowane, jak również w zakresie zapewnienia warunków do wykonywania tych umów, a nadto określano przedmiot dostawy lub przewozu towarów i sposób jego rozdziału między jednostki podporządkowane”¹¹¹. Jednakże na mocy dekretu z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej¹¹² uchylono ustawę z 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej¹¹³.

Interesujące jest, że umowy ramowe nie zostały do dziś wyodrębnione w polskim prawie jako osobna kategoria umów nazwanych w Kodeksie cywilnym, a dopuszczalność ich zawierania na gruncie tej dziedziny prawa należy wywodzić z zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹ k.c.

Jeżeli chodzi o definicję umowy ramowej, należy zauważyć, że niezależnie od szczegółowych pojęć istniejących obecnie na gruncie poszczególnych porządków prawnych można przyjąć ogólnie, że „umowa ramowa to porozumienie, które tworzy ramy prawne dla trwałego współdziałania stron przy zawieraniu i realizacji wielu powtarzalnych umów”¹¹⁴. Jeżeli chodzi natomiast o przedmiotową definicję sformułowaną na potrzeby zamówień publicznych, to w literaturze „przyjmuje się, że umowa ramowa w zamówieniach publicznych jest umową cywilnoprawną o charakterze przygotowawczym, poprzedzającą udzielenie szeregu powtarzalnych zamówień publicznych, tj. odpłatnych umów na usługi, dostawy lub roboty budowlane”¹¹⁵. Definicja ta wydaje się wewnętrznie spójna i zasadna.

Umowa ramowa została również zdefiniowana w orzecznictwie. W jednym z wyroków Zespołu Arbitrów wskazano, że „umowa ramowa wyznacza jedynie «ramy», czyli warunki przyszłych umów definitywnych. Jest to porozumienie zawierane z jednym lub kilkoma przedsiębiorcami, na mocy którego ustalane są warunki dla jednostkowych zamówień, jakie mają zostać udzielone w określonym czasie, przede wszystkim warunki określające przedmiot zamówienia w ujęciu ilościowym i jakościowym, wzajemne współdziałanie stron na wypadek realizacji zamówienia jednostkowego, cenę odniesioną do świadczenia częściowego, kary umowne, warunki gwarancji jakości itd. 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

¹¹¹ P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne...*, s. 28.

¹¹² Dz.U. z 1956 r. Nr 16, poz. 87.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ G. Wicik, *Treść umów...*

¹¹⁵ *Idem*, *Charakter prawny...*

publicznego”¹¹⁶. Z kolei KIO podkreśliła w jednym z orzeczeń, że „umowa ramowa określa warunki zamówień, które w oznaczonym okresie mogą zostać udzielone przez zamawiającego. Skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia objętego przedmiotem umowy ramowej jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego”¹¹⁷.

Analizując charakter prawny umowy ramowej, należy stwierdzić, że jako umowa o charakterze przygotowawczym nie stanowi ona podstawy do wymiany świadczeń. Bezpośrednia wymiana świadczeń wymaga bowiem dodatkowych dyspozycji stron. Umowa ramowa winna być zatem odróżniana od długoterminowej umowy definitywnej o ramowej postaci, która zobowiązuje jej strony do wymiany świadczeń bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń woli¹¹⁸. „Umowy o konstrukcji ramowej (albo krócej – umowy ramowej) nie należy mylić z ramową postacią umowy. Wykorzystanie tej ostatniej jest sprawą wyboru innej techniki kontraktowej; definitywna umowa jest zawarta, lecz osiągnięty konsens wyznacza treść stosunku obligacyjnego jedynie w minimalnym, niezbędnym dla jej identyfikacji zakresie. W pozostałej części treść ta kształtowana jest etapami, poprzez stopniową konkretyzację świadczenia w miarę wykonywania umowy. Postać ramową może z woli stron przybierać w zasadzie każda umowa wzajemna, bez wpływu na właściwy reżim prawny”¹¹⁹.

Jeżeli chodzi o klasyczną umowę ramową (a nie wyżej wskazaną długoterminową umowę definitywną), to ramowość oznacza, że wprowadzie świadczenia są już na tyle dostatecznie sprecyzowane, że stają się świadczeniami oznaczalnymi bez potrzeby zawierania dodatkowych umów, jednak charakteryzują się takim stopniem ogólności, że wymagają konkretyzacji w drodze dodatkowej dyspozycji jednej ze stron lub nawet (w obrocie powszechnym) osoby trzeciej¹²⁰.

Warto wskazać, że rozróżnia się również umowy ramowe od porozumień ramowych¹²¹. Dokonując zatem rozróżnienia pojęciowego, zgodnie z wyżej wspomnianym podziałem, porozumienia ramowe powinny określać warunki przyszłej współpracy w zakresie dóbr lub usług, nie wiążąc jednak stron danego porozumienia w zakresie obowiązku nabywania od

¹¹⁶ Tak: ZA w wyroku z dnia 30 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-861/06, Legalis nr 82641.

¹¹⁷ Tak: KIO w wyroku z dnia 3 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1563/15, Legalis nr 1361061.

¹¹⁸ Por. G. Domański, *Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski*, Warszawa 1989, s. 17.

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 17.

¹²⁰ Por. R. Szostak, *Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7.

¹²¹ Por. COMMISSION EUROPEAN Directorate General Internal Market and Services EXPLANATORY NOTE – FRAMEWORK AGREEMENTS – CLASSIC DIRECTIVE, s. 3, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf.

konkretnego wykonawcy przedmiotowych dóbr lub usług. Jeżeli chodzi natomiast o umowy ramowe (*sensu stricto*), to zamawiający jest zobowiązany do nabywania od konkretnego wykonawcy towarów lub usług w ciągu określonego czasu, natomiast dany wykonawca ma obowiązek dostarczać w tym okresie zamówiony towar lub usługę, których warunki dostawy, rodzaj i cena zostały określone w umowie¹²².

W ramach niniejszego rozdziału istotna jest jednak analiza umów ramowych jako instytucji prawnych, obowiązujących w prawie UE oraz przede wszystkim w krajowym porządku prawnym, zarówno na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji, które uległy zmianie w 2014 r. (prawo UE) oraz w 2016 r. (prawo krajowe), jak i przepisów obowiązujących obecnie. Postanowienia dotyczące umów ramowych „ewoluowały” bowiem zarówno jeżeli chodzi o przepisy dyrektyw unijnych, jak i ustawę Pzp.

2. Umowy ramowe w prawie UE przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej

Na wstępie należy przypomnieć, że instytucja umów ramowych została uregulowana znacznie wcześniej w prawie UE niż w rodzimym porządku prawnym, dotyczącym zamówień publicznych. Wprowadzenie krajowych regulacji w tym zakresie miało bowiem bezpośredni związek z koniecznością implementowania prawa UE w konsekwencji wejścia Polski do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r.

Jeżeli chodzi o genezę umów ramowych na gruncie dyrektyw, to warto zauważyć, że przedmiotowa instytucja prawna pojawiła się w pierwszej kolejności w dyrektywie sektorowej. Mianowicie, zgodnie z art. 1 ust. 5 dyrektywy Rady z 14 czerwca 1993 r. (93/38/EWG) dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji¹²³ „umową ramową” określono umowę pomiędzy jednym z zamawiających, o których mowa w art. 2 lit. a), a jednym lub większą liczbą dostawców, wykonawców lub usługodawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, które mają zostać udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do cen oraz, o ile dotyczy, przewidywanych ilości. Co istotne, już zatem w pierwotnej definicji umowy ramowej dopuszczono możliwość zawarcia przedmiotowego zobowiązania wyłącznie z jednym wykonawcą, co mogło mieć negatywny wpływ na dostęp do zamówienia przez MŚP (zwłaszcza w przypadku braku podziału

¹²² Por. A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 115.

¹²³ Dz.U. WE L 199/84 z 9.8.1993 r.

zamówienia na części). Zgodnie z tą definicją omawiana umowa powinna być oparta na wspomnianej już wcześniej „ramowości”, zatem powinna ogólnie precyzować wzajemne świadczenia, aby wymagały one dodatkowej konkretyzacji w drodze oświadczeń woli stron.

Warto zwrócić uwagę, że problematyka umów ramowych nie była uregulowana na ówczesnym etapie ani w dyrektywie Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy¹²⁴, ani w dyrektywie Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane¹²⁵. W literaturze podkreśla się, że brak regulacji dotyczących umów ramowych powodował po pierwsze, brak możliwości korzystania z zalet przedmiotowej instytucji prawnej, a po drugie, w przypadku jej zawarcia każda z kolejnych umów wykonawczych zawieranych przez zamawiających w ramach umowy ramowej musiała być traktowana jako odrębne zamówienie, którego zawarcie musiało być poprzedzone przeprowadzeniem pełnej procedury wyboru¹²⁶. Jeżeli chodzi o wspomniane zalety, to można w tym miejscu wspomnieć chociażby o oszczędności czasu i kosztów po stronie zamawiających, związanych z omawianym sposobem agregacji zamówienia.

Wskazana wcześniej dyrektywa sektorowa z 1993 r. nakazywała zamawiającym traktować umowy ramowe jak zamówienia w rozumieniu omawianego aktu prawnego i udzielać ich zgodnie ze wspomnianą regulacją. W dyrektywie tej przyjęto również rozwiązanie, według którego jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową zgodnie z przepisami, „udzielane w jej zakresie zamówienia stanowią wykonanie takiej umowy i nie stosuje się przy ich przyznawaniu żadnych przepisów stosownej dyrektywy. W sytuacji gdy umowa ramowa nie została udzielona zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, to każdy kontrakt mieszczący się w jej ramach powinien być zawierany zgodnie z tymi przepisami, jeżeli tylko jego wartość przekracza progi określone w dyrektywie”¹²⁷. Co jednak równie istotne, zamawiający nie mogli korzystać z umów ramowych w celu unikania, ograniczania lub utrudniania konkurencji. Kwestia ta wynikała bowiem wprost z art. 5 ust. 4 omawianej regulacji. Już wówczas obowiązywał zatem przepis, który zakazywał używania omawianego narzędzia agregowania zamówienia do ograniczenia konkurencji i utrudniania tym samym dostępu do rynku wykonawcom, w tym również podmiotom z sektora MŚP.

¹²⁴ Dz.U. WE L 199/1 z 9.8.1993 r.

¹²⁵ Dz.U. WE L 199/54 z 9.8.1993 r.

¹²⁶ Tak: M. Lemke, *Zamówienia publiczne...*, s. 41.

¹²⁷ A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne...*, s. 118.

Wspomniany wcześniej brak unormowania instytucji umowy ramowej na gruncie pozostałych dyrektyw unijnych został dostrzeżony i w 2000 r. Komisja Europejska przygotowała nowy projekt regulacji, uwzględniający problematykę omawianych zagadnień¹²⁸. Na podstawie przedmiotowego projektu KE, umowa ramowa miała być zawierana pomiędzy zamawiającym, a minimum trzema wykonawcami na okres do trzech lat, a w przypadkach szczególnie uzasadnionych do pięciu lat. W ramach omawianej instytucji, zgodnie z propozycją KE, zamawiający miał udzielać na mocy umowy ramowej zamówień bez konieczności stosowania procedur przetargowych, o ile oczywiście zawarcie samej umowy było poprzedzone zastosowaniem właściwego postępowania. Dostrzeżono zatem, w mojej ocenie, problem zawierania umów ramowych wyłącznie z jednym wykonawcą (co było dopuszczalne na gruncie dyrektywy 93/38/EWG), albowiem propozycje Komisji Europejskiej odnosiły się w tym zakresie do minimum trzech wykonawców. Działanie takie należy ocenić pozytywnie jako mające utrudniać stosowanie umów ramowych – instrumentu prawnego ograniczającego dostęp do rynku zamówień poszczególnym wykonawcom. Zagregowanie zamówienia, poprzez zawarcie kilkuletniej umowy ramowej z jednym wybranym wykonawcą, mogło bowiem powodować, że wiele podmiotów byłoby wyłączonych z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilka lat.

Propozycje Komisji Europejskiej znalazły w 2004 r. częściowe odzwierciedlenie w postanowieniach nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE), które wprowadziły instytucję umów ramowych dla wszystkich kategorii zamawiających. Jeżeli chodzi o uregulowania dyrektywy 2004/18/WE, to już w motywie 11 preambuły wskazano, że „należy sformułować wspólnotową definicję umów ramowych, wraz z przepisami szczególnymi dotyczącymi umów ramowych zawieranych w związku z zamówieniami wchodzącymi w zakres niniejszej dyrektywy. Na mocy tych przepisów w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zawiera, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, umowę ramową odnoszącą się, w szczególności, do ogłoszeń, terminów i warunków składania ofert, może ona udzielić zamówienia na podstawie takiej umowy ramowej w okresie jej obowiązywania, stosując warunki określone w umowie ramowej lub – jeśli nie wszystkie warunki zostały z góry ustalone w umowie ramowej – poprzez ponowne otwarcie zamówienia na konkurencję pomiędzy stronami umowy ramowej w odniesieniu do tych

¹²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts COM (2000) 275 final - 2000/0115 (COD) z dnia 10 maja 2000 r., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52000PC0275>.

warunków. Ponowne otwarcie zamówienia na konkurencję powinno odbyć się w sposób zgodny z określonymi przepisami, których celem jest zagwarantowanie poszanowania zasad ogólnych, w szczególności zasady równego traktowania. Z tych samych przyczyn okres obowiązywania umów ramowych powinien być ograniczony i nie powinien przekroczyć czterech lat, z wyjątkiem przypadków należycie uzasadnionych przez instytucje zamawiające”. Już zatem z tego motywu preambuły można wywnioskować, jaki był kierunek zmian przepisów w zakresie umów ramowych. Prawodawca unijny rozszerzył zatem przedmiotowe regulacje, zwłaszcza z uwagi na konieczność zapewnienia zasady równego traktowania wykonawców. Motywem działań było również zapobieganie w jak największym stopniu możliwościom utrudniania zasady uczciwej konkurencji. Zagadnienie to jest doniosłe prawnie choćby z uwagi na fakt, że w piśmiennictwie przyjmuje się, że „zasada równego traktowania jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej i w Polsce”¹²⁹.

Z kolei, zgodnie z art. 1 ust. 5 ww. dyrektywy 2004/18/WE, umowę ramową zdefiniowano jako umowę zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami. Jej celem było określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości. Tak więc, wbrew wcześniejszym propozycjom Komisji Europejskiej, umowa ramowa mogła być zawarta również wyłącznie z jednym wykonawcą. Co ważne, omawiana dyrektywa 2004/18/WE dopuściła (jako uprawnienie, a nie obowiązek), aby państwa członkowskie przewidziały w swoich porządkach prawnych możliwość zawierania umów ramowych przez instytucje zamawiające. Przedmiotowa technika agregowania zamówień miała zatem w tym zakresie wymiar wyłącznie fakultatywny.

Szczegółowe unormowania omawianej problematyki zostały zawarte w art. 32 dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z jego brzmieniem w celu zawarcia umowy ramowej nałożono na instytucje zamawiające obowiązek przestrzegania procedur wynikających ze wspomnianego aktu prawnego. Nakaz ten został nałożony na każdym etapie postępowania, aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Jeżeli chodzi o uszczegółowienie przedmiotowych procedur, to dyrektywa 2004/18/WE wskazała m.in., że strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielania zamówień, w niej określonych. Kryteriami były zatem przykładowo: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania,

¹²⁹ T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania...*, s. 165.

rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji, lub wyłącznie najniższa cena. Dyrektywa 2004/18/WE wprowadziła również szereg obwarowań związanych z zawarciem umowy ramowej, w tym w szczególności postanowienie, z którego wynika, że procedury, zgodnie którymi udziela się zamówień na podstawie umowy ramowej, powinny być zgodne z jej art. 32 ust. 3 i 4. Jednocześnie procedury te powinny mieć zastosowanie wyłącznie pomiędzy zamawiającymi oraz wykonawcami będącymi pierwotnie stronami umowy ramowej. Dodatkowo, podczas udzielania zamówień na podstawie umów ramowych, strony nie mogły pod żadnym pozorem dokonywać istotnych zmian w warunkach określonych w danej umowie. Ponadto zamawiający nie mogli stosować umów ramowych w sposób nieodpowiedni ani też w sposób wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję. Omawiany akt prawny wprowadził również odmienną procedurę, która była zależna od tego, czy umowa ramowa była zawarta z jednym, czy z wieloma wykonawcami. W przypadku gdy umowę ramową zamawiający zawarł z jednym wykonawcą, wówczas zamówień opartych na takiej umowie udzielano na warunkach w niej określonych. W takich przypadkach, w razie konieczności, wykonawca na żądanie zamawiającego mógł zostać zobowiązany do uzupełnienia oferty. W sytuacji natomiast gdy umowa ramowa zawierana była z kilkoma wykonawcami, ich liczba nie mogła być mniejsza niż trzech, o ile istniała wystarczająca liczba wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub dopuszczalnych ofert spełniających kryteria udzielania zamówień (art. 32 ust. 4 zdanie pierwsze dyrektywy 2004/18/WE). Dodatkowo, zgodnie z tym przepisem, zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami, mogły być udzielane poprzez zastosowanie warunków określonych w umowie ramowej bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej lub też w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej, po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowiej sprecyzowanych warunkach oraz, o ile ma to zastosowanie, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji umowy ramowej, zgodnie z procedurą wskazaną szczegółowo w dyrektywie.

Konkludując, wspomniana dyrektywa w sposób znacznie bardziej rozbudowany, w porównaniu z poprzednimi regulacjami (wspomnianą dyrektywą sektorową z 1993 r.) normowała omawiane zagadnienie. Jeżeli chodzi o tzw. za i przeciw udzielaniu zamówień poprzez zawieranie umów ramowych, to w doktrynie wskazano m.in. przede wszystkim, że korzystanie z umów ramowych pozwala zaoszczędzić zamawiającym czas i pieniądze¹³⁰.

¹³⁰ M. Andrecka, *Framework agreements, EU procurement law and the practice*, 2015 no 2, s. 135, <http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-2-Andrecka%20-%20S%C3%A4rtryck.pdf>.

Umowa ramowa została wówczas uznana za narzędzie prawne, które może sprzyjać dopuszczaniu do udzielania zamówień MŚP. Taka sytuacja mogła mieć bowiem miejsce w razie dokonania podziału zamówienia, w ramach umowy ramowej, na części. Wskazano również jednak, iż te same elementy, które przemawiają za udzielaniem zamówień na podstawie umowy ramowej, mogą przemawiać zarówno „za”, jak i „przeciw” stosowaniu takiego rozwiązania¹³¹. Takie stanowisko wymaga aprobaty, nie można bowiem jednoznacznie ocenić umowy ramowej jako narzędzia sprzyjającego dostępowi do zamówień dla MŚP. Biorąc pod uwagę, że ówczesnie znacznie mniejszy nacisk kładziono na podział zamówień (w porównaniu ze stanem obecnym), umowa ramowa mogła być, co do zasady, wielokrotnie narzędziem utrudniającym omawiany dostęp.

W mojej ocenie nie ma podstaw, żeby przedmiotowe zagadnienie, w brzmieniu sprzed wejścia w życie w 2014 r. nowej dyrektywy klasycznej, generalizować i kwalifikować jednoznacznie. Umowa ramowa mogła być rzeczywiście instrumentem prawnym, który należałoby stosować w kontekście ułatwiania dostępu do zamówienia dla MŚP, jak i sposobem udzielenia zamówienia mogącym ów dostęp ograniczyć. Przykładowo, w razie podziału zamówienia na części udzielenie zamówienia przy użyciu umowy ramowej było niewątpliwie korzystne dla MŚP. W przypadku jednak braku dokonania przedmiotowego podziału i zawarcia dodatkowo umowy ramowej z jednym wykonawcą na maksymalny okres 4 lat (przyjmując, że wartością umowy ramowej była łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej), należałoby uznać, że mogła to być również metoda agregowania niewątpliwie niekorzystna, jeżeli chodzi o wykonawców z segmentu MŚP. Rzeczywista kwalifikacja omawianej techniki agregacji, w ramach omawianego kryterium dostępności dla MŚP, zależała zatem od samych zamawiających.

3. Umowy ramowe w nowej dyrektywie klasycznej

Po uchwaleniu nowej dyrektywy klasycznej umowy ramowe nie straciły charakteru jednego z podstawowych instrumentów prawnych służących agregowaniu zamówień w prawie UE, które, jak wskazuje prawodawca unijny w preambule do wspomnianego aktu prawnego, „są powszechnie wykorzystywanym instrumentem, uznawanym za skuteczną technikę udzielania zamówień w całej Europie”¹³².

¹³¹ *Ibidem*, s. 135.

¹³² Por. motyw 60 preambuły do dyrektywy.

Jak już wspomniano, jeżeli chodzi o kraje członkowskie UE, to w literaturze podnosi się, iż umowy ramowe funkcjonowały w praktyce w poszczególnych państwach przed uregulowaniem tej instytucji przez prawo unijne¹³³. W tym kontekście warto wskazać choćby na fakt występowania omawianego zagadnienia w orzecznictwie ETS¹³⁴. Przykładowo w sprawie C 79/94 greckie Ministerstwo Przemysłu, Energetyki i Transportu zawarło umowę ramową z sześcioma greckimi przedsiębiorstwami włókienniczymi. Na mocy tej umowy szpitale, zakłady opieki zdrowotnej oraz armia zostały zobowiązane do kupowania określonych rodzajów materiałów opatrunkowych z tych przedsiębiorstw na warunkach ustalonych w umowie ramowej i przez okres 3 lat, który to okres może zostać przedłużony o kolejne 2 lata. ETS zakwestionował zawarcie umowy z pominięciem procedury wymaganej prawem unijnym, co w rzeczywistości oznaczało jednak uznanie dopuszczalności samego zawierania umów ramowych – jako zamówień publicznych.

Prawodawca unijny nie zrezygnował z uregulowania umowy ramowej w nowej dyrektywie klasycznej, ponieważ dotychczasowa praktyka wykazała, że korzyści ze stosowania tej instytucji pozwalają na znaczne przyspieszenie i uproszczenie procesu zawierania umów, co zostało dostrzeżone w większości państw członkowskich Unii Europejskiej, gdzie, jak wskazuje się w piśmiennictwie, umowy ramowe stanowią prawie 15% (ilość) i 25% (wartość) udzielonych zamówień publicznych¹³⁵. Zastosowanie umów ramowych umożliwia bowiem ograniczenie zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego czasu oraz kosztów związanych z powtarzaniem zamówień w danym okresie.

W odniesieniu do prawa zamówień publicznych, na gruncie którego rozróżnia się umowy ramowe od porozumień ramowych, należałoby przyjąć, że umowa ramowa w nowej dyrektywie klasycznej odpowiada raczej tej drugiej instytucji, albowiem porozumienia ramowe (z ang. *framework agreements*) powinny określać warunki przyszłej współpracy w zakresie dóbr lub usług, nie wiążąc jednak stron danego porozumienia w zakresie obowiązku nabywania od konkretnego wykonawcy przedmiotowych dóbr lub usług. Jednakże w literaturze przedmiotu wskazuje się również, że biorąc pod uwagę postanowienia nowej dyrektywy klasycznej, umowa ramowa może być sformułowana w sposób pozwalający przyjąć, że mamy

¹³³ Por. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 418.

¹³⁴ Por. wyrok ETS z dnia 4 maja 1995 r. w sprawie C-79/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, Zb. Orz. 1995; wyrok ETS C 119/06, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, Zb. Orz. 2007.

¹³⁵ Por. G. Wicik, *Treść umów...*

w tym wypadku do czynienia z zamówieniem publicznym *sensu stricto*¹³⁶. W takiej sytuacji umowa ramowa powinna precyzować prawa i obowiązki stron w sposób umożliwiający wzajemne dochodzenie roszczeń związanych z wykonaniem umowy. W tym przypadku umowa ramowa nie będzie miała charakteru porozumienia ramowego (będzie to właściwa umowa ramowa) według wcześniej dokonanego rozróżnienia.

Zgodnie z definicją ujętą w nowej dyrektywie klasycznej, umowa ramowa oznacza natomiast umowę zawartą pomiędzy co najmniej jedną instytucją zamawiającą, a co najmniej jednym wykonawcą. Jej celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, w stosownych przypadkach, przewidywanych ilości. Okres obowiązywania umowy ramowej nie przekracza czterech lat¹³⁷ poza wyjątkowymi przypadkami, które są należycie uzasadnione, w szczególności przez przedmiot umowy ramowej (art. 33 ust. 1 zdanie drugie i trzecie). Na marginesie warto jedynie zauważyć, iż obecna definicja umowy ramowej stanowi odzwierciedlenie nieznacznie zmodyfikowanej definicji zawartej w uchylonej dyrektywie 2004/18/WE.

Dyrektywa wskazuje więc, że umowa ramowa jest narzędziem umożliwiającym instytucji zamawiającej przeprowadzanie zakupów w przypadku braku precyzyjnego dookreślenia potrzeb na danym etapie, przy istnieniu ogólnie wyznaczonego zapotrzebowania na dane zamówienie w ustalonym czasie. Nie jest to więc instrument prawny stanowiący zamówienie publiczne, jak również nie jest to tryb postępowania prowadzący do udzielenia zamówienia.

Jeżeli chodzi natomiast o kwestię długości okresu obowiązywania umowy ramowej, to co ciekawe, w motywie 62 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej wskazano w sposób wyraźny, że „choć 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

¹³⁶ Por. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 420.

¹³⁷ Dla porównania – w zamówieniach sektorowych okres obowiązywania umów ramowych co do zasady nie powinien przekraczać 8 lat (art. 51 ust. 1 dyrektywy 2014/25).

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”. W mojej ocenie, takie ujęcie umowy ramowej jest uzasadnione. Nie można bowiem wykluczyć, że np. ze względów technicznych konieczne będzie, aby dane zobowiązanie podjęte na podstawie umowy ramowej trwało dłużej niż sama umowa ramowa. W takim wypadku traktowanie każdej sytuacji jednakowo i uznanie każdorazowo, że dane zobowiązanie może trwać jedynie do terminu końcowego umowy ramowej, byłoby nieuzasadnione. W literaturze podkreśla się, że „ograniczenie czasowe trwania umowy ramowej jest w pełni uzasadnione ograniczeniem konkurencji rynkowej w obszarze takiej umowy ramowej w czasie jej trwania. Pojawiający się w czasie trwania umowy ramowej nowi przedsiębiorcy czy też istniejący już uprzednio na etapie postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej, którzy pozyskali w międzyczasie zdolność do realizacji takich zamówień, na skutek zamkniętego charakteru umowy ramowej mogą być pozbawieni dostępu do tych procedur przez długi czas”¹³⁸. W pełni podzielam pogląd, zgodnie z którym brak ograniczenia czasowego trwania umowy ramowej ograniczałby konkurencję. W razie istnienia możliwości zawierania umów ramowych na czas nieokreślony mogłoby w skrajnych, patologicznych przypadkach dochodzić wręcz do wyłączenia możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców w długim czasie. Można by wręcz postulować zmianę w omawianym zakresie i skrócenie możliwości zawierania umów ramowych (bez dodatkowego uzasadnienia) do maksymalnie 2 lub 3 lat. Z drugiej jednak strony umowa ramowa mogłaby wówczas stracić na atrakcyjności jako instytucja, która poprzez zagregowanie zamówienia w czasie, pozwala zaoszczędzić czas i koszty zamawiającego, wynikające z możliwości jej zawarcia na 4 lata.

Obecnie istniejące procedury dają instytucjom zamawiającym możliwość zawierania umowy ramowej z kilkoma wykonawcami oraz następczego wybierania wykonawcy w procedurze „minikonkursu” zorganizowanego dla stron umowy ramowej, w zależności od potrzeb zakupowych instytucji zamawiającej. Podnosi się, że „w porównaniu z tradycyjnym modelem organizowania przetargu, w którym instytucja zamawiająca ogłasza przetarg na dostawę wszystkich towarów na dany okres przez jednego dostawcę, co może faworyzować większe przedsiębiorstwa, wspomniana wcześniej możliwość daje MŚP szansę ubiegania się o zamówienia, które są w stanie zrealizować. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności

¹³⁸ H. Talago-Sławoj, [w:] *Europejskie prawo zamówień publicznych*, red. H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, Warszawa 2016, s. 355.

wówczas, gdy umowa ramowa zakłada dużą liczbę wykonawców i jest podzielona na części lub gdy zamówienia na podstawie takiej umowy udzielane są w formie części”¹³⁹. Zgadzam się z tym stanowiskiem, jednakże wyłącznie w przypadku, w którym umowa ramowa podzielona jest na części. Trudno bowiem przyjąć, że MŚP ma większe szanse ubiegania się o zamówienie w ramach „minikonkursu” umowy ramowej, jeżeli w odniesieniu do umów ramowych uwzględnia się maksymalną szacunkową wartość bez VAT wszystkich zamówień przewidywanych przez cały okres obowiązywania umowy ramowej. Skoro bowiem umowa ramowa agreguje wartości zamówienia, to warunki udziału powinny być adekwatne do łącznej wartości wszystkich zamówień przewidywanych przez cały okres obowiązywania umowy.

Zgadzam się również ze stwierdzeniem, że „formuła zamówienia prowadzonego w ramach umowy ramowej skierowana jest do instytucji zamawiających, które nie dysponują pełnią wiedzy na temat przedmiotu zamówienia, a w szczególności nie są w stanie precyzyjnie określić zakresu zamówienia i terminów realizacji (zapotrzebowania)”¹⁴⁰. Umowa ramowa nie określa więc co do zasady wszystkich praw i obowiązków wykonawcy i instytucji zamawiającej. Nie jest ona również, o czym wspomniano już wcześniej, zamówieniem publicznym. Umowa ramowa nie stanowi, co do zasady, węzła obligacyjnego, który zobowiązuje wykonawcę do wykonania zamówienia¹⁴¹. Należy zatem przyjąć, że umowa ramowa w prawie zamówień publicznych UE ma charakter umowy cywilnoprawnej o charakterze przygotowawczym, która poprzedza dalsze udzielenie powtarzalnych zamówień publicznych¹⁴². Na marginesie można wskazać, iż w piśmiennictwie europejskim dla scharakteryzowania umowy ramowej używa się stwierdzenia „umowa niekompletna” (z ang. *incomplete agreement*)¹⁴³.

Dyrektywa, co już wskazano, przyjmuje jako zasadę, że okres trwania umowy ramowej nie powinien przekroczyć czterech lat, podkreślając jednocześnie, że w pewnych wyjątkowych przypadkach możliwe jest zawarcie omawianej umowy na okres dłuższy. Nie sprecyzowano jednak, na czym miałyby polegać owe „wyjątkowe przypadki”, ograniczając się jedynie do przyjęcia, iż powinny być należycie uzasadnione w szczególności przez przedmiot umowy

¹³⁹ Dokument roboczy służb Komisji, Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk ułatwiający dostęp MŚP do zamówień publicznych, Bruksela, 25.6.2008, SEC(2008)2193, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_pl.pdf.

¹⁴⁰ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 33.

¹⁴¹ Por. też wyroku SN z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt V CSK 42/09, z której wynika m.in., że zobowiązanie się w umowie o współpracy do zawierania w przyszłości rodzajowo oznaczonych umów, bez określenia ich istotnych postanowień, nie jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania, Legalis nr 178948.

¹⁴² Por. G. Wicik, *Charakter prawny...*

¹⁴³ Tak: M. Andrecka, *Framework agreements...*, s. 129.

ramowej. W mojej ocenie za „wyjątkowy przypadek”, uzasadniony z uwagi na przedmiot umowy ramowej, można by uznać sytuację, w której zawierana jest umowa ramowa np. z tzw. przedsiębiorstwami sieciowymi. Przykładowo, w polskim systemie prawnym przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne, działające na podstawie ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków¹⁴⁴, dostarczają wodę i odprowadzają ścieki często na zasadach monopolu, co wynika z oczywistych uwarunkowań na danym terenie. Stawianie przez prawodawcę sztucznych wymogów dotyczących konieczności zawierania nowej umowy co kilka lat, w takim wypadku można by zatem uznać za nieuzasadnione. Analogicznie należałoby potraktować możliwość zawierania umów ramowych z dostawcami ciepła, czy też gazu z sieci gazowej. Biorąc jednak pod uwagę wskazane wyżej zagrożenia, związane z możliwością naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez arbitralne uznanie, że w danej sytuacji zachodzi ów „wyjątkowy przypadek”, należałoby zalecić dokonywanie ścisłej wykładni wspomnianego wyjątku.

Umowa ramowa cechuje się również trwałością warunków, na jakich została zawarta, co oznacza, że realizacja zobowiązania zawartego w wyniku uprzednio podpisanej umowy ramowej nie powinna powodować zmiany warunków określonych pierwotnie w tej umowie. W nowej dyrektywie klasycznej uszczegółowiono również kwestię podmiotów, które mogą być stronami umowy ramowej. Otóż, umowy ramowe mogą być stosowane wyłącznie pomiędzy tymi instytucjami zamawiającymi, które wyraźnie wskazano w tym celu w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, a wykonawcami będącymi stronami zawartej umowy ramowej. Naruszenie przedmiotowego zakazu doprowadziłoby bowiem do zawarcia przez dany podmiot umowy bez zastosowania procedury wymaganej przepisami prawa oraz do udzielenia zamówienia bez zastosowania trybu udzielenia zamówienia. W piśmiennictwie podkreśla się również, że zidentyfikowanie instytucji zamawiającej w umowie może nastąpić również „np. przez odesłanie do konkretnych instytucji zamawiających w wyraźnie oznaczonym obszarze geograficznym, tak by można było łatwo i jednoznacznie zidentyfikować te instytucje zamawiające”¹⁴⁵.

Obecne przepisy unijne dają także możliwość stosowania umów ramowych przez centralne jednostki zakupujące realizujące scentralizowane działania zakupowe. Również kilka podmiotów zamawiających z różnych państw członkowskich, w ramach zamówień

¹⁴⁴ Dz.U. z 2017 r. poz. 328 ze zm.

¹⁴⁵ W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 421.

transgranicznych, może stosować instytucję umowy ramowej. Oznacza to, że zamawiający, zgodnie z prawem UE, może stosować kilka sposobów agregacji zamówienia jednocześnie (np. wykorzystanie centralnego zamawiającego oraz umowa ramowa). W takim przypadku sumowanie zamówienia następuje poprzez skumulowanie zamówienia w czasie, jak również zagregowanie instytucji zamawiających w ramach jednego postępowania. Instytucje zamawiające muszą wówczas, co oczywiste, brać pod uwagę zarówno obowiązywanie regulacji dotyczących umów ramowych, jak i centralnego zamawiającego. Na marginesie warto przypomnieć, że już na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów stosowanie umów ramowych w ramach zamówień scentralizowanych było możliwe i dość popularne, na co zwróciłem uwagę w I rozdziale, w zakresie dotyczącym stosowania metod agregacji w Unii Europejskiej.

Umowy ramowe są narzędziem prawnym, w przypadku którego nie tylko po stronie zamawiających może zaistnieć wielość podmiotów. W tym kontekście istotne jest, że zawarcie umowy ramowej z kilkoma wykonawcami może umożliwić szerszy dostęp do zamówienia przedsiębiorstwom z rynku MŚP. W takiej sytuacji wspomniani wykonawcy mogą mieć bowiem możliwość sukcesywnego pozyskiwania zamówień częściowych, w ramach podzielonego, łącznego zamówienia o większej wartości.

Odnosnie do powyższego trzeba zauważyć, że nowa dyrektywa klasyczna wskazuje na istnienie dwóch podstawowych sposobów zawierania umów ramowych, różnicując sposób procedowania w zależności od tego, czy instytucja zamawiająca zawiera umowę z jednym wykonawcą, czy też wieloma podmiotami. W przeciwieństwie do postanowień dyrektywy 2004/18/WE, nowa regulacja w tym zakresie nie precyzuje, że wykonawców powinno być co najmniej trzech. Zmiana ta wydaje się jak najbardziej uzasadniona, utrzymywanie przedmiotowego ograniczenia w obecnym brzmieniu przepisów nowej dyrektywy klasycznej, wydaje się bowiem zupełnie bezcelowe.

W przypadku, gdy umowę ramową zawiera się z jednym wykonawcą, zamówień opartych na takiej umowie udziela się na warunkach w niej określonych (art. 33 ust. 3 zdanie pierwsze nowej dyrektywy klasycznej). Instytucje zamawiające mogą wówczas pisemnie konsultować się z wykonawcą będącym stroną danej umowy ramowej, żądając od niego, w razie potrzeby, uzupełnienia oferty.

W nowej dyrektywie klasycznej znacznie szerzej niż poprzednio uregulowana jest kwestia zawierania umowy ramowej z więcej niż jednym z wykonawców. Zgodnie z obecnie obowiązującymi postanowieniami, w takiej sytuacji możliwe są następujące rozwiązania:

- 1) W pierwszym przypadku umowa ramowa w sposób wyczerpujący określa wszystkie warunki realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych oraz dokumenty zamówienia określają warunki, na jakich mają zostać wyłonieni wykonawcy realizujący umowę ramową. Nie ma obowiązku przeprowadzania dodatkowej procedury konkurencyjnej, albowiem kwestia należytego wyboru wykonawców została już zrealizowana przed zawarciem umowy ramowej. W praktyce wskazuje się, że przedmiotowa procedura może mieć zastosowanie do zamówień np. na dostawę sprzętu biurowego – faksów, komputerów, drukarek – z uwagi na możliwość ustalenia parametrów i ceny z góry, już w umowie ramowej¹⁴⁶. Nawiązując natomiast do uregulowań art. 91 ust. 2a polskiej ustawy – Prawo zamówień publicznych, można by zaryzykować stwierdzenie, że przedmiotowa procedura jest adekwatna do postępowań, w których przedmiot zamówienia ma ustalone „standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia”.
- 2) W drugim przypadku, gdy umowa ramowa również w sposób wyczerpujący określa wszystkie warunki realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych, częściowo bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej zgodnie z pkt 1, a częściowo po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej (taka możliwość musi jednak być przewidziana przez instytucje zamawiające w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej). Dodatkowo, prawodawca unijny wskazuje, że decyzja o tym, czy określone usługi, dostawy lub roboty budowlane będą nabyte po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej lub bezpośrednio na warunkach umowy ramowej, jest podejmowana na podstawie obiektywnych kryteriów, określanych w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Wspomniane dokumenty zamówienia określają również, które warunki wskazane w umowie ramowej mogą być przedmiotem ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej. Nowa dyrektywa klasyczna wskazuje ponadto, że możliwości przewidziane w zdaniu pierwszym niniejszego punktu mają zastosowanie do wszelkich części umowy ramowej, dla których określono wszystkie warunki dotyczące realizacji przedmiotowych robót budowlanych, usług i dostaw, bez względu na to, czy w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji przedmiotowych robót budowlanych, usług i dostaw dla pozostałych części tej umowy.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 423.

- 3) Wreszcie ostatnia sytuacja stanowi o przypadku, gdy nie wszystkie warunki dotyczące realizacji przedmiotowych robót budowlanych, usług i dostaw określono w umowie ramowej. Wówczas należy ponownie poddać zamówienie procedurze konkurencyjnej między wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej.

Nowa dyrektywa klasyczna wskazuje dodatkowo, że postępowanie konkurencyjne, opisane w pkt 2 i 3 powyżej, opiera się na tych samych warunkach, które zostały zastosowane na potrzeby zawarcia umowy ramowej. Dopuszczalne jest jedynie w razie potrzeby bardziej szczegółowe doprecyzowanie warunków. Instytucje zamawiające powinny wyznaczyć odpowiednio długi termin na złożenie ofert, przy uwzględnieniu czynników takich, jak m.in. złożoność przedmiotu zamówienia. W ramach omawianej procedury konkurencyjnej, oferty winny być składane na piśmie, a z ich zawartością nie można się zapoznać przed upływem terminu przewidzianego na odpowiedź na ich złożenie. Zastrzeżono więc, co oczywiste, że w postępowaniu obowiązuje zasada tajności aż do upływu terminu złożenia ofert.

W kontekście trybów udzielania zamówień stosowanych przy wykorzystywaniu instrumentu umów ramowych, warto zwrócić uwagę na fakt, że przepisy nowej dyrektywy klasycznej nie zakazują wprost instytucjom zamawiającym zamierzającym zawrzeć umowę ramową stosowania procedur ograniczonych. W doktrynie wskazuje się, że stosowanie dialogu konkurencyjnego lub też partnerstwa innowacyjnego jest jak najbardziej dopuszczalne¹⁴⁷. Podkreśla się również dopuszczalność zastosowania w takiej sytuacji trybu negocjacji bez ogłoszenia¹⁴⁸.

Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który złożył najlepszą ofertę, na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia, określonych w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Jeżeli chodzi natomiast o formę składania ofert, to w ramach procedury obowiązującej przy umowie ramowej mogą być one składane w postaci katalogów elektronicznych. Zamawiający (w przypadku gdy umowa ramowa została zawarta z co najmniej dwoma wykonawcami) mają prawo zdecydować, że ponowne poddanie konkretnych zamówień procedurze konkurencyjnej odbywa się zgodnie ze zaktualizowanymi katalogami elektronicznymi. W przypadku procedowania na podstawie ww. aktualizacji katalogów, dyrektywa przewiduje możliwość zastosowania przez instytucje zamawiające jednej z dwóch metod. Pierwsza opiera się na zaproszeniu wykonawców do ponownego złożenia katalogów

¹⁴⁷ M. Andrecka, *Framework agreements...*, s. 146.

¹⁴⁸ W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 421.

elektronicznych, które mają być dostosowane do wymagań danego zamówienia. Druga metoda stanowi o powiadamianiu wykonawców, że ze złożonych już katalogów elektronicznych instytucja zamawiająca pobierze informacje niezbędne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia pod warunkiem, że o stosowaniu tej metody poinformowano w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Wówczas dana instytucja zamawiająca winna zawiadomić o konkretnym terminie (data i godzina) pobrania informacji, przy zapewnieniu możliwości dokonania odmowy zgody na pobranie omawianych treści. „Zamawiający powinni zapewnić wystarczający czas między powiadomieniem a faktycznym pobraniem informacji, a przed udzieleniem zamówienia przedstawić danemu oferentowi pobrane informacje dla ich zakwestionowania lub potwierdzenia, że sporządzona oferta nie zawiera żadnych istotnych błędów”¹⁴⁹. Odnosząc się do instytucji katalogów elektronicznych należy również zauważyć, że na gruncie postanowień nowej dyrektywy klasycznej podnoszone są tezy, że „nowe przepisy dotyczące stosowania katalogów elektronicznych mogą stanowić praktyczne wytyczne dla szerszego wykorzystania ich w praktyce, to jednak posiadają one jedną znaczącą wadę. Wykorzystanie katalogów elektronicznych opiera się bowiem na założeniu, że katalogi te będą statyczne, w tym sensie, że produkty i usługi nimi objęte nie będą, co do zasady, zmieniały się w czasie, a ceny je obejmujące będą zmieniane tylko wtedy, gdy instytucja zamawiająca zwróci się do wykonawcy o aktualizację katalogu. Nie wykorzystano zatem w pełni możliwości, jakie dają elektronicznie katalogi, w szczególności w zakresie bieżącej aktualizacji katalogów. Warto pamiętać, że w niektórych branżach, np. IT – ceny ulegają wahaniom praktycznie codziennie”¹⁵⁰. Teza wydaje się być słuszna, jednakże to tzw. praktyka pokaże, jak powszechnie będzie stosowana dana instytucja prawna.

Jeżeli chodzi o obowiązek zamieszczenia ogłoszenia, to dyrektywa, podobnie jak poprzednie uregulowania w tej materii, utrzymuje dotychczasowe zasady, zgodnie z którymi zamawiający nie są zobowiązani do przysyłania ogłoszenia informującego o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia dla każdego zamówienia złożonego na podstawie zawartej umowy ramowej. Taka zasada została wskazana w art. 50 ust. 2 dyrektywy. Z drugiej strony natomiast państwa członkowskie mogą zobligować do ogłaszania o wynikach postępowań prowadzonych na podstawie umowy ramowej w okresach kwartalnych. W tym

¹⁴⁹ J. Pożarowska, [w:] M. Olejarz (red.), J. Pożarowska i in., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2014, s. 59.

¹⁵⁰ W. Hartung, M. Bagłał, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 448.

wypadku instytucja zamawiająca powinna przesłać ogłoszenie zbiorcze w ciągu 30 dni od zakończenia kwartału.

Podsumowując, należy stwierdzić, że umowy ramowe w prawie UE są obecnie jednym z podstawowych instrumentów prawnych służących agregowaniu zamówień. Omawiana instytucja prawna przeznaczona jest dla podmiotów, które na etapie wystąpienia potrzeby udzielenia zamówienia, nie są w stanie precyzyjnie określić zakresu przedmiotu zamówienia, jak również terminów ich realizacji. Celem uregulowania przedmiotowej instytucji było również umożliwienie zamawiającym zawierania umów z kilkoma wykonawcami, co ma umożliwić szersze dopuszczenie do rynku zamówień podmiotów z segmentu MŚP. Omawiany instrument prawny jest obecnie dość powszechnie stosowany, zwłaszcza w niektórych państwach UE, które poprzez użycie centralnych jednostek zakupujących zajmują się organizacją i prowadzeniem postępowań w imieniu i na rzecz wielu podmiotów. Dyrektywa wprowadziła szereg nowych unormowań (m.in. katalogi elektroniczne), które ustawodawcy krajowi byli zobowiązani uwzględnić w swoich systemach prawnych. Nowe rozwiązania cechuje również większa szczegółowość w porównaniu z regulacjami przyjętymi w dyrektywie klasycznej z 2004 r. Niezmienny pozostaje, w mojej ocenie, główny cel umów ramowych, jakim jest uzyskanie efektu skali przez zamawiających, oszczędność czasu oraz obniżenie kosztów.

4. Umowy ramowa w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Umowa ramowa, jako instytucja prawna w zakresie zamówień publicznych, została implementowana do polskiego porządku prawnego na mocy postanowień dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE. Do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁵¹, nowelizującej ustawę Pzp, instytucja umowy ramowej przewidziana była wyłącznie dla zamawiających stosujących przepisy o zamówieniach sektorowych. Celem nowelizacji było więc wprowadzenie możliwości zawierania umów ramowych również przez tzw. zamawiających klasycznych.

Na ówczesnym etapie prac legislacyjnych argumentowano, że „centralny zamawiający, umowy ramowe i zwiększenie możliwości zastosowania dynamicznego systemu zakupów oraz

¹⁵¹ Dz.U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551.

innych środków elektronicznych, a także preferencyjne uregulowania co do długości etapów postępowania dla zamawiających korzystających z takich środków ma, zgodnie z przewidywaniami projektodawcy, spowodować przyspieszenie procedur udzielania zamówień. Obniży to uciążliwość procedur związanych z zamówieniami publicznymi dla podmiotów, które są zmuszone je stosować, pozwalając na elastyczniejsze i sprawniejsze zaspokajanie ich potrzeb, szczególnie tych, które trudne są do przewidzenia czy zaplanowania. Może to skutkować wzrostem skuteczności działania i wykonywania swoich zadań przez takie podmioty”¹⁵². Już zatem na początku istnienia tej instytucji na gruncie polskiego porządku prawnego podkreślano, że umowy ramowe mają usprawnić procedury wyboru wykonawców. Interesujące jest, że w ten sam sposób opisywano inne techniki agregacji, takie jak instytucje centralnego zamawiającego oraz dynamicznego systemu zakupów, które są również przedmiotem niniejszego opracowania. Także w piśmiennictwie wskazywano ówczesznie, że „zastosowanie rozwiązania, jakim jest umowa ramowa, pozwala przyspieszyć i znacznie uprościć proces udzielania zamówienia jednostkowego. Rozwiązanie to pozwala również na znaczną stabilizację stosunków gospodarczych w dłuższym okresie czasu”¹⁵³.

W ramach wskazanej nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych wprowadzono definicję umowy ramowej, która pomimo zmian w zakresie przepisów regulujących daną instytucję na przestrzeni lat pozostaje do dnia dzisiejszego niezmieniona. Mimo modyfikacji dokonanych w 2016 r. w zakresie art. 99 i n. ustawy Pzp, regulujących kwestię zawierania umów ramowych, definicja od momentu jej wprowadzenia do omawianej ustawy pozostaje więc w niezmienionym brzmieniu. Umowa ramowa oznacza zatem umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą być udzielone w danym okresie, w szczególności cen i – jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości (art. 2 pkt 9a ustawy Pzp).

Bez względu na fakt, że umowa ramowa została transponowana do polskiego porządku prawnego wprost z dyrektywy 2004/18/WE, powyżej wskazana definicja tej instytucji prawnej, obowiązująca w ustawie Pzp, różniła się od definicji umowy ramowej, zawartej w art. 1 ust. 5 ww. aktu prawnego. Zgodnie z pojęciem zamieszczonym w dyrektywie 2004/18/WE umowa ramowa mogła być, wbrew uregulowaniu wskazanemu w art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, zawierana

¹⁵² Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy 4173) z dnia 8 lipca 2005 r., <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/Opwsdr?OpenForm&4173>.

¹⁵³ E. Wiktorowska, *Umowy ramowe*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 4, s. 10.

przez kilka instytucji zamawiających. Biorąc jednak pod uwagę treść postanowienia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp (przepis ten nadal obowiązuje), które pozwala zamawiającym wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, należy stwierdzić, iż brak było sprzeczności pomiędzy omawianymi definicjami. Trzeba więc uznać, że umowa ramowa mogła być zawarta przez kilku zamawiających, którzy powinni wyznaczyć spośród siebie podmiot upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

W literaturze podnosi się, że istnieją wątpliwości, czy umowa ramowa, która została zawarta z kilkoma wykonawcami, jest umową wielostronną, czy też jest jedynie szeregiem umów dwustronnych zawieranych przez zamawiającego i poszczególnych wykonawców¹⁵⁴. Według mnie należy przyjąć, że umowa ramowa zawarta z wieloma wykonawcami jest umową wielostronną, w przypadku której po jednej ze stron występuje kilka podmiotów. Jednakże przedmiotowa kwestia ma bardziej doniosłe znaczenie teoretyczne na gruncie prawa cywilnego niż prawa zamówień publicznych. Dodatkowo, w piśmiennictwie podkreśla się także, że „regulacja umowy ramowej nie jest jednak wyczerpująca, nie normuje bowiem typowych klauzul tego rodzaju porozumień. Polega ona wyłącznie na ustawowym nałożeniu na strony umowy ramowej określonych powinności o charakterze publicznoprawnym (np. spoczywający na zamawiającym obowiązek zachowania przetargowego trybu udzielania zamówień objętych umową zawartą z większą liczbą wykonawców) oraz na obarczeniu ich pewnymi zakazami (np. zakazem dokonywania istotnych zmian warunków zamówienia jednostkowego w stosunku do określonych w porozumieniu ramowym, zakazem zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata)”¹⁵⁵.

W świetle problematyki niniejszego opracowania istotna jest ocena prawna regulacji przyjętej na gruncie ustawy Pzp, a zatem ocena umowy ramowej w odniesieniu do konkretnych praw i obowiązków stron danego zobowiązania, podjętego na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na interesujący pogląd, wyrażony w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „analiza charakteru prawnego umowy ramowej prowadzi do wniosku, że umowa ta określa jedynie jak sama nazwa wskazuje ramy umowne, a nie precyzuje warunków szczegółowych, które zostaną dokonane w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego. Niesłuszne jest domaganie się kompleksowego uregulowania wszystkich szczegółowych zagadnień postępowaniu na

¹⁵⁴ G. Wicik, *Treść umów...*

¹⁵⁵ *Idem*, *Charakter prawny...*

zawarcie umowy ramowej a związanych z kontraktowaniem umów częściowych”¹⁵⁶. Pogląd ten należy podzielić, albowiem w razie przyjęcia, iż umowa ramowa powinna zawierać wyłącznie sprecyzowane zobowiązania stron, brak byłoby konieczności składania jakichkolwiek dyspozycji w celu realizacji zamówienia przez strony tej umowy. Stanowisko KIO wskazuje zatem, jak ukształtowano umowę ramową na gruncie ustawy Pzp. Mianowicie umowa ramowa nie została uregulowana jako definitywna umowa o ramowej postaci, a kontrakt, który wymaga dalszej konkretyzacji przez strony tego zobowiązania.

W postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, na mocy wcześniej wspomnianej nowelizacji ustawy Pzp z 2006 r., przyjęto w art. 99 zasadę, zgodnie z którą zamawiający mógł zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Do zawarcia umowy ramowej powinno zatem dojść dopiero po przeprowadzeniu postępowania, przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem. Na marginesie warto zaznaczyć, że konieczność odpowiedniego stosowania procedury negocjacji z ogłoszeniem nie oznaczała, iż jej zastosowanie było dopuszczalne w innych przypadkach niż w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 55 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast przewidziana przez ustawodawcę procedura odpowiedniego stosowania omawianych trybów, pozwalała na ich dopasowanie do potrzeb postępowania, mającego na celu zawarcie umowy ramowej, co miało skutkować m.in. umożliwieniem zamawiającemu dokonania wyboru w jednym postępowaniu większej liczby wykonawców. Z definicji legalnej zamówienia, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp można było wywnioskować, że na mocy zmiany ustawy Pzp nie wprowadzono rozwiązania, zgodnie z którym umowa ramowa miała stanowić zamówienie publiczne, było to natomiast ustalenie zasad zawarcia w przyszłości przez zamawiającego umów, które będą stanowić wspomniane zamówienie. Pozytywnie należy ocenić fakt, że umowę ramową można było zgodnie z ówczesnym brzmieniem ustawy Pzp zawrzeć po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego. Ograniczenie możliwości zawierania umów ramowych poprzez korzystanie głównie np. z tzw. trybów niekonkurencyjnych miałoby niewątpliwie negatywny wpływ na rozszerzenie konkurencji, w tym również możliwość udziału w zamówieniach wykonawców z segmentu MŚP.

¹⁵⁶ Tak: KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2545/11, Legalis nr 432933.

Odnosnie do charakteru prawnego omawianej instytucji należy również dodać, że w doktrynie wskazywano, że umowa ramowa nie jest umową przedwstępną, o której mowa w art. 389 k.c.¹⁵⁷ Nie brakowało jednak poglądów przeciwnych¹⁵⁸. Umowa ta nie mogła także stanowić podstawy do występowania przez wykonawców z roszczeniami dotyczącymi np. udzielenia zamówienia. Ponadto strony tego zobowiązania nie były zobligowane do ustalania konkretnych cen wiążących zamawiającego. W orzecznictwie KIO podkreślono, że „celem postępowania o zawarcie umowy ramowej, nie jest udzielenie zamówienia publicznego, ale ustalenie warunków do zawarcia umowy następcej, to jest umowy realizacyjnej zamówienia publicznego. Zawarcie umowy ramowej, nie obliguje Zamawiającego do zawarcia umów realizacyjnych”¹⁵⁹. Z drugiej strony umowa ramowa nie obligowała również wykonawców, którzy ją zawarli, do wzięcia udziału w postępowaniach mających na celu udzielenie zamówienia definitywnego. Takie działanie ustawodawcy miało, w mojej ocenie, niewątpliwie pozytywny skutek, jeżeli chodzi o obydwie strony umowy ramowej, mianowicie zamawiający nie był związany warunkami umowy, które mogły okazać się niekorzystne w długim czasie (np. z uwagi na zjawisko inflacji lub deflacji), a wykonawcy nie byli w takiej sytuacji narażani na straty. Innym wymiernym aspektem, jednakże ważnym w kontekście problematyki niniejszej pracy, jest fakt, że brak obowiązku zawierania umów realizacyjnych umożliwiał MŚP (nie związanym umową ramową) oferowanie danemu zamawiającemu usług, dostaw lub robót budowlanych w okresie trwania umowy ramowej, co mogło mieć niewątpliwie korzystny wpływ na konkurencję na danym rynku.

W piśmiennictwie podkreślono, że umowa ramowa uregulowana w ustawie Pzp różni się od „klasycznej” umowy ramowej definiowanej przez prawo zobowiązań, zgodnie z którym umowa ta określa warunki zawarcia umów realizacyjnych oraz zobowiązuje do podjęcia starań w celu ich zawarcia, a oprócz tego istnieje możliwość żądania odszkodowania, związanego z niewykonaniem zobowiązania. Tymczasem na gruncie ustawy Pzp warunki zawierania umów realizacyjnych zostały określone w przepisach rangi ustawowej, a ponadto brak jest podstaw do wyrażenia tezy, iż stronom przysługują roszczenia w związku z rezygnacją z zawarcia umowy wykonawczej¹⁶⁰. Żadna ze stron nie miała zatem możliwości, żeby przymusić kontrahenta do

¹⁵⁷ Por. J. Jerzykowski, *Komentarz...*, s. 554.

¹⁵⁸ Za uznaniem w pewnych wypadkach umowy ramowej za umowę przedwstępną wypowiedział się m.in. J. Strzępka, *Umowy ramowe w typologii umów*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, nr 3, s. 20.

¹⁵⁹ Tak: KIO w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08, Lex nr 485633.

¹⁶⁰ Por. D. Rogoń, *Komentarz do przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, art. 2, Lex.

wykonania zobowiązania. Istotne jest jednak, że w orzecznictwie KIO przyjęto ówczas, że w postępowaniach dotyczących zawarcia umowy ramowej przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. W jednym z orzeczeń przesądzono, że wykonawcy również we wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej etapach postępowania, jak np. ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcie umowy ramowej, posiadają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej¹⁶¹. Stanowisko takie należy zaaprobować z uwagi na fakt, iż przyznało ono ochronę wykonawcom w dochodzeniu przez nich praw związanych z ww. naruszeniami.

Zgodnie z przyjętym wówczas rozwiązaniem, co nie zmieniło się do dnia dzisiejszego, umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy (art. 100 ust. 1 ustawy Pzp). Warto zwrócić uwagę, że przesłanki (przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego) pozwalające na zawarcie umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata powinny być spełnione łącznie. W razie zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający powinien niezwłocznie zawiadomić Prezesa UZP o tym fakcie, podając jednocześnie wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Ustawowe ograniczenie długości trwania umowy ramowej oraz obowiązek powiadamiania Prezesa UZP w razie zawarcia umowy na dłuższy niż 4 lata okres, należy w odniesieniu do dotychczas obowiązujących uregulowań ocenić pozytywnie. Brak kontroli nad okresem trwania umów ramowych stałby, w mojej ocenie, w sprzeczności z możliwościami kontrolowania przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i mógłby utrudniać dostęp do zamówień wykonawcom, w tym w szczególności mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom. Jest to istotne, albowiem umowa ramowa (w przeciwieństwie do dynamicznego systemu zakupów) miała i nadal ma charakter zamknięty, co oznacza, że po jej zawarciu inni (niż będący stroną umowy ramowej) wykonawcy nie są dopuszczani do możliwości realizacji, w ramach tej metody agregowania, zobowiązań na rzecz zamawiającego. Odnośnie do „zamkniętego charakteru” umowy ramowej w literaturze podnosi się, że „stabilizacja rynku wykonawców może mieć jednak swoje złe strony. W okresie obowiązywania umowy lista wykonawców jest zamknięta. Jeżeli któryś z wykonawców zaprzestanie działalności, ich liczba zmniejsza się, a jego miejsca nie może zająć nikt inny”¹⁶².

¹⁶¹ Por. wyrok KIO z dnia 25 września 2012 r., sygn. akt 1946/12, Lex nr 1219486.

¹⁶² Tak: P. Szulc, *Umowy ramowe po nowelizacji*, „Przetargi Publiczne” 2007, nr 7, s. 13.

Jak już wskazano poprzednio, zamawiający mógł zawrzeć umowę ramową z jednym lub wieloma wykonawcami. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien on określić m.in. maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową, jeżeli oczywiście przewidywał jej zawarcie. Zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą było dopuszczalne w sytuacji, w której, w szczególności z przyczyn technicznych lub organizacyjnych, zawarcie umowy z większą ich liczbą byłoby dla zamawiającego niekorzystne. Należy jednak zwrócić uwagę, że zawarcie umowy ramowej wyłącznie z jednym podmiotem było obarczone ryzykiem związanym z faktem, że jak już wspominałem, brak było po ich stronie obowiązku udziału w zamówieniu definitywnym. Przykładowo, w jednym z wyroków KIO podkreśliła, że art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „przewiduje zapraszanie wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową, do składania ofert na umowy wykonawcze (częstkowe), ale nie ma tam mowy o przymusie składania takich ofert. Istotne znaczenie w wyżej wymienionym przepisie ma wyraz »zapraszając«, który wskazuje na dowolność przyjęcia, bądź zignorowania zaproszenia przez zapraszanego”¹⁶³. Tak więc, dla zamawiającego znacznie korzystniejsze mogło być wielokrotnie zawarcie przedmiotowej umowy z większą liczbą wykonawców, albowiem minimalizował on w ten sposób ryzyko wskazane powyżej, a ponadto pozwalało mu to uzyskać realizację zamówienia definitywnego na korzystniejszych dla siebie warunkach. W doktrynie podkreślono jednak, że w wielu przypadkach, zamawiający narzucali w postanowieniach umowy ramowej wymóg realizacji umów wykonawczych w razie zaistnienia zapotrzebowania po stronie zamawiającego. Umowy te miały zatem w tym zakresie charakter jednostronnie zobowiązujący¹⁶⁴. Mam uzasadnione wątpliwości, czy jednostronne zobowiązywanie wykonawców do świadczenia było zgodne z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., choć z drugiej strony należy mieć na uwadze, że „na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach”¹⁶⁵.

Trzeba przyjąć, że co do zasady zamawiający powinien zawierać umowę ramową, co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej

¹⁶³ Tak: KIO w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1711/13, Legalis nr 747276.

¹⁶⁴ Por. G. Wicik, *Treść umów...*

¹⁶⁵ Tak: SO we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, Lex nr 1713249.

wykonawców. Brak było przy tym (co było według mnie rozwiązaniem słusznym) wyznaczenia przez ustawodawcę maksymalnej liczby wykonawców, z którymi może być zawarta omawiana umowa.

Skoro, jak już wskazano, sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodził po stronie zamawiającego roszczeń w stosunku do wykonawców, podmiot ten, chcąc udzielić zamówienia definitywnego, którego przedmiot objęty był tą umową, zobowiązany był do stosowania przepisów określonych w art. 101 ustawy Pzp. Przepis ten ulegał zmianom na mocy poszczególnych nowelizacji na przestrzeni lat, w konsekwencji został uchylony nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. Generalnie w art. 101 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził rozróżnienie dotyczące faktu, czy umowa ramowa była zawarta z jednym, czy z większą liczbą wykonawców. Przykładowo, zgodnie ostatnim brzmieniem art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp¹⁶⁶ (przed nowelizacją z 22 czerwca 2016 r.), w sytuacji, w której zamawiający zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą, udzielenie zamówienia mogło nastąpić na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Odpowiednie zastosowanie w tym przypadku miała procedura wskazana w art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, dotycząca udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zgodnie natomiast z brzmieniem przedmiotowego artykułu wprowadzonym, wspomnianą już w niniejszej pracy, nowelą do ustawy Pzp z 7 kwietnia 2006 r. zamawiający, jeżeli zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą, udzielał zamówienia, którego przedmiot był objęty umową ramową, w trybie zamówienia z wolnej ręki (bez konieczności stosowania przesłanek do wyboru tego trybu). Tymczasem, w razie zawarcia umowy z kilkoma wykonawcami, udzielenie zamówienia publicznego miało miejsce albo w trybie negocjacji bez ogłoszenia, albo (po wspomnianej nowelizacji ustawy Pzp z 13 kwietnia 2007 r.) poprzez zastosowanie procedury zaproszenia do składania ofert. W piśmiennictwie podkreślono, że w praktyce „wiele projektów umów było skonstruowanych wariantowo; na wypadek gdyby wskutek wpłynięcia tylko jednej niepodlegającej odrzuceniu oferty doszło do zawarcia umowy z jednym wykonawcą, w miejsce trybu przetargowego miały wchodzić negocjacje lub tryb ofertowy”¹⁶⁷. Takie działanie miało zatem w ocenie zamawiających zapobiegać sytuacji, w której wskutek otrzymania przez nich wyłącznie jednej oferty postanowienia umowy ramowej byłyby nieadekwatne do zaistniałego stanu faktycznego.

¹⁶⁶ Treść ustalono w wyniku nowelizacji ustawy Pzp dokonanej na mocy ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. Nr 82, poz. 560).

¹⁶⁷ G. Wicik, *Treść umów...*

Niezależnie natomiast od faktu, czy zamawiający zawarł umowę ramową z jednym czy kilkoma wykonawcami, ustawodawca przewidział możliwość dokonania zmiany warunków zamówienia, w stosunku do określonych w umowie ramowej. Należy jednak przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający mógł dokonać przedmiotowej zmiany, jeżeli nie była ona istotna. W ustawie wskazano wprost, że zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej. Jeżeli chodzi o istotność zmian, to podkreślano, że powinna być ona oceniana według kryteriów subiektywnych, zgodnych z zamiarem stron zawierających umowę ramową, a nie według kryteriów obiektywnych¹⁶⁸. Przykładowo, jak wskazano w jednym z wyroków KIO, „postanowienia dotyczące kar umownych są co do zasady istotnymi warunkami umowy zastrzeżanymi przez strony, a ich dowolne modyfikowanie przez zamawiającego może być uznane za czynność dokonaną z naruszeniem art. 101 ust. 2 ustawy Pzp”¹⁶⁹. „Przez pojęcie istotnych postanowień umowy (art. 101 ust. 2 ustawy Pzp) należy rozumieć zapisy określające przedmiotowo istotne postanowienia przyszłej umowy, wynikające z treści umowy ramowej. Nie może zatem to dotyczyć istotnych postanowień umowy wskazanych w umowie ramowej ani też przyjętych kryteriów oceny ofert, muszą one bowiem pozostać niezmienione w całym okresie obowiązywania umowy ramowej”¹⁷⁰. Nie podzielam poglądu, zgodnie z którym w powyżej wskazanym zakresie należało kierować się kryteriami subiektywnymi. W razie ewentualnej kontroli tego rodzaju kryteria trudno byłoby ocenić, albowiem kontrolujący musiałby postawić się w roli jednej ze stron umowy. Istotność zmian powinna być w takim przypadku interpretowana w odniesieniu do kryteriów obiektywnych, ponieważ tylko takie kryteria mogły zapewnić dostęp do danego zamówienia dla MŚP. W innym przypadku zamawiający, naruszający ww. regulacje mógł używać, chybionej w mojej ocenie, argumentacji o subiektywnym uznaniu zmiany za nieistotną. Wówczas mikro-, mali i średni przedsiębiorcy byłiby objęci iluzoryczną ochroną w powyżej wskazanym zakresie.

W przypadku umowy ramowej, zawartej z kilkoma wykonawcami oferta składana przez wykonawcę nie mogła być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. W jednym z wyroków KIO wskazano, że celem zakazu było „uniemożliwienie udzielenia zamówienia na mniej korzystnych warunkach niż ustalone uprzednio w umowie ramowej”¹⁷¹. Istotny jest również w

¹⁶⁸ Por. P. Pelczyński, *Prawo zamówień...*, s. 619.

¹⁶⁹ Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1069/12; KIO 1082/12, Lex nr 1168928.

¹⁷⁰ K. Padrak, *Umowa ramowa*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2008, teza nr 5, Lex nr 94518/5.

¹⁷¹ Tak: KIO w wyroku z dnia 28 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1037/16, Legalis nr 1507374.

tym zakresie fakt, że w razie złożenia przez wykonawcę oferty, która byłaby choćby omyłkowo mniej korzystna dla zamawiającego, a więc naruszałaby zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 3 ustawy Pzp, brak było podstaw do poprawienia takiej omyłki, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp¹⁷².

Jak wskazano powyżej, w zależności od tego, czy umowa ramowa była zawarta z jednym czy też z wieloma wykonawcami, zamawiający albo udzielał zamówienia jednemu podmiotowi i zawierał z nim umowę wykonawczą, albo w razie zawarcia umowy ramowej z wieloma wykonawcami zawierał tę umowę po wyborze najkorzystniejszej oferty¹⁷³. Umowy wykonawcze miały wielokrotnie za zadanie doprecyzowanie postanowień zawartych w umowie ramowej, która określała, jak sama nazwa wskazuje, jedynie ramy współpracy stron. W orzecznictwie podkreślono, że brak jest podstaw do domagania się przez wykonawcę kompleksowego uregulowania w umowie ramowej wszystkich szczegółowych zagadnień, które mogą być uregulowane dopiero w umowie wykonawczej¹⁷⁴. Takie stanowisko należy uznać za uzasadnione, albowiem w przeciwnym razie brak byłoby konieczności zawierania umów wykonawczych, a umowa ramowa stanowiłaby ramową umowę o współpracy o definitywnym charakterze. W piśmiennictwie wskazywano, że w razie zawarcia umowy ramowej z większą liczbą wykonawców zamawiający zaprasza ich do składania ofert i nie jest to klasyczne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a pisemny przetarg ograniczony, w rozumieniu przepisów art. 70¹–70⁵ k.c.¹⁷⁵ Nadto wyrażono, wydaje się uzasadnione, poglądy, zgodnie z którymi do postępowania o udzielanie zamówienia opartego na wielostronnej umowie ramowej stosuje się przepisy o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 82–95 ustawy Pzp). Jako uzasadnienie wskazywano, że „mimo że postępowanie o udzielenie pojedynczego zamówienia opartego na umowie ramowej wielostronnej nie przyjmuje postaci jednego ze sformalizowanych trybów przewidzianych ustawą, to ponieważ jest postępowaniem o udzielenie zamówienia – stosuje się do niego te przepisy ustawy, które odnoszą się do postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od jego trybu. Skoro ustawodawca (w art.

¹⁷² Por. wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 517/17, Legalis nr 1242354., nadto: wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r., sygn. akt KIO 453/14, Legalis nr 834309.

¹⁷³ Umowy ramowe zawarte z wieloma wykonawcami zwane były często kaskadowymi z uwagi na fakt, że w przypadku gdy jeden wykonawca nie był „dyspozycyjny”, zamawiający zwracał się do kolejnego wykonawcy, por. Z. Raczkiewicz, *Nieznane aspekty umowy ramowej*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 2, Legalis.

¹⁷⁴ Por. KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2545/11, Legalis 432933.

¹⁷⁵ Tak: J. Jerzykowski, *Komentarz...*, s. 562.

101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) uregulował to postępowanie, jako procedurę ofertową, to przepisy dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty powinny mieć zastosowanie”¹⁷⁶.

Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w razie udzielenia zamówienia wykonawcom, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową) odpowiednie zastosowanie znajdowały art. 45 i 46 ustawy Pzp. Oznacza, to że zamawiający powinien w zasadzie żądać wniesienia wadium, jeżeli wartość umowy ramowej była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W piśmiennictwie wyrażono wówczas pogląd, zgodnie z którym „przy tak luźnym charakterze więzi prawnej łączącej zamawiającego z wykonawcami żądanie wadium w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej wydaje się niecelowe. Skoro umowa ramowa nie przyznaje zamawiającemu ani roszczenia o wykonanie usług, robót budowlanych lub dostaw, ani nawet roszczenia o wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ryzyko niezawarcia umowy ramowej przez wykonawcę jest niewielkie, zaś ewentualne skutki takiego zachowania wykonawcy w rzeczywistości w niczym nie pogarszają sytuacji prawnej zamawiającego”¹⁷⁷. Przedmiotowe stanowisko jest tym bardziej uzasadnione, że wadium pełni w szczególności funkcję gwarantującą zawarcie umowy¹⁷⁸. Należy się zgodzić z powyższym poglądem, że stosowanie wadium przy jednoczesnym udzielaniu zamówienia za pomocą umowy ramowej było niecelowe, ale jednocześnie uważam, że powyżej wskazany art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mimo wszystko obligował do takiego działania zamawiających w przypadkach, w których wartość umowy ramowej przekraczała tzw. progi unijne. Dodatkowym argumentem przemawiającym za niestosowaniem postanowień o wadium był również fakt, że przedmiotowe zabezpieczenie oferty mogło stanowić niewątpliwie dodatkowe ograniczenie w dostępie do zamówienia dla MŚP, zwłaszcza biorąc pod uwagę korelację procentowej wysokości wadium z wartością całej umowy ramowej.

Słabym punktem instytucji umowy ramowej, na co zwracano również uwagę w piśmiennictwie, było niedookreślenie w ustawie Pzp kwestii dopuszczalności zawierania przez zamawiającego umów wykonawczych o wartości niższej niż próg, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp¹⁷⁹. Wydaje się, że w takim wypadku celowe działanie zamawiającego, skutkujące zawieraniem umów wykonawczych o wartości poniżej progu obligującego do stosowania

¹⁷⁶ G. Wicik, *Umowa ramowa w zamówieniach publicznych – główne problemy interpretacyjne oraz postulaty de lege ferenda*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, Legalis.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Por. M. Sieradzka, *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015, s. 12, por. też wyrok ZA z dnia 23 września 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1531/04, Legalis nr 91509.

¹⁷⁹ Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 376.

ustawy Pzp, mogło stanowić jej naruszenie. W przeciwnym natomiast wypadku takie działanie należałoby uznać za zgodne z prawem.

Również art. 101 ustawy Pzp był sformułowany dość lakonicznie. W literaturze podnoszono, że z uwagi na dość znaczną ogólność regulacji prawnych, dotyczących umowy ramowej w ustawie Pzp zasadne jest, żeby zamawiający opracował własny regulamin udzielania zamówień objętych umowami ramowymi¹⁸⁰.

5. Umowa ramowa po nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r.

5.1 Uwagi ogólne

Jeżeli chodzi o nowelizację ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie 28 lipca 2016 r., to należy zauważyć, że implementując do polskiego porządku prawnego postanowienia dyrektyw unijnych z 2014 r., nowela miała za zadanie w szczególności dokonanie uelastycznienia procedur udzielania zamówień, propagowanie i umożliwienie realnego wykorzystywania pozaekonomicznych celów zamówień, takich jak ochrona środowiska, integracja społeczna oraz wspieranie innowacyjności. Warto jednak również przypomnieć, że jednak – co najistotniejsze w kontekście problematyki niniejszej pracy, jednym z głównych celów zmiany ustawy Pzp było umożliwienie zapewnienia lepszego dostępu do rynku zamówień publicznych mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom, m.in. poprzez ułatwienie udzielania zamówień w częściach, o które łatwiej będzie się ubiegać MŚP¹⁸¹. Jedną z instytucji prawnych, która została gruntownie zmieniona, aby osiągnąć wspomniane cele, wskutek przedmiotowej nowelizacji, a która jest narzędziem agregowania zamówień, jest umowa ramowa. Trzeba jednak przy tym zauważyć, że nowelizacja nie uwzględniła postulatów części doktryny, w tym w szczególności tych, zgodnie z którymi umowę ramową należałoby ująć w osobnym dziale ustawy Pzp wraz z dynamicznym systemem zakupów oraz katalogami elektronicznymi¹⁸².

Po wejściu w życie ww. regulacji omawiana umowa ramowa, zgodnie z art. 99 ustawy Pzp, może zostać zawarta po przeprowadzeniu postępowania przy zastosowaniu odpowiednich

¹⁸⁰ Por. B. Pacek, *Przedmiot objęty umową ramową*, „Przetargi Publiczne” 2011, nr 7, s. 14.

¹⁸¹ Por. uzasadnienie rządowego projektu o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 366, s. 2.

¹⁸² Por. G. Wicik, *O usprawnieniach dotyczących umów ramowych w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, por. też R. Szostak, *O urzędowej koncepcji nowego prawa zamówień publicznych – krytycznie*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2015, nr 6, s. 14 i n.

przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego. Należy mieć na względzie, że w tym wypadku „odpowiednie stosowanie przepisów oznacza bądź stosowanie ich wprost, bądź z modyfikacjami”¹⁸³.

Rozszerzono zatem znacznie, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów, możliwość stosowania trybów udzielania zamówień publicznych w celu zawarcia umowy ramowej. W omawianym artykule ustawy dodano bowiem możliwość zastosowania instytucji negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, zamówienia z wolnej ręki oraz partnerstwa innowacyjnego, jako trybów udzielenia zamówienia, które mogą prowadzić do zawarcia umowy ramowej. Negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, zamówienie z wolnej ręki jako tryby udzielania zamówień były znane ustawie Pzp już w poprzednim stanie prawnym, natomiast partnerstwo innowacyjne jest to zupełnie nowy tryb, wprowadzony z uwagi na wymóg postawiony przez nową dyrektywę klasyczną. Przedmiotowy sposób procedowania może być wykorzystywany w celu zawarcia umowy ramowej, jeżeli przedmiotem zamówienia będzie opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych niedostępnych na rynku oraz sprzedaż tych produktów, usług lub robót budowlanych. Nie jest to zatem tryb, który powinien być używany do standardowych usług lub robót budowlanych. W tym miejscu warto zauważyć, że przeprowadzone badania wykazały, że MŚP w nieznacznym stopniu angażują się w udział w postępowaniach o udzielenie innowacyjnego zamówienia publicznego¹⁸⁴. Ponadto umowy ramowe nie są, w mojej ocenie, instytucją prawną, adekwatną do udzielania zamówień innowacyjnych, jest to raczej instrument służący nabywaniu dóbr o określonym poziomie standaryzacji. Zastosowanie partnerstwa innowacyjnego do zawarcia umowy ramowej, zwłaszcza w odniesieniu do udziału w zamówieniu MŚP, może zatem nastąpić w nieznacznym zakresie. Uważam jednak, że samo partnerstwo innowacyjne, jako tryb, może być stosowane z powodzeniem w sposób umożliwiający udział w danym zamówieniu MŚP, w szczególności w odniesieniu do usług (np. z zakresu informatyki), gdzie mniejsze podmioty, np. tzw. startupy, częstokroć dysponują potencjałem intelektualnym nie mniejszym niż wielkie przedsiębiorstwa. Zupełnie odmienna sytuacja wystąpić może w odniesieniu do innowacyjnych robót budowlanych, gdzie rozmiar danego podmiotu ma dużo większe znaczenie, chociażby z uwagi na konieczność posiadania własnego sprzętu i zasobów ludzkich.

¹⁸³ Tak: WSA w Kielcach w wyroku z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt II SA/Ke 119/13, Lex nr 1299528.

¹⁸⁴ Por. W. Starzyńska, J. Kornecki, J. Wiktorowicz, J. Szymański, *Zamówienia publiczne...*, s. 50.

Trudno obecnie jednoznacznie stwierdzić, czy ustawowe rozszerzenie możliwości zawarcia umowy ramowej spowoduje wzrost zainteresowania zamawiających zastosowaniem tej techniki pozwalającej na zagregowanie zamówienia. Warto również zauważyć, że ustawodawca w art. 99 ustawy Pzp zawarł możliwość skorzystania w większym zakresie z tzw. trybów niekonkurencyjnych, takich jak np. zamówienie z wolnej ręki. Jest to tryb, który cieszył się znaczną popularnością wśród zamawiających, ale jednocześnie przesłanki jego zastosowania były przez nich częstokroć nieprawidłowo interpretowane i stosowane¹⁸⁵. Jako przykład niewłaściwej interpretacji można podać tezę jednego z wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zgodnie z którą „przesłanka jednego wykonawcy, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie oznacza wykonawcy, który jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który - obiektywnie rzecz biorąc - jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Nie można stosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie, że istnieje jeden lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia”¹⁸⁶. Powyższa ilustracja wskazuje zatem doskonale, że zastosowanie wspomnianych trybów i ich wpływ na udział MŚP w możliwości wykonywania zamówienia na podstawie umowy ramowej zależy w dużej mierze od samych zamawiających i ich racjonalnego podejścia do stosowania niekonkurencyjnych sposobów wyboru wykonawcy.

Zmiana art. 99 ustawy Pzp jest wynikiem obowiązku dostosowania krajowego ustawodawstwa do postanowienia art. 33 dyrektywy, który przewiduje, że instytucje zamawiające mogą zawierać umowy ramowe pod warunkiem, że stosują procedury przewidziane we wskazanej dyrektywie. Z kolei przepisy nowej dyrektywy klasycznej nie ograniczają, co już było podkreślone, możliwości, aby zamawiający korzystali wyłącznie z tzw. trybów konkurencyjnych. Prawdłowo rozszerzono zatem w wyniku nowelizacji możliwość korzystania przez zamawiających zwłaszcza z niekonkurencyjnych trybów w celu udzielenia zamówienia i zawarcia umowy ramowej. Jeżeli chodzi o przedmiotowe rozszerzenie i ewentualny wpływ tego faktu na możliwości dostępu do zamówienia przez MŚP, należy również dodać, że w tym zakresie zmiana może mieć charakter ambiwalentny. Korzystanie z tzw. trybów niekonkurencyjnych powinno się bowiem odbywać przy spełnieniu przesłanek

¹⁸⁵ Por. *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP*, Warszawa 2012, s. 113–117.

¹⁸⁶ Tak: SA w Warszawie w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1201/14, Legalis nr 1186067, w kontekście nieprawidłowego zastosowania trybu z wolnej ręki por. także: Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO/KU 106/14, Legalis nr 1245540, Uchwała KIO z dnia 28 listopada 2014 r., sygn. akt KIO/KD 103/14, Legalis nr 1473549.

ustawowych, a dopiero ich nieprawidłowe wykorzystanie może mieć negatywny wpływ na MŚP, ale także na pozostałych wykonawców.

Jak już wspomniano w niniejszej pracy, w wyniku nowelizacji nie zmieniła się natomiast definicja samej umowy ramowej. A zatem, pomimo że definicja zawarta w dyrektywie uległa nieznacznej zmianie w stosunku do definicji z dyrektywy 2004/18/WE, która z kolei była podstawą obecnie obowiązującego uregulowania art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, należy uznać, iż brak było konieczności dokonywania w krajowej ustawie Pzp swoistej redefinicji pojęcia. Tezę taką można wysnuć z faktu, że pomiędzy definicjami zawartymi w uchylonej i aktualnie obowiązującej dyrektywie brak jest sprzeczności, a modyfikacja pojęciowa (dokonana na gruncie przepisów unijnych) ma charakter raczej redakcyjny.

Skoro zmianie nie uległa definicja umowy ramowej, to aktualny pozostaje pogląd, zgodnie z którym jej przedmiotem mogły być zarówno usługi, dostawy, jak i roboty budowlane. Umowa ramowa w dalszym ciągu jest narzędziem prawnym, które umożliwia określanie szacunkowej wielkości zamówienia w okresie obowiązywania omawianego zobowiązania, bez konieczności konkretyzowania dokładnej wartości i terminów wykonania w momencie jego zawierania. Jeżeli zatem zamawiający nie ma dokładnie sprecyzowanych potrzeb na etapie ogłaszania postępowania, umowa ramowa jest adekwatnym rozwiązaniem w tym zakresie.

Aktualność zachowuje więc również pogląd, zgodnie z którym wyliczenie warunków, jakie mogą zostać zawarte w udzielonym zamówieniu w danym okresie, nie jest w definicji wyczerpujące, a katalog tych warunków poprzez zastosowanie sformułowania „w szczególności” ma charakter otwarty. Ustawa nie obliguje zatem, by konkretne warunki, np. cena, były ustalone już w umowie ramowej. Odnosnie do otwartego katalogu, zawartego w definicji umowy ramowej, KIO na gruncie poprzedniego stanu prawnego wyraziła stanowisko, że „z takiego przykładowego wyliczenia skorzystał ustawodawca, który nie zamknął powyższej definicji i nie nałożył na Zamawiającego obowiązku wprowadzenia do umowy ramowej elementów koniecznych”¹⁸⁷. Jak już wskazałem poprzednio, umowa ramowa nie powinna być uznawana za umowę przedwstępną, jednak w doktrynie również po nowelizacji pojawiały się stanowiska, zgodnie z którymi umowa ta „wykazuje pewne podobieństwa do umowy przedwstępnej. Podobnie jak ta ostatnia polega ona na organizowaniu procesu zawierania umów w przyszłości”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Por. uzasadnienie cytowanego już na gruncie niniejszej pracy w innym zakresie wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2545/11, Legalis nr 432933.

¹⁸⁸ J. Starek, E. Rybak, *Umowa ramowa w świetle dyrektyw*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 9, s. 47.

Niezmienny pozostał także przepis, zgodnie z którym umowę ramową zawiera się, co do zasady, na okres nie dłuższy niż 4 lata. Zasadnie nie znowelizowano również w tym wypadku obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP w razie zawarcia umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata. W tym kontekście należy wspomnieć, iż w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UZP, że umowa ramowa została zawarta na okres dłuższy niż dozwolony prawem bez zaistnienia obligatoryjnych przesłanek ustawowych, może on wszcząć kontrolę na podstawie art. 161 i n. ustawy Pzp. Oczywiście kontrola danego postępowania przez ten organ administracji publicznej może być wszczęta również w razie zawarcia umowy ramowej na krótszy okres, jednak jedynie w powyższym wypadku istnieje obowiązek zawiadomienia o przedmiotowym fakcie omawianego podmiotu. W tym miejscu warto także zauważyć, że Prezes UZP, w razie wszczęcia kontroli, powinien przeanalizować zaistniałe w kontrolowanym stanie faktycznym przesłanki w odniesieniu do wymogów ustawowych. W piśmiennictwie podnosi się bowiem, że „termin «kontrola» oznacza funkcję organu państwa, odrębną od stanowienia prawa, jego wykonywania, jak też od wymierzania sprawiedliwości. Polega ona na ustalaniu istniejącego stanu rzeczy i porównywaniu go z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Stwierdzenie zaistniałych rozbieżności między stanem pożądanym, a istniejącym upoważnia organ kontroli do podejmowania czynności zmierzających do usunięcia występujących w tym zakresie uchybień i nieprawidłowości”¹⁸⁹.

Choć w piśmiennictwie wskazuje się, że „znaczenie kontroli administracyjnej sprawowanej w sferze zamówień publicznych przez Prezesa UZP maleje sukcesywnie wraz z coraz lepszymi wynikami praktycznego wdrażania europejskich rozwiązań prawnych”¹⁹⁰, to uważam, że utrzymanie kontroli wspomnianego organu jest w tym wypadku uzasadnione. Na marginesie trzeba również dodać, że zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp „kontrola jest przeprowadzona tylko na podstawie jednego kryterium – legalności, a więc zgodności z prawem. To kryterium jest jednak jeszcze zawężone do kontroli zgodności działań zamawiającego z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tak więc, Prezes UZP nie może w trakcie przeprowadzania kontroli dokonywać oceny, czy kontrolowane postępowanie jest zgodne z innymi przepisami, np. dotyczącymi ochrony środowiska, czy o ochronie zabytków oraz, co jest oczywiste, Prezes UZP nie może dokonywać oceny gospodarności, celowości czy rzetelności działań kontrolowanego”¹⁹¹.

¹⁸⁹ M. Chmaj, *Zamówienia publiczne...*, s. 339.

¹⁹⁰ R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.

¹⁹¹ P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011, s. 41.

Odnosnie do powyższego należy dodatkowo zauważyć, że dane zamówienie, które zostało udzielone na mocy umowy ramowej, może wykraczać poza okres 4-letniego trwania umowy. Do uznania takiej wykładni za zasadną skłaniają postanowienia dyrektywy. Wydaje się, że zagregowanie zamówienia, poprzez zawarcie umowy ramowej na maksymalny okres 4 lat wyłącznie z jednym wykonawcą, dodatkowo przy istnieniu możliwości przedłużenia okresu trwania umowy, zgodnie z poglądem przedstawionym powyżej, może prowadzić do utrudniania dostępu do zamówienia wykonawcom, zwłaszcza z segmentu MŚP. W takiej sytuacji zamawiający ma bowiem prawo postawić „wyśrubowane warunki udziału” nawiązujące do znacznej wartości zamówienia (z uwagi na jego sumowanie w okresie 4-letnim), których mikro-, mali i średni przedsiębiorcy mogą nie spełnić. Jednocześnie pozostali (nie wybrani przez zamawiającego) przedsiębiorcy przez znaczny okres nie będą mogli ubiegać się o udzielenie kolejnego zamówienia. Wydaje się zatem, że ewentualna kontrola postępowania przez wskazany wyżej organ, powinna brać pod uwagę m.in. zgodność zawarcia umowy ramowej z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, z której można wywodzić w szczególności zakaz utrudniania dostępu do danego zamówienia dla MŚP.

5.2 Zakaz naruszania uczciwej konkurencji a zawieranie umów ramowych

Ustawodawca krajowy, nowelizując ustawę – Prawo zamówień publicznych, pozostawił w niezmienionym kształcie art. 100 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji. Jak już wspomniano w niniejszym opracowaniu, przedmiotowy nakaz skierowany do zamawiającego powinien być interpretowany w odniesieniu do art. 7 ustawy Pzp, który z kolei obliguje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Pomimo częściowej zmiany art. 7 ustawy Pzp, dokonanej w wyniku nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., aktualne pozostaje bogate orzecznictwo oraz liczne poglądy wyrażone w doktrynie, wyjaśniające należyty sposób rozumienia obowiązku zachowania zasady uczciwej konkurencji czy też zakazu utrudniania uczciwej konkurencji¹⁹².

Obecnie przy stosowaniu umowy ramowej trzeba mieć na uwadze dodatkowo fakt, że stosując tę instytucję prawną, należy postępować zgodnie z wyartykułowanymi wprost

¹⁹² Szerzej na temat zasady zachowania uczciwej konkurencji w rozdziale I.

zasadami proporcjonalności i przejrzystości¹⁹³. W piśmiennictwie wskazuje się (odnośnie do zasady proporcjonalności), że „zasada ta z mocy Konstytucji (a także Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) powinna być stosowana także w poprzednim stanie prawnym. Bez wątpienia jednak nowe brzmienie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wzmacnia znaczenie tej zasady, wprost wymieniając ją wśród nadrzędnych reguł prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia”¹⁹⁴. Zasada proporcjonalności została wielokrotnie wyrażona już na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw w orzecznictwie ETS¹⁹⁵.

Podobny pogląd, który również należy podzielić, został wyrażony w odniesieniu do zasady przejrzystości. KIO w jednym z wyroków na gruncie poprzedniego stanu prawnego podkreśliła, że „zasada przejrzystości co prawda nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie Prawo zamówień publicznych – faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji – jednak znajduje swój wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak choćby art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”¹⁹⁶. Jeżeli natomiast chodzi o zasadę przejrzystości w orzecznictwie ETS, to przykładowo „jako sprzeczne z zasadą przejrzystości ETS uznał sytuację, w której ustawodawstwo krajowe zezwala na takie zagregowanie zamówień, które pozwala na ominięcie przepisów dyrektyw dotyczących publikacji ogłoszeń o planowanych zamówieniach, o zamówieniach i stosowanie zasad jawności całego postępowania”¹⁹⁷.

Biorąc zatem pod uwagę konieczność postępowania przez zamawiających stosujących umowę ramową zgodnie z wprowadzonymi powyżej zasadami, a w szczególności zasadą proporcjonalności, należałoby zwrócić szczególną uwagę na sytuacje, w których zamawiający agreguje zamówienie bez podziału na części w ramach danego postępowania. Za nieproporcjonalne można by uznać bowiem działanie zamawiającego, który stawia warunki udziału w odniesieniu do zagregowanej w 4-letnim okresie wartości zamówienia, z jednoczesną

¹⁹³ Warto jednak wskazać, że zamawiający, w mojej ocenie, przed omawianą nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. był również zobligowany do stosowania zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności, pomimo że zasady te nie były wyrażone wprost w art. 7 ustawy Pzp. W zakresie obowiązku stosowania zasady proporcjonalności por. R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, Legalis.

¹⁹⁴ W. Dzierżanowski, *Proporcjonalność jako zasada*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 3, s. 8.

¹⁹⁵ Por. wyrok ETS z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano, sygn. akt C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808, por. też wyrok ETS z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, sygn. akt C-414/97, ECR 1999, nr 8–9A, s. I-5585.

¹⁹⁶ Tak: KIO w wyroku z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt 398/15, Legalis 1241390.

¹⁹⁷ P. Szustakiewicz, *Zasady...*, s. 19, por. cytowany już wyrok ETS z dnia 4 maja 1995 r. w sprawie C-79/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, Zb. Orz. 1995, jak również cytowany już wyrok ETS z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. akt C 119/06, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, Zb. Orz. 2007.

intencją, że w rzeczywistości nie ma potrzeby ani planu korzystania z realizacji zobowiązań wykonawcy w tak długim okresie.

Z kolei przykładem zachowania zasady przejrzystości w odniesieniu do umów ramowych jest, w mojej ocenie, chociażby art. 101a ust. 2 ustawy Pzp. Na jego mocy zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową, mogą udzielać tylko zamawiający wskazani w ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast naruszeniem tej zasady byłoby właśnie udzielenie zamówienia przez zamawiającego nie wskazanego w powyższych dokumentach.

W orzecznictwie podnosi się jednak, że „umowa ramowa rządzi się innymi zasadami niż zwykle postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że nie można utożsamiać jej z przyrzeczeniem przeprowadzenia i zawarcia umowy wykonawczej, gdyż umowa ramowa jest etapem pośrednim, który może, ale nie musi, doprowadzić do udzielenia zamówienia publicznego. Istotne jest tylko, aby zamawiający nie wykorzystywał zawartej z wykonawcami umowy ramowej do ograniczania konkurencji”¹⁹⁸. Dodatkowo, należy zauważyć, że „konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można wymagać, aby zamawiający dokonał zakupu usług niespełniających jego wymagań”¹⁹⁹. Istotne jest zatem zachowanie swoistej równowagi pomiędzy warunkami stawianymi wykonawcom, a oczekiwaniami zamawiających. Na zamawiającym nie spoczywa bezwzględny obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie spełniałby jego oczekiwań, wyłącznie w celu dokonania ułatwień dla MŚP. Przykładem może być nieuzasadniony podział zamówienia na części jedynie w celu ułatwienia dostępu do rynku dla MŚP, a w związku z tym brak ujęcia określonego zakresu w umowie ramowej, pomimo że wspomniany zakres ze względów m.in. funkcjonalnych powinien być w przedmiotowej umowie zawarty. Można zatem dojść do konkluzji, że zagadnienie ochrony konkurencji w kontekście ewentualnego podziału zamówienia na części jest dość złożone. Z jednej bowiem strony zamawiający powinien wziąć pod uwagę podział zamówienia na części – w myśl postanowień art. 46 dyrektywy, a z drugiej w razie braku funkcjonalnego uzasadnienia dla dokonania podziału na części, nie powinien on mieć miejsca.

¹⁹⁸ Tak: KIO w wyroku z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 66/15, Legalis nr 1213944. W zakresie braku konieczności zawierania umów wykonawczych na podstawie umowy ramowej por. KIO w wyroku z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1206/17, Legalis nr 1657277 oraz KIO w wyroku z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1093/17, Legalis nr 1665777.

¹⁹⁹ Tak: KIO w wyroku z dnia 20 października 2014 r., sygn. akt KIO 1987/14, Legalis nr 1163636.

Warte zauważenia jest również stanowisko, zgodnie z którym „obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji oraz rozwiązań ustawowych i dotyczy takich sytuacji, jak np. próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji czy też może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia. Zachowaniu uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości służy też wiele rozwiązań, mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji przez zastosowanie trybów «nieprzetargowych» – określenie minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do postępowania”²⁰⁰. Otwarte pozostaje natomiast pytanie, czy zwiększenie możliwości zastosowania trybów „nieprzetargowych” do zawarcia umowy ramowej (o czym już wspomniano) spowoduje zwiększenie liczby naruszeń popełnionych w tym zakresie przez zamawiających w odniesieniu do zakazu utrudniania uczciwej konkurencji. Warto mieć bowiem na uwadze, że „najczęstszym przejawem łamania zasady uczciwej konkurencji jest nieuzasadnione ograniczanie liczby podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne”²⁰¹. W mojej ocenie, zastosowanie w większym zakresie tzw. trybów niekonkurencyjnych, może rodzić dodatkowe ryzyko powstawania naruszeń w zakresie utrudniania uczciwej konkurencji.

W piśmiennictwie, na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji w zakresie możliwości korzystania z trybów udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umowy ramowej, wskazano, że w celu przestrzegania zasady zakazu ograniczania konkurencji dopuszczalne było stosowanie jedynie trybów z ogłoszeniem, „a więc ochrona konkurencji i dostępności do zamówienia jest większa niż w przypadku zamówień o charakterze jednostkowym, gdyż w przypadku umowy ramowej nawet spełnienie przesłanek, które dla innych umów są wystarczające do skorzystania z trybów niekonkurencyjnych, nie daje takiej możliwości”²⁰². Pogląd ten należy podzielić. Zatem obecnie wprowadzenie możliwości

²⁰⁰ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 7.

²⁰¹ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*

²⁰² W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 371.

korzystania przez zamawiających z tzw. trybów niekonkurencyjnych może w zasadzie doprowadzić do większej skali naruszeń art. 100 ust. 4 ustawy Pzp.

Innym ważnym aspektem związanym z przepisem, o którym mowa w art. 100 ust. 4 ustawy Pzp, jest fakt, że zakaz korzystania z umów ramowych w celu utrudniania uczciwej konkurencji powinien polegać m.in. na braku istnienia wiążących zobowiązań wyrażonych w umowie ramowej do udzielania zamówień definitywnych. W razie wyrażenia takiego zobowiązania przez zamawiającego w umowie ramowej mogłaby bowiem powstać sytuacja, w której wykonawcy (lub wykonawca) – strony tej umowy pozostawaliby w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców na rynku. W takim wypadku oferenci nieobjęci umową ramową, oferujący świadczenia na korzystniejszych warunkach nie mogliby uzyskać za nie wynagrodzenia od zamawiającego, który zobowiązał się do realizowania zamówień definitywnych na mniej korzystnych warunkach²⁰³. W takim przypadku ta metoda zagregowania zamówienia utrudniałaby dostęp do rynku nie tylko MŚP, ale również wykonawcom o znacznych rozmiarach i potencjale. Na tym tle aktualne pozostaje rozróżnienie dokonane w piśmiennictwie na umowy ramowe i długoterminowe umowy definitywne o ramowej postaci²⁰⁴. Tak więc, określanie w umowie ramowej wyłącznie zobowiązań mających charakter wiążący, byłoby nie tylko sprzeczne z art. 100 ust. 4 ustawy Pzp, ale również z charakterem prawnym umowy ramowej, przyjętym w prawie zamówień publicznych. Poza tym, na co już zwracałem uwagę, jednostronne zobowiązywanie przez zamawiającego w umowie ramowej wykonawcy do realizacji umów wykonawczych, można by traktować jako przekroczenie zasady swobody zawierania umów.

5.3 Postępowanie w sprawie zawarcia umowy ramowej oraz udzielenie zamówienia na jej podstawie

Postępowanie mające na celu zawarcie umowy ramowej to proces, który, co już zostało wskazane, podobnie jak na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji, może zostać zakończony zawarciem umowy z jednym lub z wieloma wykonawcami. Ustawodawca dokonał jednak, w stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., szeregu zmian w zakresie zasad udzielania zamówienia objętego umową ramową. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadnie uchylono art. 100 ust. 3 oraz art. 101 ustawy Pzp, które regulowały kwestie zawierania przez zamawiających umów ramowych z jednym lub wieloma

²⁰³ Por. *ibidem*, s. 373; por także. R. Szostak, *Umowy ramowe po nowelizacji*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2007, nr 5, s. 18.

wykonawcami oraz zagadnienia zasad udzielania zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową.

Obecnie wspomniane kwestie zawierania umów ramowych z jednym lub większą liczbą wykonawców oraz zasady udzielania zamówienia objętego tą umową reguluje art. 101a ustawy Pzp. Nie są to jednak zmiany wyłącznie redakcyjne, polegające na zmianie numerów poszczególnych artykułów. Przykładowo, aktualnie nieuzasadnione byłoby utrzymywanie ograniczeń, wyrażonych poprzednio w art. 100 ust. 3 ustawy Pzp, a polegających na możliwości zawarcia przez zamawiającego umowy ramowej z jednym wykonawcą jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy ramowej z większą liczbą wykonawców jest niekorzystne dla zamawiającego z przyczyn technicznych lub organizacyjnych.

Dodatkowo, wprowadzono do omawianego aktu prawnego art. 101b, który normuje problematykę składania w ramach postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej katalogów elektronicznych. Nowością jest bowiem, jeżeli chodzi o składanie ofert w ramach postępowania mającego na celu udzielenie zamówienia, w tym również składanie ofert na potrzeby umowy ramowej, wprowadzona instytucja prawna katalogów elektronicznych. Przedmiotowe zagadnienie zostało transponowane do krajowego porządku prawnego wprost z art. 36 nowej dyrektywy klasycznej, w którym wskazano m.in., że w przypadku gdy wymagane jest stosowanie elektronicznych środków komunikacji, instytucje zamawiające mogą wymagać przedstawienia ofert w formie katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty. Państwa członkowskie mogły wprowadzić obowiązek stosowania katalogów elektronicznych w związku z określonymi rodzajami zamówień. Ustawodawca krajowy zdecydował o uregulowaniu wspomnianego, fakultatywnego narzędzia, służącego oferentom nie tylko na potrzeby zawierania umów ramowych, ale również jako ogólny środek komunikacji pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami.

Jeżeli chodzi o wspomniany wcześniej art. 36 dyrektywy, to jego wprowadzenie stanowi „zmianę w porównaniu do regulacji wynikającej z dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą skorzystanie z katalogów elektronicznych było możliwe jedynie na podstawie regulacji zawartych w preambule, przy czym, preambuła mówiła jedynie o możliwości korzystania z katalogów elektronicznych natomiast nie precyzowała zasad na jakich miałyby się to odbywać”²⁰⁵. Jest to wyraz, jak się wydaje, szerszego trendu, zgodnie z którym instytucje prawne dopuszczalne (w zakresie ich stosowania), ale niedoprecyzowane na gruncie uchylonego aktu prawa UE, zostały obecnie wprowadzone w bardziej szczegółowym

²⁰⁵ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 101b.

wymiarze. Innym tego rodzaju przykładem jest wprowadzenie chociażby zamówień transgranicznych.

Jeżeli chodzi o „katalogi elektroniczne”, to „pojęciem tym określa się format, w jakim prezentowane są oferty wykonawców, umożliwiające ich dalsze przetwarzanie. Innymi słowy, katalogi elektroniczne stanowią formę, w jakiej składane będą oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mówiąc bardziej obrazowo, forma katalogów elektronicznych będzie pozwalała, aby oferta złożona przez wykonawcę raz, po przyjęciu formy katalogu elektronicznego, stała się pewnym zasobem (wraz z innymi ofertami pochodzącymi od innych wykonawców) umożliwiającym ponowne z niej skorzystanie (wybór oferty) przez nabywcę. W ten sposób oferta zostaje jakby «zawieszona» w katalogu, stając się jego elementem, dzięki czemu możliwy jest szybki do niej dostęp, a także porównanie jej z innymi ofertami. Przykładem mogą być tu oferty przedstawione w formie arkusza kalkulacyjnego. Celem zastosowania katalogów elektronicznych jest zwiększenie konkurencji i usprawnienie zakupów publicznych, w szczególności pod względem oszczędności czasu i pieniędzy»²⁰⁶. Umożliwienie korzystania z katalogów elektronicznych jest zatem odzwierciedleniem jednego z celów nowelizacji zarówno prawa krajowego, jak i prawa UE, mającego na celu dalszą elektronizację zamówień publicznych.

Jeżeli chodzi o zastosowanie katalogów elektronicznych w odniesieniu do umów ramowych, to zgodnie z art. 101b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia ofert na potrzeby umowy ramowej w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty. Ustawodawca krajowy implementował zatem prawidłowo w tym zakresie postanowienia art. 36 ust. 1 dyrektywy.

W przypadku, w którym umowa ramowa została zawarta z więcej niż jednym wykonawcą oraz wszystkie oferty zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych lub w razie dołączenia katalogów elektronicznych do oferty, zamawiający może postanowić, że zamówienie będzie udzielone na podstawie zaktualizowanych katalogów elektronicznych. W takiej sytuacji zamawiający zaprasza wykonawców do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia albo informuje wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze informacje potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że poinformował o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących umowy ramowej. Z kolei, jeżeli zamawiający ma

²⁰⁶ W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 444.

obowiązek poinformowania wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze informacje potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia (pod warunkiem, że poinformował o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących umowy ramowej), zamawiający informuje również z należytym wyprzedzeniem wykonawców o terminie i godzinie pobrania informacji potrzebnych do sporządzenia ofert spełniających wymagania danego zamówienia. Jeżeli wykonawca nie wyrazi zgody na powyżej wskazane pobranie informacji, uznaje się, że nie złożył oferty. Dodatkowo, przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia danemu wykonawcy pobrane informacje w celu sprawdzenia, czy oferta nie zawiera istotnych błędów.

Katalogi elektroniczne zostały zatem właściwie transponowane do polskiego porządku prawnego. Trudno obecnie przewidzieć skutki ich zastosowania w praktyce. Wydaje się, że sam wpływ możliwości stosowania katalogów na dostęp do danego zamówienia przez MŚP będzie neutralny. Dane zagadnienie mogłoby bowiem być problematyczne dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorców, w mojej ocenie, jedynie biorąc pod uwagę fakt, że katalogi są narzędziem elektronicznym i nie każdy, zwłaszcza najmniejszy wykonawca, ma dostęp do takiej technologii. Jednakże kwestia ta ulega dość dynamicznym zmianom i powoli problematyka zależności pomiędzy elektronizacją zamówień, a dostępem do nich dla MŚP staje się zagadnieniem raczej teoretycznym.

Wracając do nowo wprowadzonego art. 101a ustawy Pzp, ustawodawca krajowy, na wzór uregulowań przyjętych w art. 33 dyrektywy, dokonał rozróżnienia na przypadki, w których zamawiający zawiera umowę ramową z jednym wykonawcą oraz zawiera przedmiotową umowę co najmniej z dwoma wykonawcami. Zgodnie z art. 101a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową:

- 1) wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową, na warunkach określonych w umowie ramowej;
- 2) wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową:
 - a) zgodnie z warunkami umowy ramowej, bez ponownego zwracania się do wykonawców o składanie ofert, w przypadku gdy w umowie tej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy,
 - b) zwracając się o złożenie ofert, w przypadku gdy nie wszystkie warunki realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw lub nie wszystkie warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej określono w umowie ramowej,

c) w odniesieniu do niektórych zamówień zgodnie z lit. a, a w odniesieniu do innych zgodnie z lit. b, o ile taka możliwość została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, w przypadku gdy umowa ramowa określa wszystkie warunki regulujące realizację robót budowlanych, usług lub dostaw.

W przypadku o którym mowa w pkt a powyżej „opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej musi spełniać wszelkie wymagania wynikające z art. 29 ustawy Pzp i n. tak, aby cena i ewentualnie inne warunki realizacji zamówienia zaoferowane w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej mogły od razu służyć zamawiającemu i wykonawcy, któremu udzielono zamówienia realizacyjnego, do zrealizowania i rozliczenia takiego zamówienia. Jednocześnie, o czym przesądza art. 101a ust. 5, zamawiający w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej obowiązany jest określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji warunki, na jakich będą udzielane zamówienia wykonawcom, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy stanowiące przedmiot umowy ramowej. Oznacza to, iż umowa ramowa musi zawierać obiektywny i niedyskryminacyjny mechanizm przydzielania zamówień realizacyjnych poszczególnym wykonawcom, z którymi została zawarta. Mechanizm ten nie może być oparty na jakimkolwiek przejawie arbitralności zamawiającego, a jego treść musi być zakomunikowana wykonawcom już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej”²⁰⁷.

Z kolei w sytuacji, która normuje art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się o złożenie ofert. Istotnym jest, że „zbieranie przez zamawiającego ofert wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową, nie stanowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie odbywa się w żadnym z trybów określonych w ustawie. Z materialnoprawnego punktu widzenia jest to pisemny przetarg ograniczony, oparty na przepisach art. 70¹–70⁵ k.c.”²⁰⁸.

Należy pamiętać, że przepis ust. 1 pkt 2 lit. c powyżej stosuje się również do tych części umowy ramowej, dla których określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw niezależnie od tego, czy w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw dla pozostałych części tej umowy. Jeżeli chodzi o zmiany przyjęte ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r., słusznie podnosi się, że „wprowadziła możliwość udzielania zamówienia wykonawcom, z którymi dany

²⁰⁷ Tak: J. Jerzykowski [w]: *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, red. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, art. 101a, Warszawa 2018, Lex

²⁰⁸ *Ibidem*.

zamawiający zawarł umowę ramową bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej jedynie w sytuacji, gdy w umowie tej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy”²⁰⁹. W takim wypadku, zamawiający w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji warunki, na jakich będą udzielane zamówienia wykonawcom, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy. Unormowania te są, w mojej ocenie, zgodne z nową dyrektywą klasyczną, jak również powinny zabezpieczać wykonawców przed „samowolą” zamawiającego, który nie ma prawa udzielania zamówień wykonawcom bez stosowania procedur konkurencyjnych, jeżeli w umowie ramowej nie zawarł wszystkich warunków dotyczących realizacji zamówień. Rozwiązanie to sprzyja szerszemu dostępowi do danego zamówienia dla wykonawców.

Tak więc, jeżeli zamawiający nie określił wszystkich warunków realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw lub nie wszystkie warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej określono w umowie ramowej, powinien zwrócić się do wykonawców o złożenie ofert. Ustawodawca przewidział również sytuację pośrednią, a mianowicie w razie zawarcia umowy ramowej z wykonawcami niektóre zamówienia zostały w wystarczający sposób sprecyzowane, a niektóre wymagają doprecyzowania poprzez konieczność złożenia dodatkowych ofert, o ile taka możliwość została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, w przypadku gdy umowa ramowa określa wszystkie warunki regulujące realizację robót budowlanych, usług lub dostaw.

Zarówno w przypadku, w którym zamawiający zawarł umowę wyłącznie z jednym wykonawcą, jak i w razie zawarcia takiej umowy co najmniej z dwoma wykonawcami, może on udzielić zamówienia, tylko jeżeli został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem udzielić zamówienia, wyłącznie jeżeli zastosował się do wspomnianej wcześniej zasady przejrzystości, która obliuguje zamawiających do zachowania jawności postępowania na każdym etapie²¹⁰. Prawodawca krajowy uwzględnił zatem prawidłowo obowiązek nałożony na państwa członkowskie, a wynikający m.in. z motywu 60 preambuły do dyrektywy, zgodnie z którym umowy ramowe nie powinny być stosowane przez instytucje zamawiające, które nie są

²⁰⁹ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 101a.

²¹⁰ Por. I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 141.

określone we wskazanej umowie. Wydawać się może, że w ust. 2 omawianego art. 101a ustawy Pzp w sposób bardziej rygorystyczny niż w prawie unijnym uregulowano przedmiotową kwestię. Otóż ze wskazanego motywu wynika, że wyraźne określenie zamawiających w umowie ramowej może polegać na odesłaniu „do konkretnej kategorii instytucji zamawiających w wyrażnie oznaczonym obszarze geograficznym, tak by można było łatwo i jednoznacznie zidentyfikować te instytucje zamawiające”. Tymczasem ze wspomnianego postanowienia ustawy Pzp wynika, że zamawiający powinien być wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należałoby jednak przychylić się do tezy, że pomiędzy omawianymi aktami prawnymi nie ma w tym zakresie sprzeczności, a art. 101a ust. 2 ustawy Pzp należy interpretować „w duchu” postanowień dyrektywy i uznać, że wskazanie zamawiającego np. w ogłoszeniu o zamówieniu może nastąpić również w sposób, o którym mowa w przedmiotowej części preambuły do aktu prawa unijnego. Taka sytuacja może mieć miejsce zwłaszcza, jeżeli agregacja zamówienia nie będzie następować wyłącznie poprzez skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia przy użyciu umowy ramowej, ale również dodatkowo poprzez udzielenie zamówienia z wykorzystaniem instytucji centralnego zamawiającego (wówczas poszczególni zamawiający mogą być określani bardziej ogólnie w ogłoszeniu lub innym dokumencie wskazanym powyżej – np. gminy powiatu warszawskiego zachodniego). Przedmiotowe ograniczenie ma, moim zdaniem, zapobiegać m.in. przystępowaniu do umów ramowych innych instytucji, które nie uczestniczyły w procedurze przetargowej, co niewątpliwie pozostawałoby w sprzeczności z omówioną wcześniej zasadą przejrzystości oraz szeroko rozumianym zakazem naruszania uczciwej konkurencji. Brak ograniczenia powodowałby zatem, że takie działanie pozostawałoby w sprzeczności nie tylko z ustawą Pzp, ale również z nową dyrektywą klasyczną.

Na marginesie warto dodać, że jasne sprecyzowanie już na początku postępowania istotnych jego aspektów, a więc obowiązek zachowania zasady przejrzystości, został wyartykułowany również w orzecznictwie TSUE. W jednym z orzeczeń wskazano bowiem, że „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”²¹¹.

Kolejnym postanowieniem dyrektywy (art. 33 ust. 2 zdanie trzecie), które zostało obecnie uwzględnione w ustawie Pzp, jest ust. 3 art. 101a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, udzielając zamówienia na podstawie umowy ramowej, nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej, w szczególności w przypadku udzielania zamówienia na zasadach określonych w ust. 1 pkt 1. Ustawodawca krajowy, podobnie jak prawodawca unijny, ustanowił zatem zakaz dokonywania istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej (wspomniany akt prawa unijnego odnosi się do sformułowania „istotnych modyfikacji warunków określonych w danej umowie ramowej”), ze szczególnym wskazaniem na zamówienia, w których umowa ramowa została zawarta wyłącznie z jednym wykonawcą. W mojej opinii, wykładnia sformułowania „istotnych zmian warunków zamówienia” powinna być interpretowana w nawiązaniu do orzecznictwa TSUE. Zgodnie z nim zmiana istotna to zmiana wprowadzająca m.in. warunki, które jeżeliby zostały zawarte w ramach pierwotnego zamówienia, dopuściłyby do postępowania innych wykonawców niż spełniający warunki w ramach pierwszego postępowania²¹². Można w tym zakresie posiłkować się również stanowiskiem TSUE, zgodnie z którym „ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia”²¹³.

W przypadku udzielania zamówienia w razie zawarcia umowy ramowej wyłącznie z jednym wykonawcą zamawiający, jeżeli dokonano zmiany tej umowy, może wezwać wykonawcę będącego jej stroną do uzupełnienia oferty w terminie określonym przez zamawiającego. Taka możliwość (a nie obowiązek) przewidziana przez ustawę jest oczywiście uzasadniona ze względu na fakt, iż w razie braku uzupełnienia oferty mogłoby się okazać, że

²¹¹ Tak: TSUE w pkt 44 wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie Cartiera dell’Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA, sygn. akt C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345.

²¹² Por. orzeczenie ETS w wyroku z dnia 5 października 2000 r., sygn. akt C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377.

²¹³ Tak: TSUE w pkt 34 wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund) i in. w sprawie C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351.

jest ona niezgodna z umową ramową, zmodyfikowaną wskutek dokonanej zmiany. Zauważono, że „ustawodawca w ustawie Pzp nie precyzuje przy tym, w jakim zakresie zamawiający mogą żądać takiego uzupełnienia. Z uwagi na cel przepisu zasadne jest jednak założenie, że zakres zmiany oferty nie może wykraczać poza zakres zmian dokonywanych w samej umowie ramowej”²¹⁴. Pogląd taki jest, w mojej ocenie, uzasadniony.

Zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym umowy ramowej kryteria wyboru wskazujące, które roboty budowlane, dostawy lub usługi będą nabywane po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej lub bezpośrednio zgodnie z warunkami umowy ramowej w przypadku udzielania zamówienia na zasadach określonych w art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. c. ustawy Pzp, a zatem w sytuacji, w której część zamówień została w wystarczający sposób sprecyzowana, a inne wymagają doprecyzowania poprzez konieczność złożenia dodatkowych ofert, o ile taka możliwość została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, w przypadku gdy umowa ramowa określa wszystkie warunki regulujące realizację robót budowlanych, usług lub dostaw. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu określa się również, które warunki mogą być przedmiotem ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej.

W przypadku zaproszenia wykonawców będących stronami umowy ramowej do składania ofert, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. b lub c ustawy Pzp (nie dotyczy zatem przypadku, gdy w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy), zamawiający ma obowiązek stosować te same warunki udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, i w razie potrzeby bardziej sprecyzowane warunki oraz w stosownych przypadkach inne warunki wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu dotyczących umowy ramowej. Dodatkowo, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia oraz wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert w odniesieniu do każdego zamówienia. Termin powinien być zatem adekwatny do stopnia skomplikowania zamówienia. Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu, może być według mnie ocenione w kategoriach naruszania zasady uczciwej konkurencji.

²¹⁴ Tak: A. Bura, *Umowy ramowe*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 5, s. 22.

W piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że „całkowicie przemilczano kluczowe z punktu widzenia praktyki kwestie, takie jak dopuszczalny zakres oceny uzupełnienia oferty oraz skutki niedochowania określonych przez zamawiającego wymogów. Stosowanie – choćby odpowiednio – przepisów ustawy regulujących składanie i ocenę ofert nie wydaje się w tym zakresie rozwiązaniem w jakikolwiek sposób uzasadnionym, gdyż ich treść i charakter ofert determinowane są koniecznością realizacji ogólnych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym wypadku natomiast nie będziemy mieli do czynienia z czynnościami zmierzającymi do wyboru wykonawcy bądź udzielenia zamówienia. Zamawiający może i w zasadzie powinien sam uregulować te kwestie we wzorze umowy ramowej”²¹⁵.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 101a ust. 8 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 lit. b lub c, wybór najkorzystniejszej oferty może być dokonany z zastosowaniem aukcji elektronicznej²¹⁶. Równocześnie ustawodawca zdecydował się znowelizować art. 91 a ustawy Pzp (regulujący aukcje elektroniczne) poprzez dodanie ust. 1a, który stanowi, że w zamówieniach udzielanych na podstawie umów ramowych w przypadkach wskazanych w art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz w ramach dynamicznego systemu zakupów zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną na zasadach określonych w ust. 1. Na mocy nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. wprowadzono zatem możliwość stosowania aukcji elektronicznej w przypadku, w którym zamawiający ma zamiar dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą i nie zachodzi sytuacja, w której określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw oraz warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy zrealizują roboty budowlane, usługi lub dostawy.

Skoro ustawodawca wprowadził możliwość dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej z wykorzystaniem aukcji elektronicznej, należy przyjąć, że zastosowanie znajdą w tym wypadku art. 91a–91e ustawy Pzp regulujące szczegółowo postępowanie z użyciem wspomnianego narzędzia zamówień elektronicznych. Odnośnie do możliwości zastosowania aukcji elektronicznej w doktrynie wskazuje się, że „taka okoliczność powinna być przewidziana już w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej”²¹⁷. Taka teza jest oczywiście uzasadniona, biorąc pod uwagę, że wykonawcy powinni już na wstępie znać wszystkie istotne okoliczności związane z prowadzonym postępowaniem. Brak

²¹⁵ *Ibidem*, s. 22.

²¹⁶ W zakresie zagadnienia aukcji elektronicznej w Prawie zamówień publicznych por. J. Gołaczyński, *Prawo Mediów Elektronicznych* 4/2006, Dodatek do „Monitora Prawniczego” 2006, Nr 2.

²¹⁷ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 101a.

informowania o tak istotnych aspektach postępowania mógłby bowiem prowadzić do ograniczania przez zamawiającego konkurencji i utrudniania tym samym dostępu do postępowania dla przedsiębiorców. Konieczność stosowania wyżej wspomnianych przepisów dotyczących aukcji elektronicznej oznacza, że w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej zamawiający powinien przewidzieć: elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej; wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości wynikające z opisu przedmiotu zamówienia; informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia; informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej; warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne wysokości postąpień, które, w stosownych przypadkach, wymagane będą podczas licytacji; informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń²¹⁸. Możliwość zastosowania aukcji elektronicznej, w ramach umowy ramowej, wynika również z art. 35 dyrektywy, który aukcję elektroniczną określa jako powtarzalny proces elektroniczny realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiający ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny. Wprowadzone w powyższym zakresie zmiany w ustawie Pzp należy zatem utożsamiać z koniecznością dokonywania przez ustawodawcę krajowej elektronizacji zamówień publicznych, której wymaga prawo unijne.

Obecnie, jak już wspominałem, stosowanie elektronicznej formy prowadzenia postępowania nie powinno być uznane w zasadzie za utrudniające dostęp do zamówienia dla MŚP z uwagi na fakt, iż dostępność narzędzi komunikacji elektronicznej jest powszechna. W mojej ocenie, zastosowanie elektronicznych narzędzi komunikacji w odniesieniu do omawianej metody agregowania zamówienia może odnieść również pozytywne skutki, albowiem prowadzone w czasie rzeczywistym postępowanie z zastosowaniem środków elektronicznych utrudnia w znacznym stopniu możliwość występowania zagrożeń związanych z tzw. zmonopolizowaną przetargową. Jednakże samo użycie narzędzi elektronicznych, w tym wypadku aukcji elektronicznej, powinno być prosto i jednoznacznie opisane w danym postępowaniu. Wielokrotnie MŚP nie posiadają wyspecjalizowanych służb monitorujących przetargi i składających oferty w imieniu danego wykonawcy. Niewielkie podmioty są bowiem

²¹⁸ Por. art. 91a ust. 2a ustawy Pzp.

najczęściej fizycznie odpowiedzialne zarówno za złożenie oferty, jak i realizację zamówienia, co nie występuje w zasadzie na poziomie wielkich przedsiębiorstw.

Odnosnie do stosowania aukcji elektronicznej w zakresie umów ramowych, warto jeszcze zwrócić uwagę na aspekt ekonomiczny takiego działania. Mianowicie, jak wskazałem w rozdziale I, jedną z podstawowych przyczyn stosowania metod agregowania zamówienia jest uzyskanie korzystnych cen oferowanych przez wykonawców. Możliwość uzyskania niższych cen, może być dodatkowo osiągnięta właśnie poprzez korzystanie z aukcji elektronicznej stanowiącej swoistą „dogrywkę” dla wykonawców, którzy obniżają ceny w trakcie aukcji prowadzonej w czasie rzeczywistym. Jednakże nie można wykluczyć, że w razie wskazania przez zamawiającego, że przewiduje stosowanie aukcji elektronicznych, wyjściowe ceny ofertowe będą wyższe, niż gdyby aukcja nie była elementem postępowania, albowiem wykonawcy muszą skalkulować w cenie oferty uczestnictwo w aukcji elektronicznej. Na marginesie można wspomnieć, że badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny jest uzasadnione, również w przypadku postępowań zmierzających do zawarcia umowy ramowej²¹⁹.

Warto zauważyć, że wraz z nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. ustawodawca słusznie wykreślił z ustawy Pzp obowiązek zamawiającego odpowiedniego stosowania przepisów art. 45 i 46 ustawy Pzp, a zatem żądania wadium od wykonawców. W mojej ocenie, przed nowelizacją można było przyjąć, że w niektórych przypadkach żądanie wadium było konieczne (jeżeli wartość umowy ramowej przekraczała tzw. progi unijne). Wedle obecnie obowiązujących przepisów, wydaje się, że brak jest przedmiotowego obowiązku. Przyjmując bowiem celowe działanie ustawodawcy, należy uznać, że uchylenie odesłania zawartego w art. 101 do art. 45 i 46 (wraz z uchyleniem treści całego art. 101) miało swoje uzasadnienie. Takie działanie należy ocenić pozytywnie, albowiem żądanie wadium przy postępowaniach zawieranych za pomocą umowy ramowej może utrudniać dostęp do zamówień dla mniejszych wykonawców, zmuszając ich często do zawierania umów konsorcjum wyłącznie w celu połączenia potencjału finansowego.

Wobec powyższego powstaje również pytanie, czy obligatoryjne żądanie wadium pozostawałoby w zgodzie z wprowadzoną wprost w art. 7 (na mocy nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.) zasadą proporcjonalności. Z orzecznictwa TSUE wynika bowiem, że nadmierne żądania postawione wykonawcom stoją w sprzeczności z tą zasadą. Przykładowo, w jednym z wyroków wskazano, że wymóg posiadania przez wykonawcę biura jeszcze przed rozpoczęciem

²¹⁹ Por. KIO w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17, Legalis nr 1576645.

wykonywania umowy jest beзуżyteczny i nieproporcjonalny²²⁰, więc żądanie wadium w przypadku, w którym zawarcie umowy ramowej nie powoduje obowiązku zawarcia umowy definitywnej, mogłoby być niejednokrotnie uznane za sprzeczne z art. 7 ustawy Pzp. Również na gruncie krajowego porządku prawnego wielokrotnie analizowano rozumienie zasady proporcjonalności. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 5.09.2014 r. zauważono, że „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”²²¹.

Należy również dodać, że pomimo zasadniczych zmian dotyczących umowy ramowej aktualność zachowuje przytoczony już przeze mnie pogląd, wyartykułowany przez KIO, że wykonawcom w zakresie odnoszącym się do wcześniejszych etapów postępowania niż wybór oferty najkorzystniejszej, a więc np. zawarcie umowy ramowej, przysługuje odwołanie. Ma to oczywiście niebagatelne znaczenie dla możliwości kontrolowania przez wykonawców, czy zamawiający nie naruszają przy stosowaniu instytucji umowy ramowej ustawy Pzp, w tym zwłaszcza, co interesujące w kontekście problematyki niniejszej pracy, czy nie utrudniają dostępu do zamówienia dla MŚP.

Wskutek nowelizacji nie usunięto jednak problemu, który istniał na gruncie ustawy Pzp przed omawianą nowelizacją, a mianowicie nie doprecyzowano w dalszym ciągu zagadnienia ustalania wartości umów wykonawczych zawieranych na podstawie umowy ramowej. Nadal jeszcze wartość zamówienia w odniesieniu do umowy ramowej należy ustalać zgodnie z art. 32 ust. 7 ustawy Pzp, który wskazuje na łączną wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej. Zagadnienie to może stwarzać problemy interpretacyjne w szczególności w przypadku, w którym wartość umów wykonawczych nie przekracza stosownych progów. Chodzi w tym wypadku zarówno o próg obligujący do stosowania ustawy Pzp, jak też tzw. próg unijny.

5.4 Zmiana umowy ramowej w trybie art. 144 ustawy Pzp

Nowym rozwiązaniem, wprowadzonym na mocy nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., o którym należy wspomnieć i które wymaga odrębnego omówienia, jest możliwość

²²⁰ Por. pkt 54 wyroku ETS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud), ECLI:EU:C:2005:644.

²²¹ Tak: KIO w wyroku z dnia 5 września 2014 r., sygn. akt KIO/KU 74/14, Legalis nr 1245542.

dokonywania zmian umowy ramowej w trybie art. 144 ustawy Pzp. Na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów art. 144 ustawy Pzp nie odnosił się do zmiany umów ramowych (a jedynie do zmiany umów zawartych w trybie ustawy Pzp) i był znacznie bardziej lakoniczny niż obecnie. Zarówno bowiem w ustawie Pzp w brzmieniu przed nowelizacją, jak i obecnie nie można przyjmować, że „zakresem pojęcia umów w sprawach zamówień publicznych objęte są umowy ramowe, skoro nie realizują bezpośrednio celu gospodarczego w postaci nabycia usług, dostaw lub robót budowlanych”²²². Nie można oczywiście pominąć stanowisk odmiennych²²³. W mojej ocenie, zasadny jest pierwszy z wyrażonych poglądów, biorąc pod uwagę choćby zasadę celowego działania ustawodawcy, który skoro przed omawianą nowelizacją nie wskazał w art. 144 ustawy Pzp możliwości odniesienia tego przepisu do umów ramowych, to było to działanie zamierzone. Taka teza nie wyklucza oczywiście przyjęcia, że w pewnych sytuacjach do umów ramowych można było stosować odpowiednio postanowienia dotyczące umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Aktualne brzmienie wspomnianego art. 144 ustawy Pzp stanowi po pierwsze, wyartykułowanie wypracowanych na przestrzeni lat poglądów ETS w tym zakresie²²⁴, a po drugie, jest wynikiem implementacji do polskiego porządku prawnego art. 72 nowej dyrektywy klasycznej. Warto na marginesie wspomnieć, że zagadnienie możliwości dokonywania zmian umowy oraz umowy ramowej nie było uregulowane w poprzednio obowiązującej dyrektywie 2004/18/WE. W kontekście niniejszej pracy istotna jest jednak wyłącznie możliwość zmiany umowy ramowej jako narzędzia agregacji zamówienia. Problematyka ta jest doniosła prawnie, albowiem niekontrolowana zmiana umowy ramowej może powodować powstawanie nieprawidłowości skutkujących zwłaszcza utrudnieniem dostępu do zamówienia dla MŚP, co jest szczególnie ważnym zagadnieniem. Jako przykład zmiany dokonanej z naruszeniem art. 144 ustawy Pzp, która godziłaby w interesy m.in. MŚP, można by podać choćby zmianę umowy

²²² G. Wicik, *Umowa ramowa w zamówieniach publicznych...*

²²³ J. Baehr, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 338.

²²⁴ Por. ETS w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, nr 4A, s. I-03801, w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., C 454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund) i innym, ECLI:EU:C:2008:351, w wyroku z dnia 15 października 2009 r. C 196/08 Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym, ECLI:EU:C:2009:628, w wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., C 160/08 Komisja przeciwko RFN, ECLI:EU:C:2010:230, w wyroku z dnia 13 kwietnia 2010 r., C 91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182.

ramowej poprzez przedłużenie okresu jej trwania do np. 10 lat, co pozbawiłoby dostępu do rynku potencjalnych wykonawców przez długi okres.

Warto również podkreślić, że pomimo znacznego rozszerzenia katalogu możliwości zmian umownych (w tym również dodatkowo odniesienia art. 144 ustawy Pzp po raz pierwszy wprost do umów ramowych) regułą w odniesieniu do kontraktów (w tym umów ramowych) zawieranych w następstwie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje ich niezmiennosc. Tym samym, przepisy określające przesłanki zmiany umów ramowych należy interpretować w sposób ścisły. Artykuł 144 ust. 1 ustawy Pzp zawiera bowiem obecnie zamknięty katalog przesłanek, których zaistnienie pozwala na modyfikację umowy ramowej bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie natomiast z poprzednim brzmieniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazane były istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Jeżeli zatem zamawiający nie przewidział możliwości dokonania stosownej zmiany w powyżej wskazanych dokumentach przetargowych oraz nie określił warunków danej zmiany²²⁵, mógł dokonywać jedynie zmian nieistotnych, przy czym ponosił ryzyko uznania danej zmiany za istotną, albowiem w razie zmiany z naruszeniem art. 144 ustawy Pzp taka zmiana podlegała unieważnieniu (a przed nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. dla takiej zmiany zastosowany był wprost rygor nieważności²²⁶).

Ustawowe ograniczenie możliwości zmian umowy było i jest nadal ograniczeniem zasady swobody zawierania umów wyrażonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego²²⁷. Powyższy artykuł oraz inne przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie do umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Reguła ta wynika bowiem wprost z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada swobody zawierania umów uprawnia strony umowy cywilnoprawnej (a więc również umowy

²²⁵ W orzecznictwie słusznie wskazano, że ustawa Pzp nie zobowiązuje do precyzyjnego określenia jakie dokładnie mają być warunki zmiany, tylko do ujęcia warunków zmiany, co daje możliwość zachowania elastyczności przy konstruowaniu warunków zamówienia, por. wyrok NSA z 30 marca 2017 r., sygn.. akt II GSK 1899/15, Legalis nr 1637715.

²²⁶ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778).

²²⁷ W zakresie ograniczenia zasady swobody zawierania umów por. uwagi A. Kidyby, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, art. 353¹ Kc, wyd. 2, 2014, Lex.

ramowej) do ukształtowania wedle własnego uznania wzajemnych zobowiązań²²⁸. Oczywiście w ustawie – Prawo zamówień publicznych zasada ta doznaje wiele ograniczeń, chociażby poprzez fakt, że to zamawiający (a nie obydwie strony) ustala treść umowy oraz umowy ramowej. W kontekście omawianego problemu ograniczeniem wspomnianej zasady jest właśnie art. 144 ustawy Pzp, który określa sytuacje, w których możliwa jest zmiana umowy oraz umowy ramowej.

Obecnie, na mocy omawianego przepisu, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych szczegółowo w treści omawianego artykułu. Ustawodawca wskazał zatem wprost, jakie zmiany mogą być dokonywane przez zamawiających. Tymi okolicznościami są przykładowo: zmiany, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych określających ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Przedmiotowe postanowienie nawiązuje zatem do poprzedniego brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, bardziej szczegółowo odnosząc się natomiast do kwestii warunków wprowadzania danej zmiany. Chodzi o to, że w przypadku zamiaru zmiany umowy ramowej zamawiający powinien określić dokładnie, jaki charakter będzie mieć dana zmiana. Zmiana nie powinna oczywiście doprowadzić do tego, że modyfikacji uległby ogólny charakter umowy ramowej. Wydaje się zatem, że nie może prowadzić do sytuacji, w której w umowie ramowej zostałyby określone wszelkie zobowiązania w sposób definitywny, albowiem wówczas umowa ramowa uległaby przekształceniu w umowę definitywną o ramowej współpracy, a ponadto sama umowa ramowa stałaby się umową, na mocy której udzielane jest zamówienie publiczne, wbrew definicji, o której mowa w art. 2 pkt 9a ustawy Pzp. Taka zmiana stanowiłaby niewątpliwie naruszenie zakazu utrudniania uczciwej konkurencji i była jednocześnie niedopuszczalną barierą dostępu do zamówień dla wykonawców.

Innym przykładem dopuszczalnych zmian umowy ramowej są zmiany, których łączna wartość jest mniejsza niż kwoty tzw. progów unijnych i jest jednocześnie mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie ramowej w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie ramowej. Ustawodawca wskazał zatem

²²⁸ Na temat cywilnoprawnego charakteru umowy o udzielenie zamówienia publicznego por. uwagi R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.

wyraźnie kwoty progowe, poniżej których zmiana zawsze może być dokonana, niezależnie od tego, czy była przewidziana w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Możliwości dokonywania takich zmian w zakresie dotyczącym umów ramowych należy, co do zasady, zaaprobować. Zamawiający musi mieć bowiem pewną swobodę dokonywania tzw. zmian bagatelnych w przypadku, w którym wartość umowy ramowej powinna być zwiększona lub zmniejszona o niewielką kwotę (w stosunku do wartości umowy ramowej), a w związku z tym niecelowe jest przeprowadzenie nowego postępowania. Z drugiej strony należy pamiętać, że biorąc pod uwagę wartość umowy ramowej, która ustalona w 4-letnim okresie trwania może być spora, zwiększenie jej wartości o 10% może nie być w rzeczywistości nieznaczącą zmianą (jeżeli chodzi o wartość). Takie modyfikacje powinny być uważnie monitorowane przez organy uprawnione do przeprowadzania kontroli w zakresie stosowania prawa zamówień publicznych, albowiem mogą one być wykorzystywane również do utrudniania dostępu do zamówienia dla MŚP. Wspomniana powyżej nieprawidłowa sytuacja może nastąpić w przypadku zwiększenia wartości umowy ramowej zawartej z jednym z wykonawców z przekroczeniem powyżej wskazanych progów kwotowych.

Zamawiający może również dokonać zmiany umowy ramowej, jeżeli modyfikacje dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie ramowej.

Niezależnie od powyższego, zamawiający może także dokonać zmian w umowie ramowej, jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie ramowej.

Należy jednak zastrzec, że zaznaczonych w powyższych akapitach zmian umowy ramowej, które mogą być zastosowane przy spełnieniu wskazanych w punktach warunków, zamawiający nie może dokonywać w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Przykładowo, zamawiający nie powinien zwiększać wartości zawartej umowy ramowej w celu udzielania dodatkowych zamówień (na podstawie umów wykonawczych) i nieprzeprowadzania kolejnego postępowania zmierzającego do zawarcia nowej umowy ramowej. Takie działanie utrudniałoby niewątpliwie dostęp MŚP oraz pozostałych wykonawców do zamówienia.

Kolejnym istotnym aspektem wartym poruszenia jest obowiązek zamawiającego zamieszczenia (po dokonaniu zmiany na zasadach wskazanych powyżej – dotyczy zmian, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp) ogłoszenia o zmianie umowy ramowej w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stosownego ogłoszenia.

Jeżeli chodzi natomiast o zmianę umowy ramowej, którą zamawiający przewidział w dokumentacji przetargowej, jak również zmiany spowodowane okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć (a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie umowie ramowej), czy też tzw. zmian bagatelnych (do 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie ramowej w przypadku dostaw i usług lub 15% w przypadku robót budowlanych), to ustawodawca przyjął dodatkowo, iż przedmiotowa zmiana nie może prowadzić do zmiany charakteru umowy ramowej. Zakaz zmiany charakteru umowy ramowej w tym wypadku wynika wprost z art. 72 nowej dyrektywy klasycznej. Tak jak już wspomniano, zakazana byłaby więc zmiana umowy ramowej, wskutek której umowa ramowa stałaby się w rzeczywistości umową o udzielenie zamówienia publicznego. Niedopuszczalna według mnie byłaby również zmiana wartości, która przekształcałaby umowę ramową, dotyczącą np. dostaw, na umowę na roboty budowlane. Taka sytuacja byłaby możliwa w razie zmian wartości poszczególnych świadczeń w ramach umowy ramowej, prowadzących do zmiany głównego przedmiot świadczenia.

Inne przypadki, w których ustawodawca wyraźnie dopuszcza możliwość dokonania modyfikacji umowy ramowej, to m.in. sytuacja zmian podmiotowych po stronie wykonawcy²²⁹. Chodzi o zmiany, które zamawiający przewidział w określonej dokumentacji

²²⁹ Należy zauważyć, że w praktyce częstym przykładem omawianych zmian są przekształcenia spółek handlowych – gdzie w razie zmiany formy prawnej mamy do czynienia w rzeczywistości z tym samym podmiotem, a więc obowiązuje zasada kontynuacji, a nie sukcesji. W tym zakresie por. uwagi A. Rataj [w] R. Kwaśnicki, K. Falkiewicz, I. Mika, M. Przygodzka, A. Rataj, P. Wierzbicki, A. Woźniak, *Spółka z ograniczoną*

postępowania, zmiany wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub też zmiany powstałe w wyniku przejścia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Wspomniane zmiany są również zgodne z nową dyrektywą klasyczną oraz wymagają zaaprobowania. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że modyfikacje dotyczące przekształceń wiążą się występowaniem zasady kontynuacji na gruncie prawa cywilnego, a zatem nieuzasadnione byłoby odmawianie podmiotowi przekształconemu możliwości dalszego realizowania umów wykonawczych na podstawie umowy ramowej. Z kolei nieprawidłowe zastosowanie omawianej zmiany może również naruszać prawa wykonawców, związane z dostępem do zamówienia, albowiem umożliwienie dalszej realizacji umowy ramowej podmiotowi, który nie powstał w ramach wskazanych zmian, będzie niewątpliwie stanowić działanie niezgodne z prawem.

Niezależnie od powyżej wskazanych możliwości zmian umowy ramowej dopuszczalne są każdorazowo zmiany uznane za nieistotne, z tym że ustawodawca (w przeciwieństwie do poprzedniej regulacji art. 144 ustawy Pzp), co zostało już podkreślone, zdefiniował obecnie, w ślad za postanowieniami nowej dyrektywy klasycznej, jakie zmiany należy uznawać za istotne. Tak więc, na podstawie art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, zmianę postanowień zawartych w umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy ramowej w stosunku do charakteru umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) narusza równowagę ekonomiczną umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie ramowej,

odpowiedzialnością, Warszawa 2005, s. 693 i n. W zakresie dopuszczalności zmian podmiotowych por. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Rozdział IV, Warszawa 2017, Legalis, nadto: J. Jerzykowski, *Zmiany podmiotowe (cz. 1)*, „Przetargi Publiczne”, 2018, nr 1, s.42-45.

c) znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy ramowej,

d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Tak więc, treść art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, podobnie jak art. 72 ust. 4 dyrektywy, nawiązuje do tez orzecznictwa TSUE, które zostały wyartykułowane na przestrzeni lat. Co istotne, należy przyjąć, że wnioskując *a contrario*, wszelkie inne zmiany umowy ramowej, których charakter nie wypełnia znamion wskazanych powyżej, powinny być uznane za zmiany nieistotne, a zatem dopuszczalne w świetle zarówno ustawy Pzp, jak i nowej dyrektywy klasycznej. W mojej ocenie, słuszną jest dokonana zarówno na poziomie prawa UE, jak i prawa krajowego próba zdefiniowania pojęcia „zmiany istotnej”, choć podzielam również stanowisko, zgodnie z którym „pojęcie «istotności» wydaje się niemożliwe do jednoznacznego zdefiniowania w kategoriach prawnych. Stąd zarówno orzecznictwo TSUE, jak i obecnie przepisy dyrektywy 2014/24/UE wskazują na jego zasadnicze elementy, podają pewne wytyczne pozwalające ustalić jego znaczenie; niemniej ocena istotności lub nieistotności zawsze powinna być odnoszona do konkretnej sytuacji i stanu faktycznego danej sprawy. Ocena «istotności» zmiany zawsze będzie bowiem subiektywna co pokazuje np. wyr. TSUE z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07 (Legalis), w której rzecznik generalny, przychylając się do stanowiska KE, ocenił dane zachowanie instytucji zamawiającej jako zmianę istotną, podczas gdy Trybunał uznał je za niemające takiego charakteru (opinia rzecznika generalnego *Poiareses Maduro* przedstawiona 17.12.2008 r. do wyr. TSUE z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07, Legalis oraz wyr. TSUE z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07, Legalis)”²³⁰.

Należy jedynie przypomnieć, że przykładowo w ocenie TSUE zmianą istotną jest zmiana wprowadzająca warunki, „które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”²³¹. Podzielam powyższe stanowisko w całości, uważam, że w pełni obrazuje definicję „istotności zmiany”, albowiem statuuje o kluczowej, w moim przekonaniu, zależności pomiędzy wprowadzeniem zmiany, a jej wpływem na konkurencję w ramach postępowania.

²³⁰ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 144, por. wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07, Legalis nr 139344.

²³¹ Por. cytowany już w niniejszej pracy wyrok TSUE, sygn. akt C 454/06.

Przestrzeganie przez zamawiających zasad dokonywania zmian w umowach ramowych jest niezwykle istotne z wielu powodów²³². Po pierwsze, zmiany dokonane z naruszeniem ustawy Pzp w powyżej wskazanym zakresie podlegają unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych postanowień umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu. Nieprzestrzeganie ustawy Pzp może mieć zatem szereg negatywnych konsekwencji, związanych z unieważnieniem postanowienia umownego. Jako przykład można podać chociażby konieczność wzajemnego zwrotu świadczeń²³³ (jeżeli odpadła podstawa umowna do wykonania danego zobowiązania) lub możliwość wystąpienia z ewentualnym roszczeniem odszkodowawczym przez wykonawcę²³⁴. W przypadku, w którym zmiana dokonana przez strony wykraczałaby poza ramy ustalone w ustawie Pzp, należałoby przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Po drugie, dokonywanie zmian umowy ramowej zgodnie z ustawą Pzp chroni wykonawców, którzy chcieliby wziąć udział w zamówieniu, przed zamknięciem im tej możliwości. Przykładowo, zmiana umowy ramowej poprzez znaczne zwiększenie zakresu jej przedmiotu (z naruszeniem ustawy Pzp) wyklucza z możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy chcieliby ubiegać się o kolejne zamówienie po zakończeniu trwania danej umowy ramowej.

Nowelizację polegającą na wprowadzeniu do krajowego porządku prawnego wyraźnych unormowań określających zmiany dopuszczalne w umowie ramowej oceniam pozytywnie. Ustawodawca dostosował przepisy w tym zakresie do wymogów nowej dyrektywy klasycznej, która z kolei normuje, począwszy od 2014 r., wypracowane wcześniej w orzecznictwie zasady zmian umów oraz umów ramowych. Biorąc pod uwagę zwłaszcza prawa MŚP w kontekście wyżej wskazanej zmiany, należy przyjąć, iż nastąpiło ich wzmocnienie. Generalnie stoję na stanowisku, że zmiany te są korzystne dla wszystkich wykonawców, nie tylko mikro-, małych i średnich. Jednakże biorąc pod uwagę, że jednym z głównych celów modyfikacji dokonanych w ustawie Pzp nowelą z 22 czerwca 2016 r. była ochrona interesów MŚP, należy przyjąć, iż w tym zakresie prawa tej grupy wykonawców będą również w większym stopniu chronione.

²³² Należy pamiętać, że zmiana umowy lub umowy ramowej w sprawie zamówienia publicznego dokonana z naruszeniem ustawy Pzp może powodować odpowiedzialność na gruncie art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1311, t.j. ze zm., w tym kontekście por. Orzeczenie GKO z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt BDF1.4800.145.2015, Legalis nr 1640626. W tym orzeczeniu wskazano w szczególności, że penalizuje się wyłącznie zmiany dokonane z naruszeniem ustawy Pzp, a nie jakiegokolwiek zmiany.

²³³ Zastosowanie w przypadku konieczności zwrotu świadczeń znalazłby art. 410 i n. k.c. regulujący kwestie zwrotu świadczenia nienależnego.

²³⁴ W tym zakresie podstawę dochodzenia roszczeń może stanowić w szczególności art. 471 i n. k.c.

W poprzednim stanie prawnym kwestia „istotności zmiany” przy braku wytycznych ustawowych była pojęciem w wysokim stopniu arbitralnie wykładanym, zwłaszcza w początkowym okresie istnienia tego pojęcia, z uwagi na niewielki wówczas dorobek w tym zakresie orzecznictwa. Obecnie bardziej sprecyzowane wytyczne wskazane w art. 144 ustawy Pzp, powinny zapobiegać w większym stopniu zmianom powodującym zwłaszcza uznaniowe zwiększanie przez zamawiających wartości umów ramowych, co może z kolei zapobiec praktyce eliminowania wykonawców z dostępu do danego zamówienia przez szereg lat z rzędu. Również jeżeli chodzi o ewentualne kontrole postępowań w tym zakresie, należy uznać, że uprawnione organy będą miały ułatwione zadanie, w szczególności z uwagi na bardziej precyzyjnie niż poprzednio określone przesłanki, uprawniające zamawiających do dokonania zmiany umowy ramowej.

6. Uwagi końcowe

Umowy ramowe to metoda agregowania zamówień, która zarówno na gruncie dyrektyw unijnych, jak i krajowej ustawy Pzp w brzmieniu sprzed i po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. nie może być oceniona jednoznacznie, jeżeli chodzi o jej stosowanie i zapewnienie dostępu do zamówień dla MŚP. Otóż, w zależności od szczegółowych unormowań danego postępowania, może to być instrument prawny korzystny albo niekorzystny zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Założeniem umowy ramowej było i jest również obecnie doprowadzenie do oszczędności czasu i środków finansowych po stronie zamawiającego, a zatem osiągnięcie korzyści finansowych (związanych z efektem skali), jak również organizacyjnych. Wydaje się, że te cele mogą być spełnione przy prawidłowym stosowaniu istniejących uregulowań. W mojej ocenie, umowa ramowa została aktualnie w prawidłowy sposób transponowana do ustawy Pzp. Istnieje jednak kilka podstawowych zagrożeń związanych z jej stosowaniem i możliwym utrudnieniem dostępu do rynku dla MŚP. W tym zakresie w pierwszej kolejności trzeba wskazać na przypadek braku podziału zamówienia w ramach danej umowy ramowej na części i jednocześnie skorelowanie warunków udziału w postępowaniu ze znaczną wartością zamówienia zagregowanego poprzez stosowanie tej metody. Takie działania powinny być szczególnie skrupulatnie analizowane pod kątem przestrzegania w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności. Jest to o tyle istotne, że zagregowanie zamówienia poprzez zawarcie umowy ramowej uniemożliwia dostęp do zamówień wykonawcom, którzy nie są stroną tej umowy przez cały okres jej trwania. Po drugie, należy w omawianym kontekście szczególnie wnikliwie monitorować przypadki zawierania umów ramowych przez centralnych zamawiających, albowiem wówczas następuje podwójne

zagregowanie zamówienia. Po trzecie, nie rozwiązano wskutek nowelizacji problemu związanego ze wspomnianym wcześniej ustalaniem wartości umów wykonawczych, a wpływem tych wartości na wybór trybu postępowania. Nie wyjaśniono również w sposób jednoznaczny kwestii, czy do umów ramowych należy stosować postanowienia dotyczące umów o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem w szeregu przypadków takie wątpliwości nadal pozostają. Przykładowo, można wspomnieć o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy, która to instytucja nie powinna być, w moim przekonaniu, stosowana do umów ramowych, albowiem funkcja tego zabezpieczenia jest adekwatna do umów, na mocy których realizowane są świadczenia. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy pełni w szczególności funkcję zabezpieczenia ryzyka kontraktowego oraz, jak podkreśla się w piśmiennictwie, funkcję prewencyjno-stymulacyjną, która polega „na tym, że wykonawca obawiając się nieuchronnej odpowiedzialności bezpośredniej bądź roszczeń regresowych i ewentualnych innych pozaprawnych pretensji osoby trzeciej udzielającej zabezpieczenia w interesie dłużnika z góry starannie wykonuje swoje zobowiązanie”²³⁵.

Z drugiej strony aprobaty wymaga uregulowanie obecnie w art. 144 ustawy Pzp wprost możliwości dokonywania zmian umowy ramowej z jednoczesnym wyszczególnieniem przypadków, w których takie zmiany są dopuszczalne. Prawidłowym rozwiązaniem jest również wykreślenie przez ustawodawcę odesłania, w zakresie umowy ramowej, do instytucji wadium, albowiem jak wskazałem w niniejszej pracy, stosowanie wadium w ramach tej metody agregacji nie znajduje uzasadnienia.

Otwarte natomiast pozostaje pytanie o możliwy wzrost popularności tej instytucji wśród zamawiających, związany chociażby z umożliwieniem stosowania w jej ramach aukcji elektronicznej czy też katalogów elektronicznych. Korzyści ze stosowania umów ramowych były dotychczas w znacznie większym stopniu dostrzegane w innych państwach członkowskich UE niż w Polsce, gdzie liczba zawieranych umów była znacznie niższa. Pomimo więc, że skorzystanie z tej metody agregacji zamówienia pozwalało dokonać pewnych oszczędności ekonomicznych, udzielanie zamówień z wykorzystaniem umowy ramowej było w Polsce dotychczas niezbyt częste.

²³⁵ R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 141.

Rozdział III

Dynamiczny system zakupów

1. Uwagi ogólne

Znacznie rzadziej, w porównaniu z umowami ramowymi, jako instrument agregowania zamówień stosowany był dynamiczny system zakupów. W odróżnieniu od umów ramowych nie jest to bowiem zagadnienie znane i powszechnie używane w prawie cywilnym lub w innych dziedzinach prawa na długo przed wprowadzeniem ustawy Pzp do krajowego porządku prawnego. Z uwagi na fakt, że omawiana instytucja prawna jest bezpośrednio związana z procesem elektronizacji w zamówieniach publicznych, nie była również powszechnie znana jeszcze kilkadziesiąt lat temu. Także obecnie, na co wskazywałem w rozdziale I, dynamiczny system zakupów nie jest często stosowanym narzędziem prawnym, służącym do wyboru wykonawców. Zatem pomimo faktu, że przedmiotem dynamicznego systemu zakupów były dostawy powszechnie dostępne, nabywane na podstawie umowy sprzedaży, lub usługi powszechnie dostępne, system ten nie cieszył się powszechną popularnością wśród zamawiających, a w konsekwencji relatywnie rzadko stwarzał problemy praktyczne dla wykonawców. W mojej ocenie, nie bez znaczenia był w tym aspekcie nierozzerwalny związek pomiędzy dynamicznym systemem zakupów a elektronizacją postępowania, która wywoływała i nadal wywołuje wiele obaw zamawiających (często zupełnie nieuzasadnionych), związanych ze stosowaniem elektronicznych narzędzi komunikacji. Zamawiający nadal są często sceptycznie nastawieni do używania elektronicznych form prowadzenia postępowania w zamówieniach publicznych. Pomimo że przedmiotowe zagadnienie należy do elektronicznych technik służących zamawiającemu do wyboru wykonawców (odmiennie niż umowa ramowa), jest również instytucją prawną, która pozwala agregować zamówienia, albowiem po ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów zamawiający może udzielać zamówień w ramach tej instytucji przez kilka lat z rzędu. Na marginesie należy wskazać, że wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie jego trwania.

Omawiana instytucja prawna powinna zatem być wzięta pod uwagę jako metoda agregowania, która może ułatwiać, ale również potencjalnie utrudniać dostęp do rynku wykonawcom, zwłaszcza tym zaliczającym się do MŚP. Warto zatem prześledzić poszczególne zmiany w konstrukcji systemu zarówno w prawie UE, jak i prawie krajowym, albowiem korzystanie z niego mogło bez wątpienia dyskryminować wykonawców, chociażby poprzez

skorelowanie jego wartości z ustanowionymi warunkami udziału w postępowaniu. Podobnie jak umowa ramowa, system również nie został wprowadzony do ustawy Pzp jako odrębny tryb udzielania zamówień, a pewien proces, który prowadzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Dynamiczny system zakupów w prawie Unii Europejskiej przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej

Jednym z powodów, dla których bez wątpienia wprowadzono w prawie UE dynamiczny system zakupów, był postęp techniczny skutkujący szerszym użyciem przez zamawiających w obrocie prawnym narzędzi elektronicznych, które pozwalały zarówno zaoszczędzić czas, jak i ograniczyć koszty. System nie był uregulowany w dyrektywach unijnych obowiązujących przed 2004 r.

W motywie 13 preambuły do dyrektywy nr 2004/18/WE wskazano, że „z uwagi na szybki rozwój elektronicznych systemów zakupów, należy obecnie wprowadzić odpowiednie reguły, które umożliwią instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości stwarzanych przez te systemy. W tym kontekście niezbędne jest zdefiniowanie w pełni elektronicznego, dynamicznego systemu zakupów dla zakupów bieżącego użytku, oraz określenie szczególnych reguł tworzenia i funkcjonowania takiego systemu w celu zapewnienia równego traktowania każdego wykonawcy, który chciałby wziąć w nim udział. Każdy wykonawca, który złoży ofertę orientacyjną, zgodnie ze specyfikacją oraz spełni kryteria kwalifikacji powinien mieć możliwość przystąpienia do takiego systemu. Taka technika zakupów umożliwia instytucji zamawiającej, poprzez stworzenie wykazu zakwalifikowanych oferentów oraz umożliwienie udziału nowym oferentom, uzyskanie szczególnie szerokiego wachlarza ofert dzięki dostępnym udogodnieniom elektronicznym, a poprzez to zapewnienie optymalnego wykorzystania środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji”. Wynika z tego, że prawodawca unijny powiązał ze sobą w nierozzerwalny sposób system jako metodę agregacji i jako elektroniczny sposób udzielania zamówienia, co miało doprowadzić w szczególności do procedowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Przyjęcie prawnych rozwiązań w omawianym zakresie miało niewątpliwie znaczenie nie tylko, jeżeli chodzi o ułatwienie funkcjonowania zamawiających, ale również zagwarantowanie praw wykonawcom z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji, tak aby każdy podmiot miał możliwość uczestniczenia w systemie. Należy jednak zwrócić uwagę, że unijny prawodawca, zdając sobie zapewne sprawę z odmienności związanej z kulturą prawną poszczególnych państw członkowskich, jak również ze zróżnicowanego rozwoju

gospodarczego członków UE, wprowadził przedmiotowy system (podobnie jak umowę ramową) jako instytucję fakultatywną, w odniesieniu do jej uregulowania w ramach krajowych porządków prawnych.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE dynamiczny system zakupów określono jako w pełni elektroniczny proces dokonywania bieżących zakupów, których cechy, jako ogólnie dostępnych na rynku, spełniają wymagania instytucji zamawiającej. System ten ma ograniczony czas trwania oraz jest otwarty przez cały swój okres ważności dla każdego wykonawcy, który spełnia kryteria kwalifikacji i złożył ofertę orientacyjną zgodną ze specyfikacją. Zgodnie zatem z wyżej wskazaną definicją, system miał służyć dokonywaniu „bieżących zakupów”, a nie nabywaniu np. zamówień o charakterze innowacyjnym. Podkreślono również jego ograniczony czas trwania – nie mógł obowiązywać przez okres dłuższy niż 4 lata poza należycie uzasadnionymi wyjątkowymi przypadkami. Takie działania (podobnie jak w odniesieniu do umów ramowych) należy ocenić jednoznacznie pozytywnie, albowiem miały one na celu zapobieganie sytuacji, gdy zagregowanie zamówienia w ramach systemu uniemożliwiłoby dostęp do zamówienia wykonawcom niespełniających określonych kryteriów. Taka konstrukcja prawna miała zatem zasadnicze znaczenie zwłaszcza w obszarze wykonawców z sektora MŚP. Na marginesie można podnieść, że sformułowanie „należycie uzasadnione wyjątkowe przypadki” powinno być interpretowane ściśle, zgodnie z zasadą, że wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej.

Dyrektywa 2004/18/WE wyznaczyła swoiste ramy dla działania systemu. W art. 33 poprzednio obowiązującej dyrektywy klasycznej wskazano w szczególności, że w celu utworzenia dynamicznego systemu zakupów instytucje zamawiające przestrzegają zasad procedury otwartej na wszystkich etapach aż do udzielenia zamówień w ramach tego systemu. Tak więc, zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami, wszyscy oferenci, którzy spełniali kryteria kwalifikacji i przedstawili ofertę orientacyjną, zgodną ze specyfikacją oraz wszelkie dokumenty dodatkowe, musieli być dopuszczani do udziału w systemie. Wówczas istniało pojęcie ofert orientacyjnych, które obecnie, w ramach nowelizacji, zostało usunięte, o czym szczegółowo będzie mowa w dalszej części opracowania. Oferty orientacyjne dopuszczonych do systemu oferentów mogły być ulepszone w dowolnym momencie pod warunkiem, że pozostawały zgodne ze specyfikacją. W piśmiennictwie wskazywano ówczesznie, że „ocena ofert orientacyjnych pozwoli zamawiającemu na stworzenie «elektronicznego rynku

zakwalifikowanych wykonawców». Rynek ten nie ma charakteru zamkniętego, ponieważ zgodnie z ustawą Pzp możliwe jest ciągle składanie ofert przez nowych wykonawców”²³⁶.

Kolejną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest fakt, że środki komunikacji, jakimi miały posługiwać się strony postępowania, powinny mieć wyłącznie formę elektroniczną. Powinny być ogólnie dostępne i nie mogły ograniczać dostępu wykonawców do postępowania. W mojej ocenie, te postanowienia były niezbędne, aby uchronić wykonawców przed stawianiem przez zamawiających zbyt rygorystycznych wymogów w zakresie sprzętu informatycznego. W dzisiejszych czasach trudno sobie wyobrazić przedsiębiorstwa, które nie korzystają z elektronicznych form komunikacji albo przynajmniej nie mają takich możliwości. Można jednakże przyjąć, iż w 2004 r. kwestia ta była mniej oczywista, tym bardziej jeżeliby założyć, że zamawiający miał nieograniczoną przepisami możliwość eliminowania wykonawców poprzez narzucanie niedostępnych ogólnie form komunikacji. Takie ograniczenie wprowadzone przez prawodawcę unijnego miało duże znaczenie zwłaszcza w kontekście segmentu MŚP, albowiem przedsiębiorcy o znacznych rozmiarach zapewne mieli możliwości finansowe i organizacyjne, aby dostosować się do nawet najbardziej „wyśrubowanych” przez zamawiających wymogów w zakresie korzystania z narzędzi elektronicznych. W art. 33 dyrektywy 2004/18/WE wprost odwołano się do rozwiązań w zakresie form komunikacji określonych w art. 42 omawianego aktu prawnego. W art. 42 ust. 4 wskazano z kolei, że narzędzia wykorzystywane do celów komunikacji za pośrednictwem środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne muszą mieć charakter niedyskryminacyjny, ogólnodostępny i kompatybilny z technologiami informatycznymi i komunikacyjnymi będącymi w powszechnym użyciu.

Niedyskryminacyjny i ogólnodostępny charakter rozwiązań technicznych miał oczywiście związek z faktem, że zamawiający nie mogli odwoływać się do tego systemu w celu zapobiegania, ograniczania lub zakłócania konkurencji. Dodatkowym rozwiązaniem, mającym ułatwiać dostęp wykonawców do systemu, był przepis zakazujący obciążania opłatami jego uczestników oraz zainteresowanych wykonawców.

W celu utworzenia dynamicznego systemu zakupów nałożono na instytucje zamawiające obowiązek opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, zaznaczając wyraźnie, że dotyczy ono dynamicznego systemu zakupów. Ponadto, zamawiający miał wskazać w specyfikacji m.in. charakter zakupów objętych systemem, jak również wszelkie niezbędne

²³⁶ M. Michałowska, E. Grabowska-Szweicer, G. Mazurek, I. Ziarniak, *Aukcje i licytacje elektroniczne w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2014, s. 120.

informacje dotyczące systemu zakupów, wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz uzgodnień i specyfikacji dotyczących połączeń technicznych. Zamawiający powinien zapewnić nieograniczony, bezpośredni i pełny dostęp do specyfikacji i wszystkich dokumentów dodatkowych od momentu opublikowania ogłoszenia aż do upływu terminu funkcjonowania systemu. Dostęp powinien być oczywiście zapewniony za pomocą środków elektronicznych, co było logiczną konsekwencją przyjętego w dyrektywie klasycznej sposobu komunikowania się pomiędzy stronami. Powinien on obejmować m.in. udostępnienie adresu elektronicznego.

Instytucje zamawiające miały obowiązek zapewnić każdemu wykonawcy w trakcie całego okresu funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów możliwość złożenia oferty orientacyjnej oraz dopuszczenia do systemu. Ocena ofert orientacyjnych powinna zostać dokonana w maksymalnym terminie 15 dni od daty jej złożenia. Przedłużenie okresu oceny zostało jednak dopuszczone, pod warunkiem że w międzyczasie nie zostało dokonane żadne zaproszenie do składania ofert. Instytucja zamawiająca zobowiązana była poinformować oferenta, który złożył ofertę orientacyjną, w najbliższym możliwym terminie o dopuszczeniu go do dynamicznego systemu zakupów lub o odrzuceniu jego oferty orientacyjnej.

Z kolei zgodnie z art. 33 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE każde konkretne zamówienie stanowiło przedmiot zaproszenia do składania ofert. Przed dokonaniem zaproszenia do składania ofert instytucje zamawiające były zobowiązane do opublikowania uproszczonego ogłoszenia o zamówieniu, zapraszając wszystkich zainteresowanych wykonawców do złożenia oferty orientacyjnej, zgodnie z ust. 4, w terminie, który nie mógł być krótszy niż 15 dni od daty wysłania uproszczonego ogłoszenia. Instytucje zamawiające nie miały prawa natomiast kontynuować postępowania ofertowego do momentu zakończenia oceny wszystkich ofert orientacyjnych otrzymanych w tym terminie.

Na mocy obowiązujących wówczas postanowień dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające miały obowiązek zaprosić wszystkich oferentów dopuszczonych do systemu do złożenia oferty na każde konkretne zamówienie, które miało zostać udzielone w ramach systemu. W tym celu należało wyznaczyć termin składania ofert oraz udzielić zamówienia oferentowi, który przedstawił najlepszą ofertę według kryteriów udzielenia zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, dotyczącym utworzenia dynamicznego systemu zakupów.

Z uwagi m.in. na fakt, że instytucje zamawiające miały obowiązek zapewnić każdemu wykonawcy w trakcie całego okresu funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów możliwość złożenia oferty orientacyjnej oraz dopuszczenia do systemu, jak również fakt, że dyrektywa 2004/18/WE nakładała na zamawiających obowiązek publikowania informacji o

systemie (w ramach przestrzegania zasady jawności i przejrzystości), należy uznać, że biorąc pod uwagę uregulowania omawianego aktu prawnego, była to technika agregowania zamówień, która w niewielkim stopniu mogła utrudniać dostęp do rynku dla MŚP. Wspomniane utrudnianie konkurencji mogło mieć związek np. z nieproporcjonalnymi do potrzeb wymogami (np. warunkami udziału) postawionymi przez zamawiających, czy to związanymi bezpośrednio z przedmiotem zamówienia, czy też np. z elektronicznymi środkami komunikacji obowiązującymi w ramach systemu. Była to zatem technika agregowania zamówień znacznie bardziej „otwarta” na MŚP niż umowa ramowa. Nie bez znaczenia jest oczywiście fakt, że dynamiczny system zakupów mógł być stosowany do wspomnianych wcześniej „bieżących zakupów” (a nie np. wielkich projektów innowacyjnych), co *de facto* oznaczało, że ich realizacją mogą się zająć przede wszystkim MŚP, które w dużej mierze wykonują takie właśnie zamówienia.

3. Dynamiczny system zakupów w nowej dyrektywie klasycznej

Dynamiczny system zakupów został uregulowany w art. 34 nowej dyrektywy klasycznej. Uchylony art. 33 dyrektywy 2004/18/WE był bardziej skomplikowany w stosunku do obecnej wersji przepisu. Jako przykład można wskazać choćby fakt, że nowe brzmienie dynamicznego systemu zakupów nie dopuszcza możliwości składania ofert orientacyjnych, w przeciwieństwie do poprzedniej regulacji. Odnośnie do zmian polegających na uproszczeniu procedury dynamicznego systemu zakupów w literaturze podkreśla się, że „ma nastąpić poprzez ich realizację w drodze procedury ograniczonej, co w opinii ustawodawcy miałyby wyeliminować konieczność składania ofert orientacyjnych, uznawanych za podstawowe obciążenie w dynamicznym systemie zakupów”²³⁷. W literaturze zauważa się również, że poprzez złożoność procedury dynamicznego systemu zakupów narzędzie to było mało popularne na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw²³⁸. Podnosi się także, że jednym z celów wprowadzenia zmian w zakresie w szczególności dynamicznego systemu zakupów było zwiększenie częstotliwości udzielania zamówień z zastosowaniem elektronicznych form komunikacji²³⁹.

Dynamiczny system zakupów, co już podkreślałem, nie jest odrębnym trybem udzielenia zamówienia publicznego, a „elektronicznym procesem udzielania zamówień

²³⁷ J. Czarnecka, [w:] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, red. M. Olejarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2014, s. 73.

²³⁸ H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo...*, s. 362.

²³⁹ Por. Z. Raczkiewicz, *Techniki i instrumenty w zakresie zamówień elektronicznych w ramach dyrektywy 2014/24/UE*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 9, s. 48.

publicznych, którego celem jest dokonywanie bieżących zakupów ogólnie dostępnych na rynku produktów, robót budowlanych lub usług. Przykładowo można wskazać, iż dynamicznym systemem zakupów mogą zostać objęte usługi na zakup papieru, materiałów biurowych, środków higienicznych czy usługi sprzątania. Dyrektywa nie przewiduje jednak kryteriów, zgodnie z którymi instytucja zamawiająca dokonywałaby oceny, czy zakup danego produktu powinien zostać objęty dynamicznym systemem zakupu²⁴⁰.

Wspomniany art. 34 dyrektywy wyraźnie stanowi, że system ten powinien być stosowany do „zakupów ogólnie dostępnych na rynku”, zatem, *a contrario* należałoby przyjąć, że nie jest odpowiednią metodą do nabywania zamówień niestandardowych, innowacyjnych, wymagających konsultacji z wykonawcami np. w zakresie dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Nie uległa zatem zmianie, wskutek nowelizacji prawa UE, ogólna reguła, zgodnie z którą system nie powinien służyć zamówieniom o skomplikowanym przedmiocie.

W literaturze odnośnie do „zakupów ogólnie dostępnych na rynku” podkreśla się, że „punktem odniesienia dla zrozumienia tego pojęcia powinny być podaż i popyt. W tym sensie, o ogólnej dostępności na rynku można mówić wtedy, kiedy z jednej strony – świadczenie oferowane jest na rynku przez liczne podmioty, a z drugiej – kiedy nieograniczona grupa konsumentów ma do niego łatwy dostęp²⁴¹. W mojej ocenie natomiast, skoro system powinien być stosowany do „zakupów ogólnie dostępnych na rynku”, to kwestii celu ustalenia, czy uzasadnione jest zastosowanie dynamicznego systemu zakupów do udzielenia danego zamówienia, można by się niejednokrotnie posilkować orzecznictwem KIO, wydanym w kontekście zamówień udzielanych w trybie zapytania o cenę. We wspomnianym trybie zamawiający może bowiem udzielić zamówienia, jeżeli jego przedmiotem są „dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych”. Abstrahując od kwestii sformułowania dotyczącego „ustalonych standardów jakościowych”, pojęcia „powszechnej dostępności” oraz „ogólnej dostępności” wydają się być tożsame w swym zakresie. Oczywiście należy mieć na uwadze, że w trybie zapytania o cenę nie można udzielać zamówień w zakresie robót budowlanych, co jest dopuszczalne w ramach dynamicznego systemu zakupów. Przykładowo, w jednym z orzeczeń KIO wskazała, że „termin «powszechna dostępność», rozumieć należy jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Z kolei rzeczy i usługi powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne

²⁴⁰ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 34.

²⁴¹ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 428.

są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. W konsekwencji przez «powszechną dostępność dostaw lub usług» należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Dostawy lub usługi powszechnie dostępne dotyczą zatem dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym²⁴².

Dynamiczny system zakupów jest w prawie Unii Europejskiej metodą agregowania zamówień podobną do umowy ramowej. Podstawowa różnica dotyczy jednak istnienia możliwości dopuszczenia do systemu zakupów nowych wykonawców w trakcie jego trwania, albowiem w umowie ramowej prawodawca unijny nie dopuścił takiego rozwiązania prawnego. Wydaje się zatem, że nowa dyrektywa klasyczna wyznacza MŚP w tym wypadku znacznie szerszy dostęp do zamówienia niż w przypadku umów ramowych. Wobec tego może budzić zdziwienie fakt, że instytucja prawna dynamicznego systemu zakupów, pomimo jej implementowania do krajowego porządku prawnego i nowatorskich uregulowań w zakresie wykorzystania narzędzi elektronicznych, nie była dotychczas, w mojej ocenie, szerzej wykorzystywana w praktyce przez instytucje zamawiające. Prawodawca unijny, niejako uzasadniając w preambule dyrektywy wprowadzenie przedmiotowych zmian w omawianym systemie, wskazał, że „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

²⁴² Tak: Uchwała KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 47/15, Legalis 1352488.

środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji w odniesieniu do powszechnie używanych lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku”²⁴³. Mówiąc zatem w dużym uproszczeniu, celem wprowadzenia tej instytucji prawnej, jak również celem jej obecnej modyfikacji, było zapewnienie instytucjom zamawiającym prostego i przejrzystego sposobu dokonywania zakupów powszechnie dostępnych. Wydaje się, że zamiarem prawodawcy unijnego w tym zakresie objęte jest również wykorzystanie dostępnych, wskutek postępu technologicznego, instrumentów elektronicznych przy udzielaniu zamówień publicznych, zachowując jednocześnie odpowiedni poziom konkurencyjności wśród wykonawców. W art. 34 zdanie drugie nowej dyrektywy klasycznej wskazano bowiem, że dynamiczny system zakupów jest realizowany jako w pełni elektroniczny proces i przez cały okres ważności systemu zakupów jest otwarty dla każdego wykonawcy, który spełnia kryteria kwalifikacji.

System urzeczywistnia zatem prymat elektronicznych środków komunikacji, który ma miejsce w nowej dyrektywie klasycznej. W tym kontekście warto również zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej dyrektywie 2004/18/WE, stosowanie środków komunikacji elektronicznej było równoprawnym narzędziem komunikacji z pozostałymi, tradycyjnymi sposobami. Należy przy tym wskazać, że powyższa zmiana w zakresie środków komunikacji jest wynikiem wdrażania tzw. e-zamówień, których założenia zostały szczegółowo określone w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pn. „Strategia na rzecz e-zamówień”, opublikowanym w dniu 20 kwietnia 2012 r.²⁴⁴. Dynamiczny system zakupów jest więc immanentnie związany z elektroniczną formą porozumiewania się w ramach postępowania. Prawodawca unijny wprost wskazuje bowiem, że cała komunikacja dotycząca dynamicznego systemu zakupów przebiega wyłącznie w formie elektronicznej. Fakt ten stanowi potwierdzenie wskazanej już wcześniej zasady, że instrumenty prawne przewidziane w nowej dyrektywie klasycznej, służące prawidłowemu stosowaniu agregowania zamówienia, powinny być wykorzystywane, co do zasady przy użyciu środków elektronicznych.

Konsekwencją przyjęcia rozwiązania polegającego na tym, że cała komunikacja w ramach dynamicznego systemu zakupów przebiega w formie elektronicznej, jest również wprowadzenie zasady, iż instytucje zamawiające zapewniają wykonawcom za pomocą

²⁴³ Por. motyw 63 preambuły do dyrektywy.

²⁴⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, pn. „Strategia na rzecz e-zamówień”, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0179&from=PL>.

środków elektronicznych nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia. Odwołano się w tym wypadku wprost do uregulowań art. 53 nowej dyrektywy klasycznej, który określa szczegółowo zasady dostępności dokumentów zamówienia w formie elektronicznej.

Dyrektywa stanowi dodatkowo, że dynamiczny system zakupów może być podzielony na kategorie produktów, robót budowlanych lub usług obiektywnie zdefiniowanych na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Wskazuje się zatem na odniesienie do cech i kategorii zamówień. Te pierwsze mogą obejmować odniesienie do maksymalnej dopuszczalnej wielkości późniejszych konkretnych zamówień lub do określonego obszaru geograficznego, na którym późniejsze konkretne zamówienia będą realizowane. Z kolei kategorie 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, gdzie konkretne zamówienia mają być realizowane. Gdy dynamiczny system zakupów podzielony jest na kategorie, instytucja zamawiająca powinna stosować kryteria kwalifikacji proporcjonalne do cech charakterystycznych danej kategorii²⁴⁵. Celem wprowadzenia możliwości dokonania takiego podziału jest zwiększenie udziału MŚP w systemie na znaczną skalę.

Co ciekawe, jako przykład systemu o dużej skali nowa dyrektywa klasyczna wskazuje dynamiczny system zakupów obsługiwany przez centralną jednostkę zakupującą, który to podmiot jest również narzędziem agregowania zamówień. Odniesienie postanowień dyrektywy do MŚP w zakresie dynamicznego systemu zakupów jest kolejną egzemplifikacją jednego z podstawowych celów uchwalenia omawianego aktu prawnego, a mianowicie umożliwienia wskazanemu wyżej rodzajowi przedsiębiorców swobodnego konkurencji na rynku zamówień publicznych UE.

Szczegółowa procedura statuująca funkcjonowanie dynamicznego systemu zakupów jest ujęta we wspomnianym art. 34 nowej dyrektywy klasycznej, który wprost określa minimalne terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów oraz minimalne terminy składania ofert. Tak więc, minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie wynosi 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub – w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako

²⁴⁵ Por. 66 motyw preambuły do dyrektywy.

sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie – od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Po wysłaniu zaproszenia do składania ofert dla pierwszego konkretnego zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów nie wyznacza się żadnych kolejnych terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału. Zamawiający ma obowiązek zapewnić każdemu wykonawcy w trakcie całego okresu ważności dynamicznego systemu zakupów możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w systemie. Ocena tych wniosków następuje zgodnie z kryteriami kwalifikacji w terminie 10 dni roboczych od ich otrzymania. Termin ten można przedłużyć maksymalnie do 15 dni roboczych w indywidualnych przypadkach, o ile jest to uzasadnione, w szczególności koniecznością przeanalizowania dodatkowej dokumentacji lub innego zweryfikowania tego, czy spełniono kryteria kwalifikacji. „Jednak należy mieć na uwadze, iż pojęcie zasadności przedłużenia terminu jest nieprecyzyjne. Wobec tego istotne jest, aby instytucja zamawiająca odwoływała się do niego w przypadkach szczególnych oraz przy zachowaniu reguł konkurencji pomiędzy wykonawcami”²⁴⁶.

Dyrektywa zastrzega jednocześnie, że o ile zaproszenie do składania ofert w ramach pierwszego konkretnego zamówienia w dynamicznym systemie zakupów nie zostało wysłane, instytucje zamawiające mogą wydłużyć okres oceny, pod warunkiem że w przedłużonym okresie oceny nie zostanie wystosowane żadne zaproszenie do składania ofert. Instytucje zamawiające powinny jednak określić w dokumentach dotyczących zamówienia długość wspomnianego wyżej przedłużonego okresu, który zamierzają zastosować. Po przeprowadzeniu przedmiotowej oceny zamawiający informuje danego wykonawcę, w najwcześniejszym możliwym terminie, o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu go do dynamicznego systemu zakupów.

Jeżeli chodzi o minimalny termin składania ofert, to wynosi on co najmniej 10 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. Prawodawca unijny dopuszcza w tym przypadku możliwość stosowania art. 28 ust. 4 (regulującego procedurę ograniczoną) nowej dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą postanowić, że wszystkie instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego – lub określone ich rodzaje – mają prawo wyznaczyć termin składania ofert w drodze wzajemnego porozumienia między instytucją zamawiającą a zakwalifikowanymi kandydatami, pod warunkiem że wszyscy zakwalifikowani kandydaci będą mieli tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert. W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu składania ofert termin ten wynosi co najmniej 10 dni od daty

²⁴⁶ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 34.

wysłania zaproszenia do ich złożenia. Oznacza to zatem, że w sytuacji, w której państwa członkowskie wprowadzą do swoich systemów prawnych wyżej wskazaną możliwość modyfikowania terminu składania ofert w drodze wzajemnego porozumienia między instytucją zamawiającą a zakwalifikowanymi kandydatami, zamawiający (niebędący instytucjami na szczeblu centralnym) będą mogli ustalać np. kilkudniowe terminy składania ofert w porozumieniu z zakwalifikowanymi kandydatami. Podczas wyznaczania terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające muszą jednak, w myśl art. 47 ust. 1 dyrektywy, uwzględnić złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert. W razie braku porozumienia z kandydatami, zamawiający nie będzie miał zatem podstaw do skrócenia terminu składania ofert poniżej 10 dni, licząc od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. W ramach dynamicznego systemu zakupów nie stosuje się natomiast art. 28 ust. 3 i 5 nowej dyrektywy klasycznej. Tak więc, nie ma podstaw do skracania przez instytucje zamawiające terminów składania ofert na zasadach, o których mowa w ust. 3 i 5 wskazanych powyżej.

Kolejnym elementem charakterystycznym dla dynamicznego systemu zakupów w prawie UE jest zobowiązanie instytucji zamawiających do publikowania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, wyraźnie zaznaczając przy tym, że instytucje te będą stosować dynamiczny system zakupów. Zamawiający powinni również wskazać szereg informacji charakteryzujących sposób procedowania w ramach dynamicznego systemu zakupów. W związku z tym należy przewidzieć charakter i szacowaną ilość przewidzianych zakupów oraz wszelkie niezbędne informacje dotyczące systemu, w tym sposób jego funkcjonowania, a także informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych rozwiązań i specyfikacji dotyczących połączeń. Ponadto, należy dokonać podziału na kategorie produktów, robót budowlanych lub usług, jak również wskazać cechy określające te kategorie. Należyte informowanie wykonawców o szczegółach postępowania ma istotne znaczenie dla zachowania uczciwej konkurencji, albowiem podmioty, które nie spełniają np. wymogów dotyczących wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, mogą powziąć stosowne środki przygotowawcze.

Zamawiający zapraszają wszystkich dopuszczonych do dynamicznego systemu zakupów wykonawców do składania ofert na każde konkretne zamówienie udzielane w ramach tego systemu. Jeżeli chodzi o szczegółowe kwestie związane z zapraszaniem uczestników postępowania, to prawodawca unijny odsyła w tym zakresie do art. 54 dyrektywy. Oznacza to, że m.in. zaproszenia powinny zawierać odesłanie do adresu elektronicznego, pod którym za pomocą środków elektronicznych zostały bezpośrednio udostępnione dokumenty zamówienia.

W przypadku, w którym zamawiający podzielił dynamiczny system zakupów na określone kategorie robót budowlanych, produktów lub usług, zaprasza on do złożenia ofert wszystkich uczestników dopuszczonych do kategorii, która odpowiada danemu zamówieniu. Jeżeli chodzi o udzielenie zamówienia, to następuje ono na rzecz wykonawcy, który złożył najlepszą ofertę na podstawie określonych w ogłoszeniu lub zaproszeniu do zainteresowania kryteriów udzielenia zamówienia. Jeżeli chodzi o miejsce publikacji kryteriów, to zamawiający publikuje je w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Dyrektywa wskazuje dodatkowo, że kryteria udzielenia zamówienia mogą, w stosownych przypadkach, zostać sformułowane bardziej precyzyjnie w zaproszeniu do składania ofert.

Instytucje zamawiające są uprawnione, aby w dowolnym momencie okresu ważności dynamicznego systemu zakupów żądać, by dopuszczeni uczestnicy złożyli nowe i zaktualizowane oświadczenia własne, dotyczące spełnienia kryteriów kwalifikacji jakościowej. Termin na złożenie przedmiotowych oświadczeń wynosi pięć dni roboczych od dnia przekazania takiego żądania. Należy przy tym „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, co wprost potwierdza motyw 65 Preambuły”²⁴⁷.

Zamawiający wskazują okres ważności dynamicznego systemu zakupów w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie. Zmiana okresu ważności jest dopuszczalna, jednakże instytucja zamawiająca powinna w takiej sytuacji powiadomić Komisję Europejską o przedmiotowej zmianie. Omawiane powiadomienie następuje przy użyciu formularzy standardowych²⁴⁸. Tak więc, w razie zmiany okresu ważności bez zakończenia funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów poinformowanie wymaga użycia formularza wykorzystanego pierwotnie na potrzeby zaproszenia do ubiegania się o zamówienie dotyczącego dynamicznego systemu zakupów, natomiast w przypadku zakończenia funkcjonowania systemu wymagany jest formularz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 50 nowej dyrektywy klasycznej.

²⁴⁷ W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 432.

²⁴⁸ Formularze standardowe zostały określone w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011, Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015.

Wykonawcy zainteresowani dynamicznym systemem zakupów lub uczestniczący w nim nie mogą być, zgodnie z art. 34 ust. 9 dyrektywy, obciążani żadnymi opłatami przed rozpoczęciem okresu ważności systemu lub w trakcie tego okresu. W literaturze podkreśla się, że „przepis ten natomiast milczy o ewentualnych opłatach, jakich mogłaby domagać się instytucja zamawiająca od innych zamawiających, co może mieć znaczenie przykładowo przy centralnych jednostkach zakupujących”²⁴⁹. Zakaz obciążania opłatami ma w tym wypadku, w mojej ocenie, zapobiegać uniemożliwieniu dostępu do systemu dla szerokiej gamy wykonawców. Zakaz ten powinien być zatem oceniany w kontekście możliwego naruszania zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Reasumując, należy stwierdzić, że dynamiczny system zakupów w prawie UE stanowi podobny do umów ramowych instrument agregowania zamówień publicznych. Zasadnicza różnica pomiędzy obiema instytucjami dotyczy tego, że w przeciwieństwie do umów ramowych, w przypadku dynamicznego systemu zakupów przepisy nie pozwalają na ograniczenie liczby zarejestrowanych wykonawców podczas procedury udzielania zamówienia, co oznacza, że system ma umożliwiać złożenie ofert wszystkich oferentom. Wydaje się zatem, że system ten bardziej niż umowa ramowa może sprzyjać konkurencji wśród wykonawców, a zatem może to być narzędzie prawne również bardziej dostępne dla MŚP. Dodatkowym atrybutem tego postępowania, w odniesieniu do praw MŚP, jest obecnie możliwość podzielenia systemu na określone kategorie zamówień, co sprzyja niewątpliwie zachowaniu uczciwej konkurencji, jak również mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom.

Z drugiej jednak strony obydwie techniki agregacji mają służyć głównie ograniczaniu kosztów udzielania zamówień, poprzez stosowanie technik pozwalających na sumowanie zamówień w czasie. Ponadto, co ciekawe, obydwie instytucje są stosowane za pomocą podobnych narzędzi elektronicznych, o których mowa w dyrektywie. Przykładowo aukcja elektroniczna – instrument zamówień elektronicznych, którym na mocy dyrektywy dysponuje również zamawiający, może być przeprowadzana zarówno pomiędzy stronami umowy ramowej, jak też w przypadku zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów. Dodatkowo, jeżeli chodzi o wskazanie podobieństw występujących w prawie UE pomiędzy umową ramową a dynamicznym systemem zakupów, to również w przypadku ustalania wartości dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca uwzględnia maksymalną szacunkową wartość bez VAT wszystkich zamówień przewidywanych przez cały okres ważności systemu.

²⁴⁹ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 432.

Należy ocenić, że eliminacja konieczności składania w ramach dynamicznego systemu zakupów ofert orientacyjnych może przyczynić się do popularyzacji stosowania go, zwłaszcza w kontekście postępującego procesu elektronizacji zamówień. Dotychczas bowiem stosowanie systemu jako techniki agregowania zamówienia nie było powszechne.

4. Dynamiczny system zakupów w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.

Definicja legalna dynamicznego systemu zakupów została wprowadzona do krajowej ustawy Pzp w 2006 r., w ramach nowelizacji, na mocy tego samego aktu prawnego, którym wprowadzono do polskiego porządku prawnego umowę ramową. Instytucja ta, podobnie zatem jak w przypadku wspomnianej umowy, została implementowana w związku z wejściem w życie dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 2004/18/WE, jak również członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej. Już w momencie uchwalania tej instytucji w polskim prawie, w piśmiennictwie wskazywano na główny cel, który ma spełnić dynamiczny system zakupów w ustawie Pzp. Podniesiono mianowicie, że „system ten ma w istotny sposób zmniejszyć obciążenia związane z organizowaniem wielu odrębnych postępowań na realizację dostaw i usług powszechnie dostępnych”²⁵⁰. Niezależnie zatem od faktu, że system był i jest nadal instrumentem prawnym służącym agregowaniu zamówień oraz w pełni elektroniczną metodą udzielania zamówień, miał od początku swego istnienia pełnić przede wszystkim rolę usprawniającą proces dokonywania zakupów²⁵¹.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 2 pkt 2a ustawy Pzp przez dynamiczny system zakupów należało rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne. Z definicji wynikało zatem *a contrario*, że wykluczono możliwość stosowania dynamicznego systemu zakupów do udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane. Ponadto instytucji tej nie wolno było stosować, jeżeli przedmiot zamówień dotyczył nabywania rzeczy, praw oraz innych dóbr na podstawie umowy dostawy, najmu, leasingu oraz innych umów z wyjątkiem umowy sprzedaży. Dalszym ograniczeniem była możliwość stosowania dynamicznego systemu zakupów

²⁵⁰ H. Olszowska, *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 4, s. 38.

²⁵¹ Por. Opinia merytoryczna o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych wraz z autokorektą (druki sejmowe 127 i 127-A) z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie, czy projektowane przepisy realizują zakładane cele nowelizacji, 29 grudnia 2005 r., Warszawa, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opwsdr?OpenForm&127>.

wyłącznie do dostaw i usług powszechnie dostępnych. Pojęcie „powszechnej dostępności dostaw i usług” należało rozumieć jako „oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług”²⁵². Zgodnie z tym, co wskazałem wcześniej, w zakresie interpretowania sformułowania „powszechnej dostępności” można posiłkować się orzecznictwem dotyczącym trybu zapytania o cenę.

Dynamiczny system zakupów cechowało również to, że w postępowaniu prowadzonym w celu jego ustanowienia oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną. Stanowił o tym art. 103 ust. 1 ustawy Pzp (nadal obowiązujący), który należało traktować jako przepis *lex specialis* w stosunku do uchylonego obecnie art. 27 ust. 3 ustawy Pzp. W obydwu postępowaniach oferty składane były, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Należy jednak pamiętać, że przed nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. również pozostałe dokumenty należało w tym wypadku składać z zachowaniem formy tożsamej dla oferty. Z § 7 ust. 1 zdanie drugie uchylonego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane²⁵³, wynikało bowiem jednoznacznie, że w przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W piśmiennictwie wskazano, z czym należałoby się zgodzić, że jedną z głównych wad dynamicznego systemu zakupów był obowiązek stosowania powyżej wskazanego bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, albowiem popularność tej formy prawnej dla czynności prawnych jest znacznie ograniczona, co powoduje, że ograniczony może być również dostęp do realizacji zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw²⁵⁴.

²⁵² Uchwała KIO z dnia 28 września 2011 r., sygn. akt KIO/KD 74/11, Legalis nr 761165.

²⁵³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231).

²⁵⁴ Por. W. Ługowski, *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 3, s. 24.

Jeżeli chodzi o obowiązujące na gruncie poprzednich unormowań zasady ustanawiania dynamicznego systemu zakupów, to na podstawie art. 102 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający mógł ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Z treści wskazanego przepisu wynikało więc, że skoro przy udzielaniu zamówień objętych tym systemem stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, to dynamiczny system zakupów sam w sobie nie jest trybem udzielania zamówienia, o którym mowa w dziale II, rozdział III ustawy Pzp.

Odpowiednie zastosowanie przepisów o przetargu nieograniczonym oznaczało, że przepisy te znajdą zastosowanie w innym celu niż udzielenie zamówienia przy zastosowaniu tego trybu. Nie wprowadzało to jednak możliwości modyfikowania sposobu stosowania żadnego z przepisów o przetargu nieograniczonym. Różnice pomiędzy udzielaniem zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego a jego zastosowaniem w zakresie dynamicznego systemu zakupów wynikały wyłącznie z przepisów działu III, rozdział II ustawy Pzp²⁵⁵. Ponadto warto podkreślić, że przy korzystaniu z procedury dynamicznego systemu zakupów należało stosować nie tylko przepisy ustawy Pzp, odnoszące się wyłącznie do trybu przetargu nieograniczonego, ale również wszystkie przepisy, które powinny być stosowane przy przeprowadzaniu postępowania w przedmiotowym trybie.

Dynamiczny system zakupów mógł być ustanawiany, podobnie jak umowa ramowa, co do zasady, na okres nie dłuższy niż 4 lata. Ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system mógł być jednak ustanowiony na okres dłuższy. W takim wypadku zamawiający w terminie 3 dni zawiadamiał o tym Prezesa UZP, podając wartość dynamicznego systemu zakupów i przedmiot zamówień objętych tym systemem oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Celem zawiadomienia było dokonanie przez uprawniony organ weryfikacji przesłanek uprawniających zamawiającego do ustanowienia dynamicznego systemu na okres dłuższy niż 4 lata. Z uwagi jednak na fakt, że sam dynamiczny system był niezwykle rzadko stosowany, takie zawiadomienia w zasadzie nie miały miejsca²⁵⁶.

Na marginesie należy zauważyć, że terminem początkowym ustanowienia dynamicznego systemu zakupów było zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu. W piśmiennictwie podnosi się bowiem, że „opierając się na wykładni językowej, nie można więc

²⁵⁵ Por. W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, s. 565.

²⁵⁶ Do takich konkluzji można dojść po analizie sprawozdań UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za lata 2010–2016, gdzie nie ma wzmianki o takim zawiadomieniu.

przyjąć, że dynamiczny system zakupów jest ustanowiony z chwilą wszczęcia postępowania zmierzającego do jego utworzenia. Jednoznacznych wskazówek w tym zakresie nie dają również dyrektywy UE, których postanowienia są wdrażane do prawa polskiego poprzez przyjęcie przepisów o dynamicznym systemie zakupów. Mimo przywołanego brzmienia art. 103 ust. 1 wydaje się jednak, że za ustanowienie dynamicznego systemu zakupów należy uważać zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu²⁵⁷.

Przyjmuje się, że podobnie jak w przypadku maksymalnego okresu trwania systemu ujętego w dyrektywach, również w tym wypadku przesłanki uprawniające zamawiającego do ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata nie powinny być interpretowane rozszerzająco. W mojej ocenie jest to istotne, zwłaszcza z uwagi na ryzyko ograniczenia dostępu do rynku dla wykonawców, którzy w razie ewentualnego bezzasadnego przedłużenia okresu trwania systemu mogliby być pozbawieni możliwości udzielenia im zamówienia. Pomimo faktu, że system był teoretycznie podczas jego trwania otwarty na konkurencję, to w razie przyjęcia nieprawidłowych warunków udziału przez zamawiającego sytuacja niekorzystna dla potencjalnych wykonawców z segmentu MŚP mogła trwać wiele lat. Prawidłowym rozwiązaniem ustawowym było zatem zobligowanie zamawiających do zawiadamiania Prezesa UZP o zasadności przedłużenia okresu trwania systemu ponad 4 lata, choć jak wskazano wcześniej, możliwość ta nie była w zasadzie stosowana. Biorąc jednak pod uwagę wyspecjalizowany charakter przedmiotowej instytucji, jaką jest UZP, takie działania ustawodawcze, mające ograniczać dopuszczalność bezzasadnego wydłużania dynamicznego systemu zakupów, należy mimo wszystko uznać za zasadne. Przedmiotowe regulacje zostały jednak uchylone na mocy wspomnianej już nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. W kontekście uprawnień MŚP taką zmianę oceniam negatywnie, albowiem brak jest w tym zakresie wystarczającej kontroli nad zamawiającymi, którzy mogą w arbitralny sposób określać długość trwania systemu²⁵⁸.

Zamawiający nie mógł również wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji. Jest to zasada, którą ustawodawca po raz kolejny powtórzył w art. 102 ust. 4 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że przedmiotowy przepis nie uległ zmianie, do dnia dzisiejszego aktualny pozostaje pogląd, że przepis ten stanowi *superfluum* w stosunku do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp²⁵⁹. Takie stanowisko nie wydaje się jednak uzasadnione, biorąc pod uwagę

²⁵⁷ Tak: W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, s. 568.

²⁵⁸ Szerzej na ten temat w niniejszym rozdziale, w zakresie dotyczącym dynamicznego systemu zakupów po nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r.

²⁵⁹ Por. P. Pelczyński, *Prawo zamówień...*, s. 622.

fakt, że kwestia ograniczania konkurencji jest fundamentalna w odniesieniu do wszystkich postępowań prowadzonych zgodnie z ustawą Pzp, a w kontekście problematyki niniejszej pracy ma zasadnicze znaczenie w odniesieniu do istniejących zagrożeń w dostępie do zamówień dla MŚP, które mogą wystąpić przy stosowaniu instytucji prawnych służących agregowaniu zamówień. Z drugiej strony nie można oczywiście takiej tezie zupełnie odmówić słuszności, biorąc pod uwagę jedynie zasady techniki prawodawczej, zgodnie z którymi należałoby unikać zbędnych powtórzeń. Warto przypomnieć, na co już szczegółowo wskazywałem, że tożsamy zakaz jest również odrębnie wyartykułowany w art. 100 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do umowy ramowej.

Zgodnie z art. 104 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający miał obowiązek udostępnienia na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacji dotyczących dynamicznego systemu zakupów. Po wprowadzeniu systemu do ustawy Pzp przepis został w niewielkim stopniu skorygowany na mocy nowelizacji w 2007 r.²⁶⁰, jednakże zmiana miała charakter porządkujący. W powyżej wskazanym przepisie zawarte było przykładowe wyliczenie wspomnianych informacji, które powinny być zamieszczone na wskazanej stronie. Tak więc zamawiający, oprócz obowiązkowego podania informacji dotyczących określenia przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów, czasu jego trwania, przewidywanych terminów dokonywania zamówień oraz wymagań technicznych dotyczących urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert, mógł zamieścić również inne informacje, pożądane w danym postępowaniu. Przyjąć należy, co zostało już podniesione, że wymogi techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami nie powinny mieć wpływu na ograniczenie konkurencji np. poprzez postawienie zbyt wygórowanych wymogów, jeżeli chodzi o sprzęt komputerowy, który to wymóg uniemożliwiłby złożenie oferty przeciętnemu wykonawcy²⁶¹.

Jeżeli chodzi natomiast o wykonawcę i jego obowiązki ustawowe, to aby być dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów, powinien on złożyć ofertę

²⁶⁰ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. Nr 82, poz. 560).

²⁶¹ Por. W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, s. 574.

orientacyjną. Oferty te mogły być składane przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów, co stanowiło niewątpliwą jego zaletę, jeżeli chodzi o dostęp do zamówień dla wykonawców, w tym MŚP. W art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, który normował problematykę ofert orientacyjnych, przewidziano szereg wyłączeń statuujących brak możliwości stosowania regulacji ogólnych w postępowaniu prowadzonym w celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Przykładowo, zamawiający nie mógł żądać od wykonawcy wniesienia wadium, a wykonawca mógł złożyć więcej niż jedną ofertę orientacyjną, nie mógł natomiast złożyć oferty częściowej lub wariantowej. Brak możliwości żądania wadium oceniam pozytywnie z uwagi na fakt, że w tym wypadku wadium nie miałoby charakteru gwarancyjnego, jaki ma np. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Ustawodawca poprzez to wyłączenie usunął wątpliwości interpretacyjne, które istniały wówczas w odniesieniu do umowy ramowej. Brak tych nieścisłości wpływał zdecydowanie na korzyść systemu w stosunku do umowy ramowej w odniesieniu do kryterium dostępności postępowania dla MŚP.

Ponadto, poprzez brak możliwości zastosowania art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, nie można było zmienić lub wycofać oferty przed upływem terminu ich składania. Oferta orientacyjna mogła być natomiast w każdym czasie uaktualniona, poprzez złożenie nowego oświadczenia woli. Zamawiający nie mógł również, na podstawie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, dokonać zwrotu oferty, która została złożona po terminie. Wreszcie przy składaniu ofert orientacyjnych nie stosowano art. 85 i 86 ustawy Pzp. Oznaczało to, że nie miały w tym wypadku zastosowania przepisy ogólne stanowiące o okresie związania wykonawcy ofertą, jak również przepisy dotyczące możliwości zapoznawania się z ofertami przed upływem terminu ich otwarcia. Pomimo powyżej wskazanego wyłączenia (art. 86 ustawy Pzp) trzeba przyjąć, że należało stosować zasadę dotyczącą nieujawniania treści oferty przed dniem jej otwarcia oraz zasadę jawności ofert po przedmiotowym terminie. Tak więc, brak możliwości powoływania się na art. 86 ustawy Pzp był uzasadniony tym, że przepisy o dynamicznym systemie zakupów nie regulowały terminu otwarcia ofert orientacyjnych, a całe postępowanie, w przeciwieństwie do postępowań prowadzonych na ogólnych zasadach, miało charakter ciągły²⁶². Istnieją również poglądy głoszące, że możliwość zapoznania się przez wykonawców, którzy nie złożyli jeszcze ofert orientacyjnych, z ofertami już złożonymi w danym postępowaniu nie powinna mieć negatywnych następstw z uwagi na fakt, iż oferty te miały na celu przede wszystkim

²⁶² *Ibidem*, s. 576.

dopuszczenie danego wykonawcy do dynamicznego systemu zakupów²⁶³. Te szczególne uregulowania związane były z faktem, że oferty orientacyjne nie zobowiązywały do wykonania zamówienia, a stanowiły jedynie swego rodzaju wyartykułowane oświadczenie woli, dotyczące wzięcia udziału w systemie.

Wykonawca wraz z ofertą orientacyjną powinien składać oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający zażądał dodatkowo dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. W razie braku zadośćuczynienia temu żądaniu zastosowanie miał art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący o obowiązku zamawiającego wezwania wykonawców do ich uzupełnienia. Biorąc pod uwagę obowiązek stosowania art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, należy przyjąć, że wspomniane wcześniej dokumenty powinny być również składane w formie elektronicznej. Brak było jednak konieczności, aby oświadczenia lub dokumenty były złożone z zachowaniem formy, o której mowa w art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, a więc aby były opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Podkreślić jednak należy, że wraz z uaktualnioną ofertą orientacyjną nie było obowiązku ponownego składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z obowiązującymi wówczas regulacjami zamawiający powinien dokonać oceny oferty orientacyjnej w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia jej otrzymania. Termin ten mógł być przez niego przedłużany z zastrzeżeniem, iż w okresie tego przedłużenia nie mógł on wszcząć postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów. Na zamawiającego nałożono również obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawcy o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia oraz podania jednocześnie uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Kolejnym krokiem zamawiającego, który powinien poczynić w celu udzielenia zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, było zamieszczenie na stronie internetowej uproszczonego ogłoszenia o zamówieniu. Zamieszczenie powinno mieć miejsce przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia objętego tym systemem. Uproszczone ogłoszenie pozwalało wykonawcom dotychczas niedopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożyć ofertę orientacyjną. Jeżeli chodzi o minimalną treść tego ogłoszenia o zamówieniu, to powinno ono zawierać co najmniej termin i miejsce

²⁶³ Por. P. Pelczyński, *Prawo zamówień...*, s. 627.

opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, nazwę (firmę) zamawiającego, określenie przedmiotu zamówienia oraz wielkość lub zakres zamówienia, adres strony internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, oraz informacje, o których mowa w art. 104 ust. 1 ustawy Pzp, jak również termin składania ofert orientacyjnych. Takie rozwiązanie miało niewątpliwie na celu przekazanie informacji o zamówieniu jak największej grupie wykonawców, co trzeba ocenić pozytywnie. Powyższe obowiązki były przykładem na związanie zamawiającego zasadą jawności i przejrzystości.

Termin na złożenie ofert orientacyjnych przez wykonawców nie mógł być krótszy niż 15 dni. Pierwotnie termin był liczony od dnia przekazania tego ogłoszenia, a następnie po jednej z nowelizacji od dnia zamieszczenia tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (a po zmianie ustawy Pzp – Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej²⁶⁴).

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający mógł, przed publikacją uproszczonego ogłoszenia, zmienić (a zgodnie z wcześniejszą wersją omawianego przepisu „zmodyfikować”) treść SIWZ. O dokonanej zmianie (modyfikacji) informował on niezwłocznie wszystkich wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów, a także zamieszczał tę informację na stronie internetowej.

Zamawiający zobowiązany był do niezwłocznego dokonania oceny złożonych ofert. Stanowił o tym art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, na mocy którego należy przyjąć, iż wprowadzono obowiązek krótszego niż określony w art. 105 ust. 4 ustawy Pzp 15-dniowy termin dokonania oceny ofert orientacyjnych. Dodatkowo, zamawiający miał obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawcy o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych zamawiający powinien niezwłocznie rozpocząć postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów. Jego wszczęcie następowało poprzez wysłanie przez zamawiającego zaproszeń do składania ofert do wszystkich wykonawców dopuszczonych do omawianego systemu. Zaproszenie do składania ofert powinno być przekazywane w formie elektronicznej, zgodnie z zasadą wymienioną w art. 103 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga również fakt, że wyznaczenie

²⁶⁴ Na mocy art. 1 pkt 28 ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi dokonano w całej ustawie Pzp zmiany sformułowania „Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich” na „Urząd Publikacji Unii Europejskiej” (Dz.U. z 2012 r. poz. 1271).

przez zamawiającego terminu do składania ofert powinno nastąpić z uwzględnieniem czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia. Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu (zwłaszcza podczas którego wypadałyby np. dni uznane za ustawowo wolne od pracy) należałoby rozpatrywać w kontekście naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów złożone oferty powinny być oceniane, wyłącznie biorąc pod uwagę kryteria określone w SIWZ, którą zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej, zgodnie z treścią art. 104 ustawy Pzp. Składane w tym postępowaniu oferty nie mogły być mniej korzystne od oferty orientacyjnej.

Należy podzielić pogląd, że jeżeli oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów byłaby mniej korzystna od wcześniejszej propozycji wykonawcy, wyrażonej w formie oferty orientacyjnej, powinna być odrzucona. Nie ma bowiem podstaw, aby w sytuacji istnienia różnic (na niekorzyść zamawiającego) pomiędzy ofertami pierwszeństwo miały mieć postanowienia oferty orientacyjnej²⁶⁵.

W zaproszeniu do składania ofert zamawiający miał możliwość żądania od wykonawcy złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Należy jednak zwrócić uwagę, że zamawiający mógł zaniechać żądania złożenia przedmiotowych dokumentów bez względu na wartość zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Konkludując, dynamiczny system zakupów miał, przed omawianą nowelizacją z 22 czerwca 2016 r., na celu dokonanie usprawnienia i przyspieszenia procesu udzielania zamówienia publicznego, poprzez wprowadzenie pewnych uproszczeń proceduralnych. Powszechnie zwracano również uwagę, że instytucja ta, ze względu na ograniczoną możliwość manipulowania materiałami elektronicznymi, w sposób istotny wpływa na redukcję zagrożeń korupcyjnych²⁶⁶. Taka teza wydaje się w sposób oczywisty zasadna, albowiem składanie dokumentów w formie pisemnej (np. na dzienniku podawczym) może rodzić ryzyko nadużyć; znacznie trudniej jest dokonać ewentualnych nieprawidłowości przy użyciu elektronicznych narzędzi komunikacji.

System został wprowadzony w szczególności z uwagi na rozwój elektronicznych zamówień publicznych. Wydaje się, że mógł być metodą agregowania bardziej adekwatną dla zamówień, w których mogli brać udział zwłaszcza najmniejsi wykonawcy. Po pierwsze dlatego,

²⁶⁵ Por. R. Szostak, *Udzielanie zamówień publicznych w trybie powtarzalnego przetargu elektronicznego – dynamiczny sposób dokonywania zakupów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 31.

²⁶⁶ Por. H. Niedziela, *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2011, wyd. 1, s. 343.

że dotyczył on zamówień „powszechnie dostępnych”, a po drugie, że była to procedura „otwarta” na wykonawców w trakcie jej trwania, w przeciwieństwie do umowy ramowej. System cieszył się jednak znikomą popularnością z uwagi na znaczny stopień skomplikowania oraz, w mojej ocenie, niechęć zamawiających do stosowania elektronicznych narzędzi komunikacji. Zauważono, że „dynamiczny system zakupów ma jednak kilka niezaprzeczalnych zalet. Pierwszą z nich jest znaczne skrócenie czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiącego bolączkę systemu zamówień publicznych. Kolejną zaletą jest szerokie i bieżące rozeznanie zamawiającego na rynku wynikające z posiadanej listy wykonawców oraz aktualizowanych ofert orientacyjnych”²⁶⁷. Ten samo autor wskazał również na inne zalety działania systemu. Podniósł mianowicie, że „ze względu na podział i rozbieżność poszczególnych zamówień zwiększa się liczba wykonawców zdolnych do ich wykonania. Natomiast możliwość sukcesywnego składania i aktualizowania ofert orientacyjnych zwiększa poziom realizacji zasady konkurencji”²⁶⁸. Zgadzam się w szczególności z tezą, że podział zamówień prowadzi do zwiększenia liczby wykonawców, którzy mogą z powodzeniem wziąć udział w danym postępowaniu. W tym kontekście system był zatem narzędziem, który mógł być metodą agregowania adekwatną dla potrzeb MŚP.

5. Dynamiczny system zakupów w ustawie – Prawo zamówień publicznych

5.1 Uwagi ogólne

Po wejściu w życie 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. zmianie uległa (w przeciwieństwie do pojęcia umowy ramowej, które pozostało niezmienione) definicja systemu. Obecnie bowiem, zgodnie z art. 2 pkt 2a ustawy Pzp, poprzez dynamiczny system zakupów należy rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są powszechnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane. Wbrew poprzednio obowiązującej definicji z obecnego brzmienia wskazanego powyżej sformułowania wynika więc wyraźnie, że przedmiotem systemu mogą być zarówno usługi, dostawy, jak i roboty budowlane. Istnieją jednak również ograniczenia podobne do przyjętych w ustawie przed wspomnianą nowelizacją. W tym miejscu warto wskazać, że zarówno poprzednio, jak i aktualnie przedmiotem systemu mogą być jedynie „zamówienia powszechnie dostępne”. Ustawodawca zlikwidował zatem ograniczenia w zakresie używania omawianej instytucji przy wyborze wykonawcy na wykonanie zamówienia dotyczącego robót budowlanych. W mojej ocenie, rozszerzenie możliwości stosowania systemu do wszystkich

²⁶⁷ W. Ługowski, *Dynamiczny system...*, s. 24.

²⁶⁸ *Ibidem*, s. 24.

rodzajów zamówień może przyczynić się do jego upowszechnienia w praktyce, jako jednego z narzędzi agregowania zamówień publicznych.

Nieusunięcie z definicji systemu odniesienia do „powszechnej dostępności” zamówień oznacza, że można go stosować wyłącznie do dokonywania cyklicznych zakupów prostych produktów, usług lub robót budowlanych. Biorąc z kolei pod uwagę wprowadzenie możliwości korzystania z systemu do wyboru wykonawcy na roboty budowlane z jednoczesnym zastrzeżeniem, że powinny być one powszechnie dostępne, należy uznać, iż chodzi w tym wypadku o proste roboty budowlane, remonty niewielkich obiektów budowlanych itp. W mojej ocenie, system może stać się korzystnym sposobem ubiegania się o udzielenie zamówienia dla MŚP, które jak pokazuje praktyka rynkowa (w segmencie robót budowlanych), często zamierzają pozyskać proste, nieskomplikowane zamówienia, albowiem po pierwsze, są w stanie samodzielnie spełnić warunki udziału postawione w postępowaniu przez zamawiającego, a po drugie, ponoszą znacznie mniejsze ryzyko niewykonania zamówienia niż przy nawet niewielkiej części bardzo skomplikowanej inwestycji budowlanej. Poza tym MŚP w wielu przypadkach przystępują do postępowań, w których mogą samodzielnie spełnić warunki udziału (ewentualnie polegać na potencjale podmiotu trzeciego), znacznie rzadziej występują jako tzw. konsorcja, albowiem rodzi to dodatkowe ryzyka, związane chociażby z solidarną odpowiedzialnością za wykonanie zamówienia²⁶⁹. Dodatkowo, jak wskazują badania naukowe, MŚP „raczej rzadko lub w ogóle nie spotykają się w swoim obszarze działalności z zamówieniami publicznymi na wykonanie nowych lub znacząco udoskonalonych produktów, usług lub rozwiązań. Powołując się na analizy Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości z 2012 r. można wskazać, że tylko 15% wykonawców styka się z tego typu zamówieniami często lub bardzo często, a 16% – nie zetknęło się nigdy”²⁷⁰. Oznacza to że zamówienia, które mogą być przedmiotem systemu, a więc nie zamówienia innowacyjne, skomplikowane, a zamówienia powszechnie dostępne mogą pozostawać w zainteresowaniu zwłaszcza MŚP.

Utrzymanie w definicji systemu powyższego sformułowania, odnoszącego się do zamówień powszechnie dostępnych, jest również jak najbardziej uzasadnione z punktu widzenia konieczności dostosowania polskiego systemu prawnego do zgodności z prawem UE w tym zakresie, albowiem art. 34 nowej dyrektywy klasycznej zawiera w odniesieniu do systemu wytyczne stanowiące, że system ten powinien być stosowany do zakupów ogólnie

²⁶⁹ W zakresie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum por. K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015.

²⁷⁰ W. Starzyńska, J. Kornecki, J. Wiktorowicz, J. Szymański, *Zamówienia publiczne...*, s. 45.

dostępnych na rynku. Jeżeli chodzi o powyżej wskazane pojęcia, to w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się przykładowo, że „usługa ochrony mienia i osób w odniesieniu do infrastruktury krytycznej w rozumieniu ustawy o zarządzaniu kryzysowym, nie jest usługą powszechnie dostępną, gdyż nie służy bieżącemu użytkowi przeciętnego odbiorcy”²⁷¹. Z kolei w innym orzeczeniu zauważono, że „dynamiczny system zakupów może być stosowany dla takich powszechnie dostępnych dostaw i usług, które służą bieżącemu użytkowi. Zakupy bieżącego użytku, to zakupy codziennego, obecnego używania. Aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb”²⁷². W mojej ocenie, pomimo że wspomniane orzeczenia zostały wydane przed wejściem w życie omawianych zmian ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., tezy w nich wyrażone zachowują aktualność. Obecnie natomiast należy poczekać na orzecznictwo w zakresie zdefiniowania powszechnie dostępnych robót budowlanych, wydane w odniesieniu do dynamicznego systemu zakupów.

Po nowelizacji niezmienna pozostała zasada ustalania wartości dynamicznego systemu zakupów; jest ona w dalszym ciągu określana jako łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie jego trwania. Tak więc, również obecnie szacowanie wartości zamówienia w odniesieniu do systemu powinno dotyczyć okresu jego trwania. W przeciwieństwie jednak do poprzednich uregulowań, nie będzie to, co do zasady, maksymalnie 4-letni okres, albowiem przedmiotowe ograniczenie zostało uchylone. Oznacza to, że aktualnie jeżeli system został ustanowiony np. na 10 lat, to wartością może być łączna wartość zamówień objętych systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie 10 lat. Takie rozwiązanie jest niekorzystne z punktu widzenia interesów MŚP w związku z możliwością powiązania warunków udziału w postępowaniu z wartością zamówienia ustaloną jak powyżej. Wydaje się jednak, że korzystanie z systemu w taki sposób może być uznane za ograniczające konkurencję, a zatem sprzeczne z art. 102 ust. 4 ustawy Pzp. Ustanowienie systemu na zbyt długi okres może, w mojej ocenie, naruszać również zasadę proporcjonalności. Już na gruncie poprzedniego stanu prawnego wskazywano bowiem, że „za ograniczanie konkurencji może być uznane nieuzasadnione ustanowienie systemu na okres dłuższy niż 4 lata”²⁷³.

²⁷¹ Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 26/14, Legalis nr 1245571.

²⁷² Uchwała KIO z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt KIO/KD 21/14, Legalis nr 993088.

²⁷³ Tak: M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 102, Warszawa 2009, Legalis.

Zgodnie z art. 102 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Po nowelizacji omawiana metoda agregowania zamówienia może być zatem używana przy odpowiednim stosowaniu przepisów dotyczących przetargu ograniczonego, a więc dwuetapowego trybu udzielenia zamówienia. Poprzednio odpowiednie zastosowanie miały regulacje dotyczące przetargu nieograniczonego. Zmiana wynika z konieczności dostosowania systemu do wymogów postawionych przez nową dyrektywę klasyczną, która wskazuje, że realizacja systemu powinna następować w drodze procedury ograniczonej, co eliminuje konieczność składania ofert orientacyjnych, które było jednym z aspektów minimalizujących popularność przedmiotowej instytucji wśród zamawiających. Należy zauważyć, że tak jak w przypadku umów ramowych następuje „odpowiednie stosowanie” trybu udzielenia zamówienia, w tym wypadku przetargu ograniczonego, co oznacza, że wspomniane przepisy będą stosowane wprost lub będą odpowiednio zmodyfikowane w sposób uwzględniający specyfikę dynamicznego systemu zakupów.

Dodatkowo, w art. 102 dodano m.in. ust. 1a, na podstawie którego system może zostać podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii. Warto zauważyć, że „prawo zamówień publicznych nie precyzuje znaczenia „kategorii”. Należy więc przyjąć, że zgodnie z językowym znaczeniem pojęcia chodzi o zamówienia zbliżone do siebie rodzajowo (przedmiotowo)”²⁷⁴. Z kolei cechy te mogą, w szczególności, dotyczyć dopuszczalnej wielkości późniejszych zamówień lub obszaru geograficznego, na którym późniejsze zamówienia będą realizowane. Celem wprowadzenia powyżej wskazanych podziałów jest dostosowanie krajowych regulacji do wymogów nowej dyrektywy klasycznej, jak również, w mojej ocenie, zwiększenie udziału MŚP w systemie na większą skalę. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie, zarówno w kontekście doprowadzenia krajowego ustawodawstwa do zgodności z prawem unijnym, jak i dokonania zmiany prawa w kierunku ułatwiającym dostęp do zamówień dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Wykonawcy będący MŚP, a zwłaszcza najmniejsi przedsiębiorcy, relatywnie rzadko wykonują np. usługi wielobranżowo, stąd podział dynamicznego systemu zakupów na określone kategorie danych zamówień może przyczyniać się do rozwoju tej instytucji wśród omawianego segmentu podmiotów. Jest to o tyle istotne, że jak już wskazałem poprzednio, system jest adekwatnym sposobem na uzyskanie zamówienia

²⁷⁴ Tak: W. Dzierżanowski [w]: *Komentarz*..., art. 102, Warszawa 2018, Lex.

przez MŚP, biorąc pod uwagę fakt jego stosowania do usług dostaw i robót budowlanych „powszechnie dostępnych”.

Wracając do kwestii długości trwania dynamicznego systemu zakupów, należy zaznaczyć, że ze względu na likwidację przedmiotowego ograniczenia czasowego uchylono ust. 2 i 3 art. 102 ustawy Pzp wyznaczające maksymalny okres, na który system mógł być ustanawiany i obligujące zamawiającego do powiadamiania Prezesa UZP w razie ustanowienia systemu na okres przekraczający ustawowe maksimum. Zmiana ta jest związana z brakiem w obecnie obowiązującej nowej dyrektywie klasycznej (na wzór 4-letniego okresu w poprzednio obowiązującej dyrektywie 2004/17/WE) maksymalnego okresu, na który system mógł być ustanowiony. W tym kontekście, a więc wyłącznie w zakresie dostosowania polskiego ustawodawstwa do wymogów prawa UE, uchylene wspomnianych przepisów nie budzi moich wątpliwości i wymaga aprobaty. Abstrahując jednak od prawa UE, uchylene przepisów dotyczących maksymalnego okresu trwania systemu oraz, co jest tego konsekwencją, uchylene przepisów dotyczących kontroli Prezesa UZP omawianego zagadnienia należy ocenić negatywnie. Według mnie brak maksymalnego okresu trwania systemu, jak również brak upoważnienia ustawowego do kontroli przedmiotowego zagadnienia może rodzić możliwości dla zamawiających nadużywania systemu poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia dla wykonawców, w tym również MŚP. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy system jest ustanawiany na wiele lat, a warunki udziału w postępowaniu spełnia jedynie wykonawca, który pozostaje w zmowie przetargowej z zamawiającym. Jeżeli natomiast warunki udziału zostały sformułowane w sposób poprawny, to omawiane ograniczanie dostępu może mieć miejsce w mniejszym zakresie z uwagi na fakt, że podczas trwania systemu wykonawcy zachowują możliwość wstępowania do niego i uczestniczenia w postępowaniu. Jeżeli chodzi bowiem o czas trwania systemu, ustawodawca dodał obecnie art. 102 ust. 3a ustawy Pzp, na podstawie którego, w przypadku jego modyfikacji, zamawiający ma obowiązek dokonać zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jest to zmiana zasadna, umożliwiająca szerszemu gronu wykonawców zapoznanie się z nowym okresem trwania systemu. To również przejaw obowiązku zachowania zasady przejrzystości i zasady jawności. Należy mieć bowiem na względzie, że „zasada przejrzystości zapewnia konkurencyjność wszystkim zainteresowanym wykonawcom, a także daje możliwość kontroli prawidłowości działań zamawiającego”²⁷⁵.

W odniesieniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. nie dokonano, o czym już wspominałem, zmiany przepisu, zgodnie z którym zamawiający nie

²⁷⁵ Tak: I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 141.

może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji (art. 102 ust. 4 ustawy Pzp). Zgodzić należy się ze stanowiskiem wskazującym, że „ustawodawca podkreślił, że udzielanie zamówień w ramach dynamicznego systemu zakupów nie może zmierzać do ograniczania konkurencji. Wręcz przeciwnie, dynamiczny system zakupów to tryb, dzięki któremu zamawiający maksymalnie powinien otworzyć się na konkurencję przy udzielaniu zamówień na powszechnie dostępne usługi, dostawy lub roboty budowlane, m.in. poprzez elektroniczną udzielenia zamówienia”²⁷⁶. Pozostawienie wspomnianego przepisu bez zmian jest obecnie o tyle istotne, że w piśmiennictwie wskazuje się również, iż jednym z przejawów ograniczania konkurencji jest utworzenie systemu na zbyt długi okres w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz uzasadnionych potrzeb zamawiającego²⁷⁷. Zatem, jak to już zaznaczyłem w niniejszej pracy, m.in. z art. 102 ust. 4 ustawy Pzp należy obecnie wywodzić zakaz przedłużania systemu ponad uzasadniony dla zamawiającego okres.

Warto w tym miejscu również wspomnieć, że z uwagi na fakt, iż zarówno omawiany system, jak i umowa ramowa nie mogą być wykorzystywane do ograniczenia konkurencji, należy przyjąć, że aktualne pozostają rozważania poczynione w niniejszej pracy, a dotyczące zakazu wykorzystywania tych instytucji do ograniczania konkurencji. Dynamiczny system zakupów jest bowiem, pomimo wspomnianych różnic, sposobem zagregowania zamówień w czasie, a zatem jego wykorzystanie może rodzić podobne zagrożenia dla wykonawców jak korzystanie z instytucji umowy ramowej. Przykładowo, jednym z naruszeń (przy stosowaniu systemu) byłoby, w mojej ocenie, żądanie przez zamawiającego wniesienia przez wykonawcę wadium w wysokości 3% wartości zamówienia (zatem zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp), jednakże przy ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów na kilka lat, co zwiększa znacznie jego wartość, przy jednoczesnym wymaganiu od wykonawców powyżej wskazanego zabezpieczenia, w odniesieniu do niewielkiej części zamówienia, dotyczącej danej kategorii usług. W takich przypadkach system może zdecydowanie utrudniać dostęp do rynku zamówień publicznych dla MŚP. Po nowelizacji zamawiający ma bowiem, w moim przekonaniu, możliwość żądania wadium od wykonawców z uwagi na uchylenie, nowelą z 22 czerwca 2016 r., art. 105 ustawy Pzp.

²⁷⁶ J. Jarnicka, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Warszawa 2017, Legalis.

²⁷⁷ Por. W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, s. 567.

5.2 Przeprowadzenie postępowania przy zastosowaniu dynamicznego systemu zakupów

W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem strony przekazują sobie oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną. Ustawodawca nie zmienił wskutek nowelizacji dokonanej 22 czerwca 2016 r. generalnej zasady obowiązującej w systemie, polegającej na tym, że jest to postępowanie prowadzone przy użyciu elektronicznych narzędzi komunikacji. Dynamiczny system zakupów jest, zgodnie z wymogami nowej dyrektywy klasycznej, realizowany jako w pełni elektroniczny proces, a więc cała komunikacja w jego ramach odbywa się, nawiązując do wymogów art. 34 ust. 3 wspomnianego aktu prawa unijnego, wyłącznie w formie elektronicznej. Zasada ta dotyczy również ogłoszenia o wszczęciu postępowania w celu ustanowienia systemu.

Wyżej wspomniana nowela uchyliła art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego w postępowaniach prowadzonych w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Uchyleniu uległ również art. 103 ust. 3 ustawy Pzp stanowiący o zamieszczaniu drogą elektroniczną, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego UZP, ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz przekazywaniu tych ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Obecnie nie jest zatem wymagana forma porozumiewania się przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, zgodnego z ustawą z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej²⁷⁸.

Co do porozumiewania się w ramach systemu drogą elektroniczną warto wspomnieć, że aktualnie w ściśle określonych w art. 10c ustawy Pzp przypadkach zamawiający może w ramach systemu odstąpić nawet od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert. W takiej jednak sytuacji, wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Jako przykład uzasadniający zaniechanie użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert można podać przypadek, w którym odstąpienie od zasady porozumiewania się drogą elektroniczną jest niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej lub też z uwagi na

²⁷⁸ Dz. U z 2016 r., poz. 1579.

wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatu plików, które nie są ogólnie dostępne lub nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji. Jeżeli chodzi o drugi z przytoczonych przykładów, to wydaje się, że z uwagi na charakter systemu (dotyczy zamówień powszechnie dostępnych, a więc co do zasady nieskomplikowanych) nie będzie on miał w praktyce zastosowania. Celowe jest jednak umożliwienie zamawiającemu odstępiania od stosowania narzędzi komunikacji elektronicznej, również w razie zastosowania dynamicznego systemu zakupów. Jeżeli bowiem narzucone narzędzia elektroniczne byłyby zbyt skomplikowane, mogłyby stanowić naturalną barierę dostępu do zamówienia dla MŚP. Takie rozwiązanie, dające zamawiającemu pewną swobodę w zakresie stosowania narzędzi komunikacji, należy więc zaaprobować.

Innym zagadnieniem, które stanowi w mojej ocenie jedną z gwarancji dostępności do systemu dla wykonawców, a zwłaszcza MŚP, jest kwestia zakazu ustanawiania odpłatności w ramach działania omawianej instytucji. Dostęp do dynamicznego systemu zakupów jest bezpłatny. Przedmiotowa regulacja, która została ustanowiona w art. 104f ustawy Pzp, jest wynikiem implementowania do polskiego porządku prawnego postanowienia art. 34 ust. 9 nowej dyrektywy klasycznej. Jednakże krajowemu odpowiednikowi przepisów prawa UE w tym zakresie można postawić zarzut, że jest on zbyt lakoniczny. Na podstawie omawianego artykułu ustawy Pzp nie wiadomo bowiem, czy wykonawcy uczestniczący w systemie nie mogą być obciążani żadnymi opłatami jedynie przed rozpoczęciem okresu ważności dynamicznego systemu zakupów, czy również w trakcie jego trwania. W przeciwieństwie do zbyt ogólnego brzmienia art. 104f ustawy Pzp, zgodnie z ww. artykułem nowej dyrektywy klasycznej, wykonawcy zainteresowani dynamicznym systemem zakupów lub uczestniczący w nim nie mogą być obciążani żadnymi opłatami przed rozpoczęciem okresu ważności dynamicznego systemu zakupów lub w trakcie tego okresu. Oczywiście więc zgodnie z prowsópnótową wykładnią omawianego przepisu opłaty nie powinny być pobierane na żadnym etapie. Generalnie jednak sam fakt wprowadzenia omawianego zagadnienia do ustawy Pzp należy ocenić pozytywnie w odniesieniu do obydwu głównych tez będących przedmiotem badań w ramach niniejszej pracy, a więc w kontekście ułatwień stosowanych przez ustawodawcę skierowanych w kierunku MŚP w odniesieniu do instrumentów agregowania zamówień oraz pomimo powyższych uwag, również w zakresie zgodności krajowego porządku prawnego z nową dyrektywą klasyczną. Można również dodać, że zakaz ustanawiania opłat w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpisuje się w szerszy trend, zgodnie z którym wykonawcy nie powinni być obciążani dodatkowymi kosztami, których nie ponosi

zamawiający, z uwagi na szeroko rozumianą elektronizację zamówień. Jako przykład, można podać uchylenie (na podstawie nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r.) art. 42 ust.2 na mocy którego na wniosek wykonawcy zamawiający przekazywał w terminie 5 dni specyfikację istotnych warunków zamówienia, natomiast opłata, jakiej mógł w tym zakresie żądać, mogła pokrywać koszty jej druku oraz przekazania.

Informacje o stosowaniu dynamicznego systemu zakupów wraz z niezbędnymi wiadomościami zamawiający ma obowiązek udostępnić na swojej stronie internetowej w dniu, w którym zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w dniu publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli chodzi o zakres wspomnianych informacji, to ustawa Pzp wymienia w szczególności:

- 1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów wraz z szacowaną ilością;
- 2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
- 3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
- 4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert;
- 5) sposób funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów;
- 6) podział na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, o ile dynamiczny system zakupów zostanie podzielony na kategorie;
- 7) czy przewiduje się wymóg składania ofert w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty.

Ustawodawca dokonał zatem, w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, zmiany polegającej na tym, że na stronie internetowej w powyżej wskazanym terminie nie zamieszcza się specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co ma oczywiście związek z faktem, że obecnie udzielanie zamówień objętych systemem następuje przy zastosowaniu odpowiednio przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, a nie przetargu nieograniczonego. Istotny jest również fakt, że przedmiotowe informacje powinny być dostępne na stronie internetowej przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów. Jest to przykład zachowania zasady przejrzystości i jawności oraz gwarancja pełnej transparentności postępowania. Ustawodawca w wyniku nowelizacji zobowiązał zamawiającego do uwidocznienia na stronie internetowej dodatkowych, w stosunku do stanu prawnego sprzed zmiany ustawy Pzp, informacji, co ma bezpośredni związek

ze zmianą sposobu prowadzenia postępowania przy zastosowaniu systemu. Przykładowo, dodano pkt 7 wskazany powyżej, albowiem na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji brak było możliwości skorzystania z katalogów elektronicznych. Obecnie dodano również obowiązek zamieszczenia informacji dotyczących podziału na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, o ile oczywiście występuje dany podział.

Podobnie jak w przypadku umów ramowych po omawianej nowelizacji, również w wypadku korzystania przez zamawiających z dynamicznego systemu zakupów, mogą oni wymagać, aby oferty w ramach systemu zostały złożone w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do wniosku o dopuszczenie do systemu. Stanowi o tym art. 104g ustawy Pzp.

W przypadku zastosowania katalogów elektronicznych w ramach dynamicznego systemu zakupów należy przyjąć, że niezależnie od dopuszczenia możliwości składania tych katalogów, komunikacja pomiędzy stronami musi przebiegać w formie elektronicznej. Jeśli w ramach systemu został dopuszczony więcej niż jeden wykonawca oraz wraz ze wszystkimi wnioskami o dopuszczenie do dynamicznego systemu zakupów zostały złożone katalogi elektroniczne, zamawiający może, przed udzieleniem zamówienia, zaprosić wykonawców do ponownego złożenia lub zaktualizowania katalogów. W takim przypadku zamawiający zawiadamia wykonawców, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, pobierze informacje potrzebne do sporządzenia ofert. Zamawiający jest zobowiązany do poinformowania wykonawców o terminie i godzinie pobrania danych oraz do wyznaczenia odpowiedniego terminu na odmowę wyrażenia przez wykonawcę zgody na ich pobranie. Warunkiem pobrania informacji jest poinformowanie o tym w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodatkowo, przed udzieleniem zamówienia zamawiający przedstawia wykonawcy, którego oferta została wybrana, pobrane informacje w celu sprawdzenia, czy oferta nie zawiera istotnych błędów.

Powyżej wskazane zmiany wynikają oczywiście z konieczności transponowania do krajowej ustawy Pzp postanowień nowej dyrektywy klasycznej, a w szczególności art. 34 ust. 4 wspomnianego aktu prawnego. Jeżeli chodzi o podział na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych wraz z cechami określającymi te kategorie, jest to właśnie wyraz obowiązku dostosowania prawa krajowego do wymogów prawa UE przygotowanego w sposób, który powinien promować udział MŚP w rynku zamówień publicznych. Należy bowiem przypomnieć, iż każdorazowo podział zamówienia na części, czy to w ramach określonych kategorii usług, dostaw lub też robót budowlanych, czy też w ramach jednego większego

jednorodząowego zamówienia będzie, co do zasady, sprzyjał udziałowi mikro-, małych i średnich przedsiębiorców w postępowaniu. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że podział na kategorie powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia i zgodny z zasadą proporcjonalności, co ma szczególne znaczenie zwłaszcza dla ochrony interesów MŚP. Przykładowo podnosi się, „że gdy dynamiczny system zakupów jest podzielony na kategorie świadczeń, warunki winny dotyczyć poszczególnych kategorii. Nie jest więc dopuszczalne, by przy podziale na kategorie warunki miały być spełniane tak, by nakładać wymóg uczestnictwa wykonawcy w więcej niż jednej kategorii. Każda kategoria jest odrębną częścią systemu i udział w nim w tej części nie może się wiązać z koniecznością wykazania, że wykonawca jest zdolny spełniać także jakieś świadczenie z dowolnej innej części”²⁷⁹.

Ustawodawca, co jest zmianą zarówno prawidłową (ze względu na zgodność z nową dyrektywą klasyczną), jak i w mojej ocenie słuszną (z uwagi na zagwarantowanie szerszego dostępu do systemu wykonawcom, w tym MŚP), wprowadził obowiązek zamawiającego wyznaczenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów, nie krótszego niż 30 dni, licząc od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu lub, gdy wstępne ogłoszenie informacyjne zawiera informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, od dnia przekazania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Stosunkowo długi termin ma umożliwić wszystkim zainteresowanym wykonawcom powzięcie wiadomości o systemie, jak również, w razie podjęcia decyzji w tym przedmiocie, złożenie stosownego wniosku. Istotny jest również obowiązek zamieszczania albo przekazywania ogłoszeń, który jest przykładem istnienia wspomnianych wcześniej zasad jawności oraz zasad przejrzystości w praktyce. Aktualny pozostaje bowiem pogląd nawiązujący do judykatury ETS, wyrażony na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, zgodnie z którym zasada przejrzystości jest rozumiana przede wszystkim jako zasada jawności ogłoszeń w publikatorach dotyczących zamówień publicznych²⁸⁰. Ze wspomnianego orzecznictwa wynika w szczególności, że przypadki braku obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym powinny być interpretowane ściśle, albowiem mają charakter wyjątków potwierdzających jedynie generalną regułę²⁸¹.

²⁷⁹ Tak: W. Dzierżanowski [w]: *Komentarz*..., art. 104 c, Warszawa 2018, Lex.

²⁸⁰ Por. P. Szustakiewicz, *Zasady*..., s. 19–20.

²⁸¹ Por. orzeczenie ETS z dnia 10 marca 1987 r., C 199/85, Komisja przeciwko Republice Włoskiej, Zb. Orz. 1987, s. 1039.

W okresie trwania systemu, zamawiający ma obowiązek zapewnić wykonawcom nim nieobjętym, możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w tej procedurze. Omawiana instytucja jest zatem w dalszym ciągu znacznie bardziej „otwarta” na wykonawców niż umowa ramowa. Należy jednak wspomnieć, że w ramach systemu po wysłaniu zaproszenia do składania ofert, dotyczących pierwszego zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów nie wyznacza się kolejnych terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu.

Oprócz wskazania przez ustawodawcę terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie, ustawodawca wyznaczył również 10-dniowy termin (liczony od dnia złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie) zamawiającemu na ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Pozytywnie należy ocenić możliwość, aby w uzasadnionych przypadkach termin 10-dniowy mógł zostać przedłużony do 15 dni. Jako przykład uzasadnionego przypadku ustawa Pzp wskazuje w szczególności potrzebę badania dodatkowej dokumentacji lub sprawdzenia, czy zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie, zgodnie z art. 104b ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zaproszenie do składania ofert na pierwsze zamówienie objęte dynamicznym systemem zakupów nie zostało wysłane, termin 10-dniowy może zostać przedłużony pod warunkiem, że w przedłużonym okresie nie zostanie wystosowane żadne zaproszenie do składania ofert. Zamawiający zawiadamia wykonawcę, którego wniosek podlega badaniu, o długości przedłużonego terminu. Powyżej wskazane terminy przewidziane na ocenę wniosków stanowią konsekwencję wdrożenia przepisów unijnych do krajowego ustawodawstwa, a konkretnie motywu 64 nowej dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „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 zaproszenie 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”.

Kolejnym etapem, po analizie wniosków wykonawców, jest zaproszenie skierowane przez zamawiającego do udziału w dynamicznym systemie zakupów tych podmiotów, które nie podlegają wykluczeniu. Należy przy tym zaznaczyć, iż nie ma obowiązku zapraszania do postępowania wykonawców w liczbie nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Ustawodawca w odniesieniu do systemu w sposób wyraźny wyłączył możliwość zastosowania art. 51 ustawy Pzp. Jeżeli jednak system został podzielony na określone kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu odpowiadające jednej z kategorii. Jest to oczywista i racjonalna, w mojej ocenie, konsekwencja podziału systemu na kategorie zamówień. Trudno bowiem, aby skoro system został podzielony na kategorie, wykonawcy podlegali wykluczeniu lub też byli zobligowani do spełniania warunków udziału odnośnie do wszystkich zamówień objętych systemem. *Ratio legis* podziału zamówienia na kategorie jest bowiem tożsame z uzasadnieniem dla wprowadzenia podziału zamówień na części, a więc omawiane podziały mają (oprócz zadośćuczynienia potrzebom zamawiającego) wspierać udział MŚP w rynku zamówień.

Zamawiający może w dowolnej chwili w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów wezwać dopuszczonych wykonawców do złożenia w terminie 5 dni roboczych od dnia przekazania wezwania nowych oświadczeń zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Interesujące jest, że „ustawodawca określił ww. termin nie w dniach kalendarzowych, ale w dniach roboczych, wzorując się na zapisie art. 34 ust. 7 Dyrektywy”²⁸². Takie działanie ustawodawcy należy jednak uznać za prawidłowe.

W ramach systemu zamawiający zaprasza jednocześnie wszystkich uczestników do składania ofert na każde zamówienie udzielane w zakresie dynamicznego systemu zakupów w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia wysłania zaproszenia do składania ofert. Nie stosuje się w tym wypadku przepisu art. 52 ust. 3–5 ustawy Pzp, dotyczącego terminów składania wniosków w przetargu ograniczonym.

Konsekwencją możliwości dokonania podziału systemu na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych, zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii, jest, co uzasadnione, reguła głosząca (jeżeli oczywiście system został

²⁸² P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 104e.

podzielony na kategorie), że zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do składania ofert dotyczących danej kategorii. Ustawodawca określił przy tym w art. 104e ust. 4 ustawy Pzp minimalne dane, które powinny zostać zawarte w przedmiotowym zaproszeniu (m.in. adres strony internetowej z udostępnioną specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia). Co jednak ważniejsze, w zaproszeniu do składania ofert zamawiający może doprecyzować kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Oczywiście „doprecyzowanie kryteriów nie stanowi zezwolenia na swobodną ich zmianę, decyzja taka nie może ich zmieniać w taki sposób, że ocena ofert opierałaby się na informacjach, które, jeśli byłyby znane na etapie przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na ich treść, lub na okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją lub uprzywilejowaniem jednego z wykonawców”²⁸³. Dodatkowo, jeżeliby zmiana skutkowała otrzymaniem na tym etapie zupełnie nowych informacji przez wykonawców, stanowiłoby to naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Zamawiający wybiera ofertę na podstawie ustalonych kryteriów oceny. Następnie zobowiązany jest udzielić zamówienia (zawrzeć umowę) wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Krajowy ustawodawca w art. 104e ust. 5 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do postanowienia art. 34 ust. 6 nowej dyrektywy klasycznej, nie wskazuje wprost na obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył najlepszą ofertę na podstawie określonych kryteriów, jednakże należy przyjąć, że taki obowiązek istnieje, choć są to dwie odrębne czynności (udzielenie zamówienia i wybór najkorzystniejszej oferty), do których zamawiający jest zobowiązany.

6. Uwagi końcowe

Dynamiczny system zakupów jest sposobem agregacji zamówienia, który powinien być, co do zasady, znacznie bardziej otwarty na wykonawców (w tym MŚP) niż umowa ramowa. Warto bowiem wspomnieć, że w okresie trwania systemu zamawiający zapewnia nieobjętym nim wykonawcom możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w tej procedurze. Umowa ramowa takiej możliwości nie przewiduje. Aprobata wymaga regulacja, zgodnie z którą system może zostać podzielony na kategorie dostaw, usług lub robót budowlanych,

²⁸³ E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 918.

zdefiniowane na podstawie cech zamówień udzielanych następnie w ramach danej kategorii. Omawiana instytucja prawna oczywiście może, a niekoniecznie musi, być stosowana przez zamawiających. Od podmiotów prowadzących dane postępowanie zależy więc, czy nie będzie ono naruszało uczciwej konkurencji i promowało udział MŚP w postępowaniu, czy też wręcz przeciwnie. Mankamentem w tej kwestii pozostaje niewątpliwie konieczność stosowania art. 22c ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku dynamicznego systemu zakupów wymóg posiadania minimalnego rocznego obrotu wyliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które mają być objęte tym systemem. Współzależność pomiędzy maksymalną wielkością zamówień objętych systemem, nie mającym, co istotne, obecnie ograniczenia czasowego w zakresie długości trwania, a warunkiem udziału (odnośnie do sytuacji ekonomicznej lub finansowej) dotyczącym minimalnego obrotu, może eliminować z udziału w nim mniejsze podmioty. Zdecydowanie negatywnie oceniam przedmiotową regulację. Według mnie nie ma uzasadnienia, aby żądać od wykonawcy minimalnego rocznego obrotu na poziomie maksymalnej wielkości zamówień objętych systemem, który może trwać wiele lat. Takie działanie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Ustawodawca wprowadził bowiem minimalne obroty w powiązaniu z warunkiem udziału w danym postępowaniu, aby zagwarantować zamawiającym, że dany wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie. W odniesieniu do dynamicznego systemu zakupów takie zapewnienie mogłoby, w mojej ocenie, zostać zrealizowane, jeżeliby skorelować minimalny obrót w okresie trwania zamówienia z maksymalną wielkością zamówień w ramach systemu w okresie jego trwania. Ewentualnie roczny obrót powinien odnosić się do zamówień udzielanych w rocznym okresie trwania systemu. Powyższa regulacja powoduje, że dynamiczny system zakupów jako technika agregowania zamówień nie pozostaje bez wad, mogących wpływać na udział w nim MŚP.

Moim zdaniem, aktualne pozostaje jednak stanowisko wyrażone w doktrynie w odniesieniu do dynamicznego systemu zakupów uregulowanego przed zmianą ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. Wskazano mianowicie, że „wykorzystanie takiego sposobu udzielania zamówień publicznych ma istotną przewagę na prowadzeniem „pojedynczych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż umożliwia stworzenie *quasi*-bazy danych wykonawców, którzy są w stanie zrealizować zamówienia objęte tym systemem”²⁸⁴.

²⁸⁴ K. Jachowska, *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2013, nr 4, s. 19.

Rozdział IV Centralny zamawiający

1. Uwagi ogólne

Centralny zamawiający to instytucja prawna wprowadzona do polskiego systemu zamówień publicznych na mocy wspomnianej wcześniej ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r., mającej na celu implementowanie postanowień dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE. Jest ona odpowiednikiem zdefiniowanego w prawie Unii Europejskiej pojęcia „centralna jednostka zakupująca”. Podobnie jak w przypadku umów ramowych oraz dynamicznego systemu zakupów, wprowadzenie w prawie UE centralnych jednostek zakupujących miało spowodować przyspieszenie postępowań mających na celu udzielenie zamówienia publicznego, zniwelować pewne niedogodności związane ze stosowaniem zamówień, jak również usprawnić proces prowadzenia postępowania. Jak wynika z uzasadnienia do projektu ww. ustawy zmieniającej ustawę Pzp, przepisy dotyczące centralnego zamawiającego wprowadzono, oprócz konieczności dostosowania prawa polskiego do zgodności z prawem UE, w celu zwiększenia konkurencji oraz usprawnienia procesu dokonywania zakupów²⁸⁵.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych istniała również możliwość przeprowadzenia postępowania z wykorzystaniem podmiotu porównywalnego z wyżej wskazaną instytucją centralnego zamawiającego. W ustawie przewidziano bowiem podstawę prawną do wyznaczenia przez Radę Ministrów jednostki organizacyjnej właściwej do przeprowadzenia postępowania o zamówienie i dokonania zamówienia wspólnego w imieniu tych jednostek, jeżeli przedmiot zamówień leżał w sferze zainteresowania wielu jednostek administracji rządowej. Były zatem możliwości, aby również przed okresem implementowania dyrektyw do prawa krajowego powołać instytucję mającą charakter centralnego zamawiającego. Brak było jednak wówczas, w ramach krajowej regulacji, zdefiniowanej instytucji odnoszącej się do omawianego zagadnienia. Dodatkowo, jeżeli przedmiot zamówień leżał w sferze zainteresowania wielu jednostek komunalnych, wójt (burmistrz, prezydent miasta) mógł wyznaczyć komunalną jednostkę organizacyjną właściwą do prowadzenia postępowania o zamówienie i dokonania zamówienia wspólnego w imieniu tych jednostek²⁸⁶. Możliwość zagregowania zamówienia poprzez skorzystanie z „usług” centralnego zamawiającego istniała więc zarówno na poziomie rządowym, jak i samorządowym. Warto jednak zauważyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie o zamówieniach publicznych

²⁸⁵ Por. uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej z dnia 7 kwietnia 2006 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/127>.

²⁸⁶ Por. art. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

upoważnienie do dokonania zamówienia wspólnego powinno być udzielone w stosunku do konkretnego zamówienia lub na czas oznaczony. Jeżeli zatem Rada Ministrów wyznaczyła jednostkę organizacyjną właściwą do prowadzenia postępowania o zamówienie i dokonania zamówienia wspólnego w imieniu tych jednostek, to wskazany podmiot był upoważniony do udzielenia jedynie konkretnego zamówienia, ewentualnie do działania w tym zakresie przez czas oznaczony. Brak było zatem podstaw, aby zgodnie ze wspomnianą ustawą powoływać podmiot, który w sposób trwały pełniłby rolę centralnego zamawiającego, co uległo zmianie wraz z wejściem w życie wspomnianej noweli z dnia 7 kwietnia 2006 r.

Wracając zatem do problematyki centralnego zamawiającego w brzmieniu przyjętym ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r., należy zauważyć, że była ona kolejnym przykładem wprowadzenia przez ustawodawcę krajowego techniki agregowania zamówień, polegającej na ich kumulowaniu, które mają służyć poszczególnym zamawiającym w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co interesujące, omawiana instytucja, w przeciwieństwie np. do dynamicznego systemu zakupów, od jej wprowadzenia do polskiego porządku prawnego aż do fundamentalnych zmian wprowadzonych nowelą do ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nie ulegała żadnym modyfikacjom. Ponadto, odmiennie niż umowa ramowa oraz dynamiczny system zakupów, była to metoda agregowania polegająca na skumulowaniu w ramach postępowania zapotrzebowania na zamówienie więcej niż jednego zamawiającego.

Pomimo że od momentu ww. nowelizacji minęło ponad 10 lat, w polskim systemie prawnym zamówienia z udziałem centralnego zamawiającego były dotychczas stosowane dość rzadko. Niezależnie od faktu powołania tej instytucji, zastosowanie zamówień scentralizowanych miało miejsce również z wykorzystaniem tzw. centralnych zamawiających resortowych, którymi były podmioty wyznaczone przez ministra kierującego właściwym działem administracji rządowej²⁸⁷.

Doszukując się przyczyn niewielkiego zainteresowania w wymiarze praktycznym omawianym zagadnieniem w piśmiennictwie wskazano, że „dotychczasowy opór w tej materii wynikać może z obaw, że zamówienia centralne bądź realizowane wspólnie przez kilku zamawiających mogą ograniczyć dostęp do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom”²⁸⁸. Odmiennie zatem niż w odniesieniu do dynamicznego systemu zakupów diagnozowano przyczyny niskiego zainteresowania danym zagadnieniem. W mojej ocenie,

²⁸⁷ Centralni zamawiający resortowi zostali powołani w szczególności w sądownictwie, o czym jest mowa w dalszej części rozdziału.

²⁸⁸ J. Kunicki, *Centralny Zamawiający i zamówienia wspólne*, „Przetargi Publiczne” 2010, nr 4, s. 16.

brak współpracy nie wynikał jedynie z ww. obaw, ale z bardziej prozaicznego powodu, a mianowicie z braku przyjętej powszechnie praktyki skutkującej współpracą w zakresie zamówień publicznych pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi.

Jako przykład utrudnień związanych z udziałem wykonawców (w tym MŚP) w zamówieniach centralnych podnoszono również, że „niewątpliwie scentralizowane zamówienia publiczne mogą być nierealne dla wielu mniejszych wykonawców chociażby i dlatego, że wpłata wadium przy dużym zamówieniu np. o wartości miliona euro, będzie skuteczną barierą”²⁸⁹. Według mnie obawy te nie były bezzasadne, biorąc pod uwagę, że kwotę wadium wyliczano (również obecnie wylicza się) w odniesieniu do procentowej wartości zamówienia. Natomiast zakładając, że centralny zamawiający udzielałby zamówienia w częściach, w ramach jednego postępowania (np. dla poszczególnych jednostek, na potrzeby których działał), przy czym każda stanowiłaby przedmiot odrębnej umowy, to wówczas wadium mogłoby być ustalane w odniesieniu do poszczególnych części, co stanowiłoby niewątpliwie istotne ułatwienie dla MŚP. Przez wyżej wspomniany okres istnienia tej instytucji w omawianym brzmieniu ustawodawca krajowy nie rozwiązał jednak przedmiotowego problemu.

Biorąc pod uwagę powyższe, warto dokonać analizy regulacji związanych z omawianym zagadnieniem, aby spróbować udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wspomniana technika agregowania zamówienia mogła być, pomimo niewielkiego zainteresowania praktycznego, „atrakcyjnym” instrumentem prawnym dla zamawiających oraz czy mogła utrudniać dostęp do rynku zamówień wykonawcom.

2. Centralna jednostka zakupująca w prawie UE przed wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej

Zgodnie z art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18/WE centralną jednostkę zakupującą określono jako instytucję zamawiającą, która nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających lub udziela zamówień publicznych, lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających. Interesujący, zwłaszcza z punktu widzenia niniejszej dysertacji, jest fakt, że przepisy prawa UE wskazywały wprost na możliwości agregowania zamówienia zarówno poprzez zastosowanie centralnej jednostki zakupującej, jak też zawieranie jednocześnie umów ramowych. Dopuszczalne było zatem wielokrotne zagregowanie zamówienia. Zamawiający mogli więc kumulować

²⁸⁹ T. Kluszczyńska, *Centralny zamawiający*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 8, s. 10–11.

postępowanie, zwiększając jego wartość poprzez przeznaczenie zamówienia dla większej liczby zamawiających, jak również poprzez zwiększenie wolumenu zamówień w czasie. Wprowadzając jednak takie regulacje, należało przewidzieć swego rodzaju mechanizmy prawne zapobiegające nadmiernej agregacji, która mogłaby wykluczać z postępowania o udzielenie zamówienia sektor MŚP (np. obligatoryjny podział zamówienia na części). Wydaje się, że prawodawca unijny wziął częściowo pod uwagę możliwość występowania przedmiotowego zagrożenia. W motywie 15 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE wskazano bowiem, że „w Państwach Członkowskich opracowano pewne scentralizowane techniki zakupów. Niektóre instytucje zamawiające odpowiadają za nabywanie lub udzielanie zamówień publicznych lub umów ramowych dla innych instytucji zamawiających. Z uwagi na duże wolumeny zakupów techniki te pomagają w zwiększeniu konkurencji i usprawnieniu procesu dokonywania zakupów publicznych. Należy zatem przewidzieć w przepisach wspólnotową definicję centralnych jednostek zakupujących obsługujących instytucje zamawiające. Należy także zdefiniować warunki, na podstawie których można uznać, zgodnie z zasadami niedyskryminacji oraz równego traktowania, że instytucje zamawiające dokonujące zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej, postępują zgodnie z niniejszą dyrektywą”²⁹⁰.

W ocenie prawodawcy unijnego technika agregacji zamówienia w postaci centralnej jednostki zakupującej miała więc pomóc w zwiększeniu konkurencji i usprawnieniu procesu dokonywania zakupów publicznych. Można powiedzieć, że takie właśnie było *ratio legis* wprowadzenia omawianego uregulowania. Podzielić trzeba oczywiście w tym wypadku stanowisko, że dany sposób udzielania zamówień mógł usprawnić proces dokonywania zakupów, chociażby poprzez skumulowanie w jednym podmiocie ośrodka decyzyjnego w zakresie zamówienia, jednakże należy mieć daleko idące wątpliwości, czy instytucja ta mogła pomóc w zwiększeniu konkurencji. Dyrektywa 2004/18/WE, w mojej ocenie, nie przywidywała bowiem wystarczających rozwiązań, w zakresie omawianej instytucji, mających zwiększyć konkurencję wśród wykonawców. Wskazywała jedynie ogólnie, że uznaje się, iż instytucje zamawiające, które dokonują zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej w przypadkach określonych w art. 1 ust. 10, stosują się do niniejszej dyrektywy, o ile stosują się do niej centralne jednostki zakupujące²⁹¹. Dyrektywa 2004/18/WE nie regulowała natomiast szczegółowo kwestii dotyczących podziału zamówień na części (w porównaniu z nową dyrektywą klasyczną), opierając się na założeniu,

²⁹⁰ Por. motyw 15 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE.

²⁹¹ Por. art. 11 dyrektywy 2004/18/WE.

że kluczową kwestią jest uwzględnienie omawianego zagadnienia w kontekście zakazu podziału zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania jej postanowień. Brak przepisów, które preferowałyby podział zagregowanych zamówień na części, był zatem sporym mankamentem poprzednio obowiązujących regulacji unijnych.

Warto również wspomnieć o praktycznym wymiarze działalności instytucji centralnych zamawiających. W niektórych państwach UE już w zakresie poprzednio obowiązujących przepisów prawa UE rozpoczęły działalność podmioty udzielające zamówień scentralizowanych. Jako przykład można podać takie podmioty, jak francuski UGAP (Union des Groupements d'Achats Publics) czy włoski CONSIP (Concessionaria Servizi Informativi Pubblici)²⁹². Szczególnie ta druga instytucja wywarła znaczny wpływ na europejski rynek zamówień publicznych. Podnosi się bowiem, że została ona wskazana jako wzór do naśladowania przez program Unii Europejskiej Phare reformy zamówień publicznych w Turcji i na Cyprze²⁹³. Poza tym warto zauważyć, że Francja powołała UGAP, właśnie korzystając z włoskich doświadczeń, związanych z centralnym zamawiającym. CONSIP został utworzony w 1997 r. jako spółka publiczna, w której 100% udziałów posiadało państwo. Początkowo podmiot ten miał zajmować się zamówieniami z dziedziny IT, jednakże począwszy od 2000 r., zadania CONSIP zostały rozszerzone²⁹⁴. Głównymi celami działalności tej instytucji było zmniejszenie biurokracji i ograniczenie kosztów związanych z prowadzonymi postępowaniami. Centralizacja zakupów i ujednolicenie procedur spowodowało jednak sporo protestów wykonawców z segmentu MŚP. Miało to związek z koniecznością znacznej obniżki cen oferowanych przez wykonawców. W konsekwencji pod naciskiem właśnie MŚP rząd włoski zniósł obowiązek centralizacji zakupów dla wielu podmiotów publicznych, jednakże doświadczenia włoskie zaowocowały rozwojem instytucji centralnego zamawiającego w wielu krajach członkowskich UE²⁹⁵.

Konkludując, należy stwierdzić, że instytucja centralnego zamawiającego była w poprzednio obowiązującej dyrektywie klasycznej uregulowana w sposób, w mojej ocenie, zbyt ogólny. Nie zmieniło to jednak faktu, że omawiana metoda agregowania funkcjonowała (i działa nadal) całkiem prężnie w poszczególnych państwach członkowskich UE. Jest to oczywiście spowodowane w szczególności obowiązkiem implementowania postanowień poprzednio obowiązującej dyrektywy do krajowych porządków prawnych.

²⁹² Por. W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 143.

²⁹³ Por. M. Marra, *Innovation in E-Procurement. The Italian Experience*, November 2004, s. 21.

²⁹⁴ *Ibidem*, s. 10.

²⁹⁵ *Ibidem*, s. 18 i n.

3. Scentralizowane działania zakupowe i centralne jednostki zakupujące w nowej dyrektywie klasycznej

Po uchyleniu dyrektywy 2004/18/WE i wraz z wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej zostały w prawie UE znacznie rozbudowane i udoskonalone możliwości korzystania z zamówień centralnych. Oprócz modyfikacji centralnej jednostki zakupującej wprowadzono instytucję scentralizowanych działań zakupowych, która obecnie również stanowi instrument prawny umożliwiający sprawne agregowanie zamówień publicznych.

Pomimo, że prawodawca unijny wyodrębnił definicję scentralizowanych działań zakupowych oraz centralnych jednostek zakupujących, to ujął obydwie te instrumenty agregowania zamówień w jeden artykuł dyrektywy. Omawiane zagadnienia są bowiem ze sobą powiązane, zarówno w sposób redakcyjny (ujęte w art. 37 dyrektywy), jak i merytoryczny. Stąd też uzasadnione jest ich łączne omówienie w ramach niniejszego rozdziału, pomimo że scentralizowane działania zakupowe mogą być prowadzone (oprócz centralnej jednostki zakupującej) wspólnie przez kilku zamawiających, a zatem możliwe byłoby wyodrębnienie części niniejszego zagadnienia i omówienie go w rozdziale dotyczącym wspólnego udzielania zamówień.

Wracając do wyżej wskazanych definicji, należy zauważyć, że zgodnie z nową dyrektywą klasyczną scentralizowane działania zakupowe oznaczają działania prowadzone w trybie ciągłym w formie nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających albo udzielania zamówień publicznych lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających (art. 2 ust. 1 pkt 14). Z kolei centralna jednostka zakupująca to instytucja zamawiająca, która realizuje scentralizowane działania zakupowe oraz, ewentualnie, pomocnicze działania zakupowe (art. 2 ust. 1 pkt 16).

Pojęcie centralnej jednostki zakupującej, o czym wcześniej wspomniano, było już poprzednio uregulowane w prawie UE, a konkretnie w art. 1 ust. 10 uchylonej dyrektywy 2004/18/WE. Definicja różniła się zasadniczo od obecnej, brak było bowiem jakiegokolwiek nawiązania do realizacji scentralizowanych działań zakupowych czy też pomocniczych działań zakupowych. Aktualnie istnieje szersza możliwość wykorzystania w praktyce centralnych jednostek zakupujących. Mogą one bowiem, w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego, realizować pomocnicze działania zakupowe, w tym w szczególności mają prawo

doradzać w zakresie związanym z prowadzeniem lub planowaniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Taka zmiana jest, w mojej ocenie, pozytywna, zwłaszcza z uwagi na fakt, że niejednokrotnie centralni zamawiający (centralne jednostki zakupujące) wykazują się profesjonalizmem, który pozwala unikać błędów w zakresie prowadzonych postępowań.

Badając źródła powstania zupełnie nowej instytucji prawnej w postaci scentralizowanych działań zakupowych, nowa dyrektywa klasyczna daje w tym zakresie kilka wskazówek. Otóż, już w preambule do wspomnianego aktu prawnego podkreślono istotę centralizacji zakupów i jej wpływ na obniżenie kosztów i profesjonalizację zamówień publicznych²⁹⁶. Jednym z celów wprowadzenia scentralizowanych działań zakupowych było umożliwienie dokonania koncentracji zakupów pod względem liczby zaangażowanych instytucji zamawiających bądź liczby i wartości zamówień w czasie. Prawodawca unijny wskazuje zatem w tym wypadku, że agregowanie zamówień może następować zarówno poprzez kumulowanie instytucji zamawiających, jak i kumulowanie liczby zamówień w czasie. Przykładem takiego kumulowania zamówień są właśnie scentralizowane działania zakupowe.

W literaturze wymienia się korzyści, jakie mogą wynikać ze stosowania scentralizowanych działań zakupowych. Są to w szczególności możliwości uzyskania lepszej ceny, zwiększenia wolumenu zamówienia, obniżenia kosztów postępowania przetargowego, uzyskania lepszego produktu, obniżenia ryzyka prawnego²⁹⁷. Dyrektywa sygnalizuje zatem głównie przyczyny ekonomiczne jako powód agregowania zamówienia. Jak już podniosłem w rozdziale I pracy, przyczyny te są zasadniczym powodem stosowania nie tylko ww. metody, ale w zasadzie wszystkich instytucji prawnych służących agregowaniu zamówień.

Z drugiej strony należy pamiętać, że wykorzystanie scentralizowanych działań zakupowych może ograniczać dostęp do rynku zamówień dla MŚP, co byłoby wbrew pewnym „trendom legislacyjnym” przyjętym w prawie UE. W mojej ocenie, koncentracja zamówień poprzez zastosowanie przedmiotowych działań (np. kumulowanie instytucji zamawiających), przy agregowaniu w czasie zamówienia, w związku z zastosowaniem dodatkowo mechanizmu umów ramowych, może stanowić realne zagrożenie dla niektórych wykonawców, związane m.in. z brakiem możliwości spełnienia wymogów określonych w postępowaniu przez instytucję zamawiającą, narzucaniem rozwiązań, które w znacznym okresie statuuja ryzyko gospodarcze po stronie wykonawcy.

²⁹⁶ Por. motyw 59 preambuły do dyrektywy, zacytowany w rozdziale I pracy.

²⁹⁷ Por. J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 37, oraz OECD (2011), *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, OECD Publishing.

Problematyka nadmiernej koncentracji zamówienia jest podnoszona również w kontekście działalności centralnych jednostek zakupujących. W piśmiennictwie zwraca się bowiem uwagę na istnienie wskazanego wyżej problemu. Zauważa się, że „w zakresie działań podejmowanych przez centralną jednostkę zakupującą, szczególnie w rozumieniu nadanym w art. 2 ust. 1 pkt 14–16, istotne znaczenie mogą mieć zagadnienia antymonopolowe. W zależności od kształtu regulacji antymonopolowych w danym państwie członkowskim, możliwe jest bowiem uznanie, iż działania podejmowane przez centralną jednostkę zakupującą mogą być postrzegane jako działania mieszczące się w kategorii porozumień, które mogą wymagać zbadania z punktu widzenia definicji i wykładni przepisów regulujących zakaz porozumień ograniczających konkurencję”²⁹⁸. W odniesieniu do krajowego porządku prawnego można sobie bowiem wyobrazić istnienie porozumienia mającego charakter wertykalny, występującego pomiędzy centralnym zamawiającym a wykonawcą, którzy poprzez wzajemne uzgodnienia eliminują z rynku zamówień pozostałych przedsiębiorców²⁹⁹.

Wracając do kwestii szczegółowego uregulowania omawianych instytucji na gruncie dyrektywy, warto również zwrócić uwagę, że scentralizowane działania zakupowe są to działania prowadzone w trybie ciągłym, a zatem jest to instrument agregowania zamówień w czasie realizowany, poprzez prawne umożliwienie instytucjom zamawiającym wspólnego (permanentnego, a nie doraźnego) udzielania zamówień, jednak bez konieczności „instytucjonalizowania” współpracy poszczególnych zamawiających. Jeżeli chodzi natomiast o centralne jednostki zakupujące, są to podmioty, które same posiadają status instytucji zamawiającej. Centralna jednostka zakupująca może bowiem prowadzić (choć niekoniecznie) scentralizowane działania zakupowe, natomiast scentralizowane działania zakupowe mogą być prowadzone m.in. przez centralne jednostki zakupujące. Analizując zakres poszczególnych definicji można stwierdzić bezsprzecznie, że scentralizowane działania zakupowe to opis pewnego procesu, natomiast centralna jednostka zakupująca to podmiot realizujący dany proces dokonywania zamówienia, jednakże wspólny pozostaje cel, a mianowicie obydwie instrumenty prawne służą jako techniki agregowania zamówień.

W doktrynie podkreśla się jednoznacznie, że jeżeli chodzi o instytucję scentralizowanych działań zakupowych to należy zauważyć, iż stanowią one „jedną z form tzw. zamówień zagregowanych (art. 33 i n.), czyli działań umożliwiających nabywanie towarów lub

²⁹⁸ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 2.

²⁹⁹ Więcej na temat porozumień wertykalnych: M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe...*

usług w większej skali w sposób zorganizowany”³⁰⁰. Aby można mówić o scentralizowanych działaniach zakupowych, powinny one być prowadzone w trybie ciągłym, a nie jako działania doraźne, czyli jedynie na potrzeby skonkretyzowanego zamówienia. Mogą to być działania prowadzone, jak już wspomniano, przez centralną jednostkę zakupującą. Dyrektywa wskazuje przy tym, że to od decyzji poszczególnych państw członkowskich zależy, czy do krajowego porządku prawnego zostaną wprowadzone regulacje dotyczące dokonywania scentralizowanych działań zakupowych z wykorzystaniem centralnej jednostki zamawiającej. Prowadzenie tych działań z wykorzystaniem centralnej jednostki zakupującej nie jest oczywiście warunkiem *sine qua non*, albowiem takie postępowanie może prowadzić również podmiot nie będący w ogóle zamawiającym. Na marginesie można wspomnieć, że jeżeli chodzi o możliwość wspólnego realizowania (na gruncie polskiego porządku prawnego) postępowania o zamówienie publiczne przez kilka podmiotów, z których niekoniecznie wszystkie posiadają status zamawiającego, to jest to dopuszczalne, o czym szczegółowo jest mowa w kolejnym rozdziale. Taka ewentualność istniała w polskim porządku prawnym już przed wejściem w życie uregulowań nowej dyrektywy klasycznej.

W przypadku z kolei obligatoryjnego działania państw członkowskich, które narzuca prawo unijne, należy zauważyć, że poszczególni członkowie UE zostali zobowiązani do kontroli centralnych zakupów w zakresie zapobiegania niekorzystnym skutkom, związanym z możliwością wystąpienia nadmiernej agregacji zamówienia. Komisja Europejska podkreśla, że „agregacja i centralizacja zakupów powinny jednak być dokładnie monitorowane w celu uniknięcia nadmiernej koncentracji siły nabywczej i zmonopolizacji oraz w celu zachowania przejrzystości i konkurencji, jak również możliwości dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do rynku”³⁰¹. Oprócz kwestii obowiązkowego monitorowania zamówień w celu unikania wystąpienia zjawiska nadmiernej agregacji, przepisy dyrektywy dają konkretne narzędzia umożliwiające zapobieżenie niepożądanym skutkom, związanym z eliminowaniem z postępowania MŚP. Otóż, przykładowo art. 46 dyrektywy stanowi w szczególności o tym, że instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części. Jak zauważa się w literaturze, „w odróżnieniu od dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, nowe dyrektywy, tj. 2014/24/UE oraz 2014/25/UE, zawierają dość obszerną regulację dotyczącą podziału zamówień publicznych na części. Głównym celem wprowadzenia tych przepisów było zwiększenie konkurencji, m.in.

³⁰⁰ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 2.

³⁰¹ Wniosek Komisji Europejskiej KOM(2011), s. 20.

poprzez ułatwienie udziału w realizacji zamówienia publicznego małych i średnich przedsiębiorstw, które zasadniczo mają mniejsze możliwości konkurencyjne w wypadku zamówień wymagających większego potencjału technicznego i finansowego”³⁰². Przy udzielaniu zamówień scentralizowanych zamawiający powinien zatem wziąć każdorazowo pod rozwagę możliwość dokonania podziału zamówienia na części.

Istota scentralizowanych działań zakupowych „powoduje, że mogą one lepiej sprawdzać się w sytuacjach, kiedy zakupami objęte są pewne zestandaryzowane dostawy, usługi czy roboty. Nie będą one optymalną metodą pozyskania zamówienia w sytuacji, kiedy instytucja zamawiająca będzie posiadała szczególne i wyjątkowe wymagania”³⁰³. Występuje tu więc pewne podobieństwo do dynamicznego system zakupów, który również nie jest odpowiednią metodą prowadzenia postępowania w przypadku zamówień niestandardowych. Zresztą standaryzacja jest również jedną z przyczyn udzielania zamówień z wykorzystaniem umów ramowych.

Z kolei działania centralnych jednostek zakupujących mają, w rozumieniu nowej dyrektywy klasycznej, polegać na nabywaniu dostaw lub usług (z wyłączeniem robót budowlanych) i następnie ich odsprzedaży na rzecz innych instytucji zamawiających albo na swego rodzaju pośrednictwie w zakresie udzielania zamówień, zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi dla instytucji zamawiających. Przyjmuje się, że „taka funkcja pośrednika mogłaby być w niektórych przypadkach wykonywana w drodze autonomicznego prowadzenia stosownych postępowań o udzielanie zamówień, bez szczegółowych instrukcji od danych instytucji zamawiających; w innych zaś przypadkach – w drodze prowadzenia stosownych postępowań o udzielanie zamówień zgodnie z instrukcjami od danych instytucji zamawiających, w ich imieniu i na ich rachunek”³⁰⁴.

W piśmiennictwie zauważa się również, że pojawiają się wątpliwości związane z określeniem zakresu, w jakim centralna jednostka zakupująca ma prawo zwiększyć wartość odsprzedawanych dóbr oraz usług, jak również czy owo zwiększenie może nastąpić z wykorzystaniem własnych środków. Wątpliwości te związane są z faktem, że dyrektywa nie precyzuje zakresu nabywanych dostaw lub usług. Zwiększenie wartości zamówienia, poprzez wystąpienie dodatkowych kosztów (związanych np. z przechowywaniem towarów), może skłaniać do przyjęcia takiego sposobu interpretowania art. 37 dyrektywy. Zgodnie z nim

³⁰² J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 46.

³⁰³ *Ibidem*, art. 37.

³⁰⁴ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 451.

możliwe jest uwzględnienie w procedurze odsprzedaży tych usług, które m.in. mają charakter incydentalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto odsprzedaż tych usług zajmuje się ich świadczeniem³⁰⁵. W moim przekonaniu nie ma przeciwwskazań, żeby uznać, że istnieją w nowej dyrektywie klasycznej podstawy do pobrania przez centralną jednostkę zakupującą dodatkowych opłat, związanych z poniesionymi dodatkowymi kosztami, o których mowa powyżej.

Podobnie jak inne formy zamówień zagregowanych, również zamówienia prowadzone przez centralną jednostkę zakupującą są realizowane z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji. Prawodawca unijny wprost podkreśla wspomnianą zasadę w art. 37 ust. 3 dyrektywy, wskazując, że wszystkie postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzane przez centralną jednostkę zakupującą odbywają się z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji, zgodnie z wymogami określonymi w art. 22. Wprowadzono więc bezwzględny nakaz stosowania elektronicznych środków komunikacji, zobowiązując do niego państwa członkowskie. Warto w tym miejscu wspomnieć, że przywołany powyżej art. 22 statuuje naczelną zasadę, zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązane są do zapewnienia, iż wszelka komunikacja i wymiana informacji, prowadzona na mocy dyrektywy, powinna przebiegać z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji, zgodnie z wymogami niniejszego artykułu. Co istotne, narzędzia i urządzenia wykorzystywane do celów komunikacji za pomocą środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT, będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. Również w przypadku wykorzystywania środków komunikacji elektronicznej, w ramach scentralizowanych działań zakupowych, warto zwrócić uwagę, czy wypełniając ten obowiązek, nie narzucono warunków technicznych mogących dyskryminować poszczególnych wykonawców. Wskazane działania przeciwdziałające dyskryminacji wspomniane powyżej, mają istotne znaczenie zwłaszcza dla MŚP, którzy stanowią ogromną większość wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Następnym zagadnieniem związanym z korzystaniem z omawianych metod agregacji zamówień jest kwestia wzajemnego rozłożenia pomiędzy instytucje zamawiające odpowiedzialności za prowadzone wspólnie postępowanie. Jeżeli chodzi bowiem o korzystanie z systemu scentralizowanych działań zakupowych, zarówno w przypadku występowania centralnej jednostki zakupującej w roli hurtownika, jak też pośrednika, pojawia się w nowej

³⁰⁵ Por. S. Arrowsmith, *The Law of Public Utilities Procurement*, 2014, s. 537.

dyrektywie klasycznej problem ponoszenia odpowiedzialności za dane postępowanie. W tym zakresie możliwe są dwa podstawowe rozwiązania:

- 1) centralna jednostka zakupująca może ponosić wyłączną odpowiedzialność za prowadzone przez siebie postępowania lub,
- 2) odpowiedzialność może być limitowana do części postępowań prowadzonych przez daną jednostkę.

Tak więc, odpowiedzialność powinna być w sposób koherentny związana z daną częścią postępowania. W razie przeprowadzania postępowania przez dwie lub więcej instytucji zamawiających każda powinna ponosić odpowiedzialność za daną część postępowania. Brak jest zatem podstaw, aby przyjąć, iż zasadne będzie obowiązywanie w tym zakresie odpowiedzialności solidarnej.

Kwestia odpowiedzialności poszczególnych podmiotów ma ważne znaczenie dla możliwości prawidłowego działania omawianych zamówień zagregowanych. Otóż, w preambule do dyrektywy wskazano m.in., że „należy ustalić zasady podziału odpowiedzialności z tytułu wypełniania obowiązków wynikających z niniejszej dyrektywy pomiędzy centralną jednostką zakupującą a instytucjami zamawiającymi, które nabywają od centralnej jednostki zakupującej lub za jej pośrednictwem. W przypadku gdy centralna jednostka zakupująca ponosi wyłączną odpowiedzialność za przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówienia, powinna ona być również wyłącznie i bezpośrednio odpowiedzialna za zgodność tych postępowań z prawem. W przypadku gdy instytucja zamawiająca prowadzi niektóre części postępowania, na przykład ponownie poddaje zamówienie procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej lub udziela poszczególnych zamówień w oparciu o dynamiczny system zakupów, powinna ona nadal ponosić odpowiedzialność za realizowane przez siebie etapy”³⁰⁶. W konkluzji można stwierdzić, że kwestia ponoszenia odpowiedzialności w ramach omawianych technik agregowania zamówienia, ma doniosłe znaczenie dla wspólnego przeprowadzania postępowania w ramach scentralizowanych działań zakupowych, zarówno przez poszczególne instytucje zamawiające, jak i przez centralną jednostkę zakupującą.

Co istotne, zasadniczo odpowiedzialność poszczególnych zamawiających została powiązana z prowadzonym przez dany podmiot postępowaniem. Oznacza to, że brak jest podstaw, aby każda z instytucji biorących udział w części postępowania o udzielenie

³⁰⁶ Motyw 69 preambuły do dyrektywy.

zamówienia publicznego ponosiła odpowiedzialność za całość danej procedury. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie. W przypadku przyjęcia zasad odpowiedzialności, zgodnie z którymi każdy z zamawiających byłby odpowiedzialny za całość postępowania, należałoby bowiem oczekiwać, że z uwagi na możliwość wystąpienia dodatkowego ryzyka w takim wypadku, wspomniany instrument agregowania nie mógłby cieszyć się popularnością i nie byłby szeroko stosowany w praktyce.

Jeżeli chodzi o omawianie problematyki centralnych jednostek zakupujących, warto również wspomnieć o możliwości agregowania zamówień poprzez stosowanie pomocniczych działań zakupowych. Centralna jednostka może bowiem realizować zarówno scentralizowane działania zakupowe, jak również pomocnicze działania zakupowe. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 15 dyrektywy „pomocnicze działania zakupowe” oznaczają działania polegające na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych, w szczególności w następujących formach:

- a) infrastruktury technicznej umożliwiającej instytucjom zamawiającym udzielanie zamówień publicznych lub zawieranie umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi;
- b) doradztwa dotyczącego prowadzenia lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- c) przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia i zarządzania nimi w imieniu i na rzecz danej instytucji zamawiającej.

„Pomocnicze działania zakupowe można określić jako czynności mające na celu zabezpieczenie organizacyjne właściwego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zamówień centralnych. Dyrektywa przykładowo wskazuje na rodzaje działań, m.in. dotyczące nabycia infrastruktury technicznej. W celu zapewnienia wysokiej efektywności działań w tym zakresie Dyrektywa przewiduje możliwość dokonywania pomocniczych działań zakupowych w ramach scentralizowanych działań zakupowych bez stosowania procedur przewidzianych w Dyrektywie. Jednakże, gdy zamówienia publiczne na usługi, dotyczące pomocniczych działań zakupowych, są realizowane przez podmioty inne niż centralna jednostka zakupująca w związku z prowadzeniem przez nią scentralizowanych działań zakupowych na rzecz danej instytucji zamawiającej, takie zamówienia publiczne na usługi powinny być udzielane zgodnie z Dyrektywą (pkt 70 preambuły)”³⁰⁷. Pomocnicze działania zakupowe mają zatem na celu dokonanie zabezpieczenia organizacyjnego właściwego

³⁰⁷ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 2.

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zamówień centralnych. Ich realizacja może odbywać się bez stosowania postępowania przewidzianego w dyrektywie. Prawodawca unijny wyłączył bowiem konieczność stosowania procedur przewidzianych w zakresie udzielenia centralnej jednostce zakupującej zamówienia publicznego na usługi w zakresie realizacji pomocniczych działań zakupowych. Warto wspomnieć, że tożsame wyłączenie dotyczy również udzielenia centralnej jednostce zakupującej zamówienia publicznego na usługi w zakresie scentralizowanych działań zakupowych.

Realizacja pomocniczych działań zakupowych może mieć, w mojej ocenie, również najmniej, w porównaniu z pozostałymi rodzajami działań podejmowanych przez centralne jednostki zakupujące, wpływ na dostęp do zamówień dla MŚP. Samo bowiem doradztwo danego podmiotu na rzecz zamawiających może przynieść głównie pozytywny aspekt w postaci możliwości pozyskania wiedzy eksperckiej, co powinno prowadzić do wykluczenia prawdopodobieństwa naruszania przepisów, poprzez w szczególności niezgodne z prawem utrudnianie dostępu do zamówienia dla MŚP. Poza tym, brak jest w tym przypadku elementu, jakim jest rzeczywiste zagregowanie zamówienia w ramach jednego postępowania.

W odniesieniu do centralnej jednostki zakupującej należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt, mianowicie korzystanie z tej metody agregowania zamówień jest w ramach nowej dyrektywy klasycznej dopuszczalne również w wymiarze transgranicznym. Już w motywie 73 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej wskazano, że „przepisy te powinny określać warunki transgranicznego korzystania z centralnych jednostek zakupujących i wskazywać mające zastosowanie ustawodawstwo dotyczące zamówień publicznych, w tym mające zastosowanie ustawodawstwo dotyczące środków odwoławczych, w przypadkach wspólnych postępowań transgranicznych, stanowiąc tym samym uzupełnienie norm kolizyjnych przewidzianych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 (1)»³⁰⁸.

Zgodnie natomiast z art. 39 ust. 2 dyrektywy państwa członkowskie nie zakazują swoim instytucjom zamawiającym korzystania ze scentralizowanych działań zakupowych realizowanych przez centralne jednostki zakupujące, które znajdują się w innym państwie członkowskim. W odniesieniu do scentralizowanych działań zakupowych realizowanych przez centralną jednostkę zakupującą, znajdującą się w innym państwie członkowskim niż instytucja zamawiająca, państwa członkowskie mogą jednak sprecyzować, że ich instytucje zamawiające mogą korzystać jedynie ze scentralizowanych działań zakupowych określonych w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. a) lub b) nowej dyrektywy klasycznej. Tak więc, bezsprzecznie tzw. zamówienia

³⁰⁸ Por. motyw 73 do preambuły dyrektywy.

transgraniczne są ściśle powiązane z innymi instytucjami prawnymi służącymi agregowaniu zamówień – ze scentralizowanymi działaniami zakupowymi oraz centralnymi jednostkami zakupującymi. Odwołanie w art. 39 ust. 2 do art. 2 pkt 14 dyrektywy oznacza, że chodzi o umożliwienie państwom członkowskim sprecyzowania w przepisach krajowych, implementujących postanowienia dyrektywy, iż korzystanie ze scentralizowanych działań zakupowych realizowanych przez centralną jednostkę zakupującą będzie ograniczone do nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających (centralna jednostka zakupująca pełni rolę hurtownika) lub udzielania zamówień publicznych, lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających (centralna jednostka zakupująca pełni rolę pośrednika). Innymi słowy, dopuszczono możliwość dokonywania zamówienia w celu nabywania od centralnej jednostki zamawiającej lub za jej pośrednictwem dóbr przeznaczonych na potrzeby jednostki zamawiającej.

Istotne jest również, że dyrektywa w zakresie zamówień transgranicznych realizowanych z wykorzystaniem centralnej jednostki zakupującej jednoznacznie wskazuje prawo właściwe obowiązujące w ramach tej procedury. Z przepisów tych wynika bowiem, że prawo krajowe państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę centralna jednostka zakupująca, ma również zastosowanie w przypadku udzielenia zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów, prowadzenia ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej oraz określenia, którzy wykonawcy będący stronami umowy ramowej wykonają dane zadanie.

Reasumując, można zatem uznać, że scentralizowane działania zakupowe i centralne jednostki zakupujące stanowią interesujące instrumenty prawne służące efektywnemu agregowaniu zamówień publicznych i udzielaniu zamówień scentralizowanych. Mogą one cieszyć się znaczną popularnością w poszczególnych państwach członkowskich UE, zwłaszcza wraz ze wzrostem wykorzystania przez instytucje zamawiające elektronicznych środków komunikacji, jak również przy utrzymaniu obecnych tendencji prowadzących do uzyskiwania niższych cen i kosztów transakcyjnych oraz poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami. Należy jednak mieć na względzie, że przedmiotowe mechanizmy powinny być monitorowane celem zapobiegania znikom przetargowym, nadmiernej koncentracji siły nabywczej oraz z uwagi na konieczność przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Na aprobatę zasługuje zwłaszcza rozszerzenie możliwości korzystania przez centralne jednostki zakupujące z pomocniczych działań zakupowych. W tym wypadku wydaje się, że głównym

celem tej metody jest szeroko rozumiana profesjonalizacja zamówień, a nie uzyskanie efektu skali, poprzez skumulowanie nabywanych dóbr w ramach jednego postępowania.

4. Centralny zamawiający w ustawie – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Instytucję centralnego zamawiającego wprowadzono do obecnie obowiązującej ustawy Pzp na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. Zgodnie z art. 15a ust. 1 ustawy Pzp centralny zamawiający mógł przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie było związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego. Należy przyjąć, że z działaniem centralnego zamawiającego związana jest również jego odpowiedzialność. Zgodzić należy się zatem z tezą, że „centralny zamawiający może odpowiadać za samo przygotowanie postępowania lub też przygotowanie i przeprowadzenie postępowania”³⁰⁹.

Krajowy ustawodawca nie zdecydował się ówczesnie na wprowadzenie definicji omawianej instytucji. Z kolei wyjaśnieniem zasad działania zamówień przeprowadzanych przez centralnego zamawiającego zajęła się doktryna. W piśmiennictwie wskazano m.in., że „centralizacja zamówień egzystować ma na dwóch płaszczyznach. Chodzi tu o to, że centralny zamawiający władny jest do udzielania określonego rodzaju zamówień, uczestnictwa w odbiorze określonych dóbr, będąc jednocześnie reprezentantem Skarbu Państwa. Pośredniczy on także przy zamawianiu danego przedmiotu czy też zawieraniu umowy ramowej. Efektem tej kompetencji jest to, że jednostki rządowe będą w sposób samodzielny zajmowały się realizowaniem kontraktu, który został zawarty na ich rzecz”³¹⁰.

Tak jak, w przypadku umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów, również instytucja centralnego zamawiającego została wprowadzona do krajowego porządku prawnego jako instrument prawny fakultatywny. Przyjęto bowiem rozwiązanie legislacyjne, zgodnie z którym, Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. Ustawodawca ograniczył zatem w tym przepisie krąg podmiotów, z których należy ewentualnie dokonać wyboru centralnego zamawiającego. Na marginesie można zauważyć, że bez znaczenia jest przy tym fakt, czy dany podmiot wskazany przez Prezesa Rady

³⁰⁹ T. Niemiec, *Zakupy centralne*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 8, s. 50.

³¹⁰ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis.

Ministrów posiada osobowość prawną. W literaturze przedmiotu podkreśla się natomiast, że „pojęcie to obejmuje zarówno centralne i naczelne organy administracji rządowej, jak i terenowe organy tej administracji. Nie ograniczono przy tym możliwości powołania centralnego zamawiającego do organów administracji ogólnej, co oznacza, że również dowolny organ administracji specjalnej może zostać wskazany jako taki zamawiający. Nie jest natomiast możliwe uzyskanie statusu centralnego zamawiającego przez te organy administracji państwowej, które nie są administracją rządową (organy samorządu terytorialnego, administrację sejmową, Najwyższą Izbę Kontroli, Kancelarię Prezydenta itp.)”³¹¹. W doktrynie zaprezentowane zostało jednak również następujące stanowisko: „nie wydaje się jednak trafne, by pojęcie centralnego zamawiającego ograniczać wyłącznie do tego, który wskaże Prezes Rady Ministrów zgodnie z art. 15a ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie wynika to wprost z przepisów ustawy. To, że może on go wskazać, nie oznacza, że tylko on go wskazuje. Może go wskazać (lub nim być) inny dysponent części budżetu państwa (zob. np. art. 114 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. 2017 poz. 2077 ze zm.). Niemniej jednak z powołanych wyżej przepisów można wywieść, że centralnym zamawiającym jest jednostka organizacyjna, której zadaniem będzie przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także zawarcie umów o zamówienie publiczne albo umów ramowych. Wydaje się, że centralnym zamawiającym może być też jednostka samorządu terytorialnego w stosunku do podporządkowanych jej zakładów budżetowych (zakładów gospodarki komunalnej, przedszkoli itp.)”³¹². Wspomniany autor podniósł dodatkowo, że „należy się odwołać do postanowień dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), która w art. 1 ust. 10 posługuje się pojęciem «centralna jednostka zakupująca». Z kolei art. 1 ust. 9 tej dyrektywy definiuje instytucje zamawiające jako «państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego». Oznacza to, że za centralnego zamawiającego można także uznać związek międzygminny, skoro zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1875 ze zm.) w ich ramach gminy mogą sobie wzajemnie lub innym jednostkom samorządu terytorialnego udzielać pomocy, w tym pomocy finansowej. Zatem skoro do centralnego zamawiającego należy stosować przepisy o zamawiającym, to może nim być też jednostka samorządu terytorialnego lub związek międzygminny”³¹³.

³¹¹ M. Stachowiak, *Komentarz...*, s. 168.

³¹² S. Babiarz, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 161.

³¹³ *Ibidem*, s. 162.

W mojej ocenie, należy w odniesieniu do ówczesnego stanu prawnego podzielić pogląd, zgodnie z którym „centralnym zamawiającym może być wyłącznie jednostka organizacyjna wskazana przez Prezesa Rady Ministrów spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych”³¹⁴. Wydaje się, że ustawodawca krajowy przywidział możliwość, aby centralnym zamawiającym była jednostka samorządu terytorialnego. Rzeczywiście art. 1 ust. 9 tej dyrektywy 2004/18/WE zdefiniował instytucje zamawiające również jako jednostki samorządu terytorialnego. Nie jest to jednak, w mojej ocenie, jedyny argument świadczący o zasadności poglądu, jakoby jednostka samorządu terytorialnego mogła być centralnym zamawiającym. Nie można bowiem zapominać, że centralny zamawiający jest zgodnie z prawodawstwem unijnym instytucją fakultatywną, a zatem nie można było wykluczyć, iż krajowy ustawodawca ograniczy w pewnym zakresie zastosowanie omawianych przepisów. Argument przemawiający za uznaniem możliwości bycia centralnym zamawiającym przez jednostkę samorządu terytorialnego wynikał wprost z art. 15a ust.4 ustawy Pzp, na podstawie którego Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego m.in. spośród jednostek organizacyjnych nadzorowanych przez organy administracji rządowej³¹⁵. W tym kontekście należy zauważyć, iż przykładowo organami nadzoru na gminą, powiatem oraz samorządem województwa są w szczególności Prezes Rady Ministrów i wojewoda³¹⁶. Należałoby zatem przyjąć, że centralny zamawiający może być, wbrew wyżej zaprezentowanym poglądom, wyznaczony również spośród jednostek samorządu terytorialnego. Na taką możliwość wskazuje wykładnia literalna przepisu. Można mieć natomiast, w tym zakresie, uzasadnione wątpliwości biorąc pod uwagę wykładnię funkcjonalną i możliwość ograniczenia samodzielności jednostek samorządu terytorialnego poprzez ustanowienie, spośród nich, centralnego zamawiającego. Zagadnienie to ma o tyle doniosłe znaczenie, że art. 15a ust. 4 ustawy Pzp, umożliwiający Prezesowi Rady Ministrów wyznaczenie centralnego zamawiającego, nie został uchylony do dziś.

Żeby osiągnąć cel w postaci prawidłowego zagregowania zamówienia, w ustawie Pzp przyjęto rozwiązanie, zgodnie z którym Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, mógł w drodze zarządzenia polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od wybranego przez siebie podmiotu lub od

³¹⁴ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 78.

³¹⁵ W zakresie pojęcia nadzoru por. E. Komorowski, [w:] *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, red. M. Chmaj, Warszawa 2005, s. 220.

³¹⁶ Por. art. 86 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1875 ze zm.), art. 76 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1868 ze zm.), art. 78 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2096 ze zm.).

wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określić zakres informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oraz sposób współdziałania ze wskazaną instytucją. Przepis ten obowiązuje również obecnie. Przedmiotowe uprawnienie Prezesa Rady Ministrów wprowadzono wprost w art. 15a ust. 5 ustawy Pzp. W przypadku wydania aktu kierownictwa wewnętrznego przez Prezesa Rady Ministrów „pomiędzy centralnym zamawiającym a zamawiającymi z administracji rządowej nie dojdzie do ustanowienia stosunku cywilnoprawnego, którego źródłem byłaby umowa, a tym samym nie wystąpi konieczność stosowania ustawy (udzielenia zamówienia publicznego). Niemniej jednak zasadne jest pytanie, czy w przypadku nie wydania zarządzenia, o którym mowa w art. 15a ust. 5, centralny zamawiający może dokonywać czynności na potrzeby zamawiających z administracji rządowej. Na pytanie to należy odpowiedzieć twierdząco. Na taką możliwość wskazuje bowiem art. 15a ust. 1. Centralny zamawiający może bowiem zawierać z zamawiającymi z administracji rządowej określone porozumienia, które będą regulowały wzajemne relacje tych podmiotów”³¹⁷. W sytuacji natomiast, gdy centralny zamawiający miał wykonywać czynności na potrzeby innych zamawiających, o których mowa w uchylonym obecnie art. 15a ust. 3, podmioty te powinny być związane stosunkiem cywilnoprawnym.

Kolejną kwestią niedoprecyzowaną przed zmianą ustawy Pzp, dokonaną w wyniku noweli z 22 czerwca 2016 r. było jednoznaczne przesądzenie, czy centralny zamawiający wykonujący czynności w trybie art. 15a ustawy Pzp działa w imieniu zamawiających, czy też w imieniu własnym. Jest to istotne zagadnienie zwłaszcza w ujęciu cywilistycznym. W mojej ocenie, trudno uznać, że centralny zamawiający mógł działać w tym wypadku w imieniu zamawiających, na potrzeby których działa. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na interesujące postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie, w którym dokonano w szczególności wykładni pojęcia centralnego zamawiającego, wskazując m.in., że „możliwy zakres dopuszczalnych czynności centralnego zamawiającego zdefiniowany został w art. 15a ust. 1 ustawy Pzp. Działania te mogą być ograniczone do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku po definitywnym wyborze najkorzystniejszej oferty (a więc również po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów), umowy w sprawie zamówienia z wybranym wykonawcą będą zawierać samodzielnie zamawiający, na których rzecz przygotowano i przeprowadzono postępowanie. Działania centralnego

³¹⁷ P. Wiśniewski [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 126.

zamawiającego mogą również obejmować udzielenie zamówienia. W takim przypadku centralny zamawiający zawiera umowę o roboty budowlane, stając się jej stroną, lub nabywa na własną rzecz dostawy lub usługi. Następnie na podstawie art. 4 pkt 11 może przekazywać (w tym odsprzedawać) je zamawiającym, których potrzeby mają zaspokajać nabyte zamówienia³¹⁸. Centralny zamawiający nie powinien zatem działać w imieniu pozostałych zamawiających niezależnie od faktu, czy zawiera umowę z wykonawcą, czy też umowę zawierają poszczególni zamawiający. Jeśli umowę zawiera centralny zamawiający, powinien on przekazywać nabyte zamówienia poszczególnym zamawiającym właśnie na podstawie art. 4 pkt 11 ustawy Pzp.

Oprócz sytuacji gdy centralny zamawiający zawierał umowę po przeprowadzeniu postępowania na potrzeby zamawiających, możliwe było oczywiście również wystąpienie przypadku, kiedy umowy z wybranym w postępowaniu wykonawcą zawierali bezpośrednio zamawiający, na rzecz których przeprowadzono postępowanie. Odnośnie do wyżej wspomnianych wątpliwości w zakresie stosunków prawnych w piśmiennictwie podkreślono, że „relacje między centralnym zamawiającym a innymi zamawiającymi określa stosunek cywilny, którego źródłem jest umowa łącząca centralnego zamawiającego z poszczególnymi zamawiającymi. Względem wykonawców centralny zamawiający działa w imieniu własnym, na rachunek zamawiających w granicach wynikających z art. 393 k.c.”³¹⁹. W literaturze podkreślono także, że „zastosowanie znajdzie przepis art. 393 k.c. (świadczenie na rzecz osoby trzeciej), z tym że w przypadku wykonywania przez centralnego zamawiającego wyłącznie czynności polegających na przygotowaniu oraz przeprowadzeniu postępowania (bez zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej), przepis art. 393 k.c. będzie miał zastosowanie odpowiednie”³²⁰. Kwestia tych relacji, a w szczególności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy centralny zamawiający działa w imieniu własnym, czy też działa w imieniu i na rzecz poszczególnych podmiotów, mogła mieć zasadnicze znaczenie, chociażby w kontekście ustalenia zasad odpowiedzialności umownej i ewentualnej możliwości dochodzenia roszczeń z zawartych umów.

W doktrynie zauważono także problem braku rozwiązania w ustawie Pzp zagadnienia odpłatności za usługi świadczone przez centralnego zamawiającego. Jak wskazał J. Pieróg, „przepisy nie rozstrzygają kwestii odpłatności za wykonywanie czynności centralnego

³¹⁸ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 marca 2013 r., V Wydział Cywilny Odwoławczy, sygn. akt V Ca 3341/12, Legalis nr 1327506.

³¹⁹ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 79.

³²⁰ G. Wicik, *Komentarz do ustawy...* art. 15.

zamawiającego. Ponieważ rzecz dotyczy organów administracji rządowej (lub jednostek jej podległych albo nadzorowanych) należy przyjąć, że czynności centralnego zamawiającego dokonywane na rzecz innych podmiotów nie są odpłatne, natomiast potrzeby finansowe centralnego zamawiającego związane z wykonywaniem takiego zadania uwzględniane są w ustawie budżetowej³²¹. Tożsamy pogląd prezentuje w tej sprawie S. Babiarz³²². W tym aspekcie podzielam jednak pogląd M. Stachowiak, która podkreśliła, że „w przypadku wykonywania czynności na rzecz innych zamawiających, a także w przypadku braku rozwiązania budżetowego na rzecz administracji rządowej, czynności te mogą być wykonywane odpłatnie”³²³. Na marginesie należy zauważyć, że samo nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego nie podlegało (i nadal nie podlega) przepisom ustawy Pzp (art. 4 pkt 11). Ważne jest również, że zgodnie z ówczesnymi regulacjami ustawy Pzp centralny zamawiający nie mógł wykonywać usług wyłącznie dla jednego zamawiającego. Za takim stanowiskiem przemawiała bowiem jednoznacznie literalna wykładnia uchylonego obecnie art. 15a ust. 1 ustawy Pzp.

Ustawa Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. w sposób wyraźny dopuszczała zawieranie przez centralnego zamawiającego umów ramowych na rzecz innych zamawiających, jak również udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, jeżeli dana umowa ramowa przewidywała taką możliwość. Ustawodawca krajowy, zgodnie z wytycznymi dyrektywy 2004/18/WE, wprowadził możliwość dokonania podwójnej agregacji zamówienia, zarówno poprzez zastosowanie instytucji centralnego zamawiającego, jak i udzielenie zamówienia na podstawie umów ramowych.

Ponadto należałoby wspomnieć, że w wyniku nowelizacji ustawy Pzp z 7 kwietnia 2006 r. wprowadzono przepisy, na mocy których, działając na podstawie art. 15a ust. 4 i ust. 5 zarządzeniem nr 16 z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej, Prezes Rady Ministrów wskazał jako centralnego zamawiającego Centrum Usług Wspólnych³²⁴. Centrum powstało na mocy zarządzenia nr 16 Szefa Kancelarii Prezesa Rady

³²¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 15a, Warszawa 2015, Legalis.

³²² S. Babiarz, *Komentarz...*, s. 163.

³²³ M. Stachowiak, *Komentarz...*, s. 169.

³²⁴ https://centrum.gov.pl/wpcontent/uploads/2017/02/Zarządzenie_Nr_16_Prezesa_Rady_Ministrow_z_30_03_2011.pdf.

Ministrów z dnia 22 października 2010 r. w sprawie utworzenia instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych przez przekształcenie gospodarstwa pomocniczego oraz nadania statutu³²⁵. Powyżej wskazanemu centralnemu zamawiającemu powierzono przygotowanie i prowadzenie zamówień, udzielanie zamówień oraz zawieranie umów ramowych dla 61 jednostek administracji rządowej.

Centrum Usług Wspólnych było instytucją gospodarki budżetowej, która z kolei z dniem 1 stycznia 2017 r. zmieniła nazwę na Centrum Obsługi Administracji Rządowej i pod tą nazwą funkcjonuje obecnie. CUW pierwotnie powstał z przekształcenia w drodze sukcesji generalnej Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³²⁶ oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21 września 2010 r. w sprawie sposobu i trybu przekształcenia gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych w instytucje gospodarki budżetowej³²⁷. Następnie na mocy zarządzenia nr 20 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie zmiany nazwy instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych na Centrum Obsługi Administracji Rządowej oraz nadania mu statutu³²⁸ powołano COAR, który jest obecnie centralnym zamawiającym, w myśl art. 15a ustawy Pzp. Przedmiotem działalności podstawowej Centrum Usług Wspólnych było m.in. nabywanie usług, dostaw i robót budowlanych na rzecz Kancelarii Prezesa Rady Ministrów w celu zapewnienia realizacji zadań publicznych przez ten podmiot. Do zadań CUW należał również w szczególności zarząd, gospodarowanie i administrowanie mieniem, obsługa administracyjna, gospodarcza i techniczna, w tym administrowanie systemem i siecią teleinformatyczną, w tym służącą do przetwarzania informacji niejawnych³²⁹. Centrum Usług Wspólnych było zatem centralnym zamawiającym, którego zadanie stanowiło m.in. prowadzenie wspólnych oraz centralnych zamówień publicznych zgodnie z ustawą Pzp, jak również świadczenie usług wspólnych wynikających z przedmiotowych zamówień. Jest to więc przykład zastosowania w praktyce instytucji centralnego zamawiającego jako techniki agregowania zamówienia.

Oprócz centralnego zamawiającego, opisanego powyżej, ustawa Pzp wprowadziła również możliwość realizowania zamówień centralnych za pośrednictwem podmiotów, które w szerszym znaczeniu również wykonywały czynności centralnego zamawiającego. Taka

³²⁵ Niepublikowane.

³²⁶ T. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.

³²⁷ Dz.U. z 2010 r. Nr 181, poz. 1217.

³²⁸ <http://bip.centrum.gov.pl/cuw/status-i-podstawa-prawn/1129,Status-i-podstawa-prawn.html>.

³²⁹ Por. Zadania i kompetencje CUW, <http://www.bip.cuw.gov.pl/cuw/zadania-i-kompetencje/1130,Zadania-i-kompetencje.html>.

możliwość istniała zarówno na poziomie samorządu terytorialnego, jak i w administracji rządowej. Ustawa Pzp przewidywała (i nadal przewiduje) odmienne regulacje w tym zakresie zarówno dla administracji samorządowej, jak i administracji rządowej. W art. 16 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp wskazano bowiem podstawy prawne do wyznaczenia podmiotu, która będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek zarówno przez ministra kierującego działem administracji rządowej, jak i organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Zauważa się, że „w art. 16 ust. 3 wskazano formę zarządzenia, w której następuje wyznaczenie pełnomocnika przez ministra kierującego działem administracji rządowej. W pozostałych przypadkach wyznaczenie może nastąpić w każdej formie, właściwej ze względu na status prawny zamawiających (np. umowa/porozumienie regulujące zasady wspólnego udzielania zamówienia), z zachowaniem formy pisemnej, co wynika z zasady pisemności postępowania i odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego, m.in. odnośnie do pełnomocnictwa”³³⁰.

Przykładem możliwości wyznaczania przez ministra kierującego działem administracji rządowej spośród podległych mu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, jest zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 lutego 2013 r. w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych³³¹. Na mocy tego aktu prawnego zobowiązano poszczególne jednostki do nabywania towarów i usług określonych we wskazanym akcie prawnym (np. systemów informacji prawnej, prasy) od wykonawców wybranych przez Sąd Apelacyjny w Krakowie. Dodatkowo, zobowiązano Sąd Apelacyjny w Krakowie do zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych. Jednocześnie zobligowano podległe ww. ministrowi jednostki do nabywania m.in. oprogramowania od wykonawców wybranych przez innego zamawiającego – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu. Podzielono zatem pomiędzy dwóch zamawiających, we wskazanym w zarządzeniu zakresie, rynek zamówień publicznych dla sądownictwa, centralizując jednocześnie zakupy. Wspomniany przykład w zakresie kompetencji przyznanych Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie obrazuje, że z sumowaniem zamówień poprzez skumulowanie poszczególnych zamawiających w ramach jednego postępowania miała również praktyczny związek agregacja zamówień w postaci umów ramowych. Przedmiotowe współdziałanie poszczególnych technik wydaje się oczywiste z

³³⁰ Por. M. Stachowiak, *Komentarz...*, s. 173.

³³¹ Dz.U. MS z 2013 r. poz. 122.

uwagi na korzyści, które niosło zamawiającym w postaci oszczędności czasu i środków. Z drugiej jednak strony mogło *de facto* „wykluczać” z możliwości udziału w postępowaniu przedsiębiorców z segmentu MŚP, poprzez nadmierną agregację zamówienia. W takiej sytuacji, szczególnie istotne było zatem właściwe określenie warunków udziału (w sposób proporcjonalny do danych części postępowania), jak również dokonanie podziału zamówienia na części. Należy nadmienić, że ww. zarządzenie zostało uchylone i zastąpione zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 16 września 2014 r. w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych³³². W nowym zarządzeniu podmiotem, który przeprowadzi i realizuje zamówienia dla sądownictwa jest Sąd Apelacyjny w Krakowie.

Z kolei zgodnie z zarządzeniem Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 stycznia 2012 r. została powołana instytucja działająca pod nazwą Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego³³³. Wspomniana jednostka sektora finansów publicznych, która funkcjonuje również obecnie, ma za zadanie przede wszystkim prowadzenie centralnych zamówień publicznych dla jednostek sądownictwa powszechnego³³⁴. Jest to zatem zupełnie inny podmiot niż centralny zamawiający działający na podstawie art. 15a ustawy Pzp. Nie jest to również tzw. centralny zamawiający resortowy, którym jest Sąd Apelacyjny w Krakowie. Centrum Zakupów dla Sądownictwa pełniło przed omawianą nowelizacją (i pełni nadal) w szczególności rolę podmiotu reprezentującego Sąd Apelacyjny w Krakowie, który z kolei działa w imieniu sądów powszechnych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej jako centralny zamawiający resortowy. Nie jest to jednak odpowiednik centralnej jednostki zakupującej w rozumieniu dyrektyw unijnych. Możliwość udzielania zamówień z wykorzystaniem instytucji centralnego zamawiającego resortowego jest szczególnym przypadkiem wspólnego udzielania zamówień przez zamawiających, w tym wypadku z wykorzystaniem podmiotu, który reprezentuje pozostałych, ustanowionego nie w formie porozumienia, a w szczególnej formie zarządzenia danego ministra.

³³² Dz.U. MS z 18.04.2014 r. poz. 153.

³³³ Zarządzenie Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 stycznia 2012 r. w sprawie utworzenia Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucji Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie, niepublikowane.

³³⁴ Por. rozdział 2 Statutu Centrum Zakupów dla Sądownictwa, <http://www.czdsigb.gov.pl/attachments/article/119/Zarz%C4%85dzenie%20nr%207.16.IGB%20z%20dn.%2015.07.2016r.%20informuj%C4%85ce%20o%20zmianie%20Statutu%20CZDSIGB.pdf>.

W piśmiennictwie podnosi się, że „przepis art. 16 ust. 3 ustawy Pzp, inaczej niż art. 15a ust. 5, nie jest wystarczającą podstawą do nałożenia obowiązków na centralnego zamawiającego. Przepis ten odnosi się bowiem wyłącznie do jednostek podległych oraz nadzorowanych przez właściwego ministra. Niezbędne będzie zatem zawarcie stosownego porozumienia właściwego ministra lub wskazanych przez niego jednostek z centralnym zamawiającym. Możliwość taką stwarza art. 15a ust. 1 ustawy”³³⁵. Należy podkreślić, że w razie wskazania zamawiającego, który miał przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, kwestia ta powinna być zaznaczona w SIWZ. Brak było oczywiście przeciwwskazań, aby wyznaczony przez zamawiających podmiot był upoważniony wyłącznie do przeprowadzenia postępowania, a nie do udzielenia zamówienia. Wówczas, umowy powinny być zawierane indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał upoważniony podmiot. W razie jednak podpisania umowy zamawiający, który działał w imieniu pozostałych podmiotów, nie był jedynym zobowiązanym względem wykonawcy, z którym zawarto umowę. Zakres zobowiązań każdego z podmiotów winien być określony we wspomnianej umowie.

Zagadnienie to było ważne, biorąc pod uwagę ewentualną odpowiedzialność poszczególnych zamawiających względem wykonawców za daną część zamówienia (np. za zapłatę wynagrodzenia). Warto również zaznaczyć, że art. 16 ustawy Pzp nie obejmował swoim zakresem czynności dotyczących przygotowania postępowania (np. sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia). Oznacza to, że w takim wypadku, każdy z zamawiających miał prawo samodzielnie dokonać opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie przeprowadzenie postępowania, ewentualnie udzielenie zamówienia zostało powierzone wyznaczonemu zamawiającemu.

Istotne jest również, że „ustanowienie jednego zamawiającego jako działającego w imieniu i na rzecz kilku zamawiających nie oznacza przeniesienia na niego prawa do podejmowania decyzji w stosunkach wewnętrznych pomiędzy zamawiającymi. Porozumienie między zamawiającymi powinno doprecyzować zasady podejmowania decyzji, np. przez utworzenie komisji przetargowej złożonej z pracowników wszystkich zamawiających. Również wiele regulacji prawa zamówień publicznych będzie odnosiło się nie tylko do pełnomocnika zamawiających występujących wspólnie, ale do wszystkich tych zamawiających (np. zasada bezstronności i obiektywizmu osób występujących w postępowaniu, odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy, obowiązek poddania się kontroli Prezesa

³³⁵ P. Wiśniewski, *Komentarz...*, s. 130–131.

UZP)''³³⁶. Prawidłowe sporządzenie porozumienia przed wszczęciem postępowania przez wyznaczony podmiot miało zatem kluczowe znaczenie dla praw i obowiązków poszczególnych zamawiających, zwłaszcza że powszechnie obowiązujące przepisy prawa pozostawiały w tym zakresie znaczną swobodę decyzyjną poszczególnym zamawiającym, nie regulując omawianych kwestii w ustawie Pzp. W tym aspekcie warto również zwrócić uwagę na postanowienie ustawy Pzp (art. 16 ust. 5). Wynika z niego, że przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, którzy wspólnie przeprowadzają postępowanie i wspólnie udzielają zamówienia. „W takim przypadku niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych działania zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający upoważniony jest zobowiązany na podstawie tej ustawy, obciążać będą wszystkich zamawiających wspólnie przeprowadzających postępowanie i udzielających zamówienia''³³⁷.

Zarówno zamówienia z udziałem centralnego zamawiającego, jak również z wykorzystaniem centralnych zamawiających resortowych mogły z uwagi na znaczny stopień zagregowania zamówienia utrudniać dostęp do niego dla MŚP. Jako przykład postępowań mogących, w mojej ocenie, prokurować trudności w dostępie do zamówień dla mniejszych wykonawców, można wskazać chociażby zamówienia udzielane przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, w imieniu którego działało Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej. Chodzi w szczególności o postępowania, w których nie umożliwiono wykonawcom składania ofert częściowych. Przykładowo w postępowaniu ogłoszonym na dostawę materiałów biurowych dla sądów powszechnych, w imieniu których działał centralny zamawiający resortowy, wadium ustalono na poziomie 400 000,00 zł, a warunek posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych określono na poziomie 2 000 000,00 zł, co według mnie, było kwotą nieosiągalną dla wielu mniejszych przedsiębiorców działających w danej branży³³⁸. Żeby uniknąć tego typu niekorzystnych dla MŚP sytuacji, wystarczyło podzielić zamówienie na części dla poszczególnych sądów apelacyjnych i jednostek im podległych.

³³⁶ M. Stachowiak, *Komentarz...*, s. 173.

³³⁷ A. Bazan [w:] J. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 194; por. też wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r., sygn. akt KIO 452/13, KIO 457/13, Legalis nr 741464.

³³⁸ Ogłoszenie wysłano do opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S S146 z 30.07.2016 264396-2016-PL.

5. Zamówienia scentralizowane w ustawie – Prawo zamówień publicznych

5.1 Uwagi ogólne

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. dokonała gruntownej zmiany w zakresie agregowania zamówień publicznych w znaczeniu podmiotowym, a zatem polegającego na skumulowaniu w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia większej liczby zamawiających. W ramach tego sposobu agregowania zamówień należy, co zostało już wskazane wcześniej, wyróżnić udzielanie zamówień z wykorzystaniem instytucji centralnego zamawiającego, jak również wspólne udzielanie zamówień przez kilka podmiotów oraz sposoby agregowania zamówień w wymiarze zamówień transgranicznych, które mogą być przeprowadzane zarówno przez kilka podmiotów wspólnie, jak i poprzez utworzenie wspólnego podmiotu z zamawiającymi z innych państw członkowskich UE. Podobnie jak przy wprowadzaniu instytucji centralnego zamawiającego w nowej dyrektywie klasycznej, również w odniesieniu do omawianej instytucji w ustawie Pzp w polskim piśmiennictwie wskazuje się, że „z uwagi na duże wolumeny zakupów tego rodzaju techniki mogą pomóc w zwiększeniu konkurencji i powinny pomóc w doprowadzeniu do profesjonalizacji zakupów publicznych”³³⁹.

Centralny zamawiający to obecnie instytucja prawna uregulowana w sposób zupełnie odmienny, w porównaniu ze stanem prawnym sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. W celu dokonania oceny prawnej postanowień dotyczących instytucji centralnego zamawiającego w polskim prawie zamówień publicznych, niezbędna jest analiza omawianego problemu również w kontekście pojęcia centralnej jednostki zakupującej, istniejącego w prawie UE. Warto bowiem wspomnieć, że *ratio legis* wprowadzenia omawianej instytucji w prawie unijnym jest zawarte w preambule do nowej dyrektywy klasycznej, a w szczególności w motywach 69 i 70. Podkreślono tam m.in., że „w większości państw członkowskich coraz częściej stosowane są scentralizowane techniki zakupów. Centralne jednostki zakupujące odpowiadają za nabywanie, zarządzanie dynamicznymi systemami zakupów lub udzielanie zamówień publicznych/zawieranie umów ramowych w imieniu innych instytucji zamawiających, za wynagrodzeniem lub bez”³⁴⁰. Zrozumienie celu wprowadzenia omawianej problematyki w prawie unijnym pozwala zatem dokonać prawidłowej analizy tego zagadnienia w ustawie – Prawo zamówień publicznych.

³³⁹ A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016, s. 47.

³⁴⁰ Por. motyw 69 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej.

Powstaje natomiast pytanie, czy szerszy udział centralnych zamawiających w udzielaniu zamówień publicznych nie ograniczy dodatkowo dostępu do nich MŚP. Wydaje się, że wiele zależy do samych centralnych zamawiających i w szczególności sposobu formułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prawdopodobna wydaje się teza, że centralny zamawiający będzie adekwatnym podmiotem do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które posiada pewien ustalony poziom przyjętych standardów. Nie będzie to zatem odpowiednia metoda udzielenia zamówienia mającego charakter innowacyjny. W tym kontekście nie może dziwić fakt ustawowego skorelowania omawianej instytucji z dynamicznym systemem zakupów, który jest również metodą agregowania zamówień odpowiednią do wspomnianego typu postępowań. Biorąc zatem pod uwagę fakt, że centralny zamawiający jest odpowiednim podmiotem do wykorzystania w zakresie zamówień zestandaryzowanych, istotne jest każdorazowe przestrzeganie w tym wypadku przepisów ustawy Pzp, dotyczących podziału zamówienia na części.

5.2 Centralny zamawiający – definicja i zadania ustawowe

Centralny zamawiający jest obecnie uregulowany w art. 15a–15d ustawy Pzp. W stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. zmieniono konstrukcję normatywną poszczególnych przepisów w tym zakresie oraz dodano zupełnie nowe regulacje, znacznie rozszerzając możliwość udzielania zamówień publicznych z wykorzystaniem omawianej instytucji. Jako przykład nowych postanowień można wskazać art. 15d ustawy Pzp, na mocy którego zamawiający może korzystać z usług centralnego zamawiającego posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Przepis ten odnosi się zatem zarówno do instytucji centralnego zamawiającego, jak też jest częścią zagadnienia dotyczącego zamówień transgranicznych.

Jeżeli chodzi natomiast o wspomniane zmiany w zakresie konstrukcji normatywnej przepisów, to w art. 15a uchylono ust. 1–3, które wskazywały m.in., że centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego. Warto zauważyć, że „zniesiono przy tym zasadnicze przyporządkowanie jego roli do realizacji zamówień na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, o ile dotyczyły działalności więcej niż jednego zamawiającego. Wobec wprowadzenia definicji pomocniczych działań

zakupowych (o czym poniżej), wraz z nowymi regulacjami uchylono także ust. 2 i 3 art. 15a ustawy Pzp, w tym katalog czynności centralnego zamawiającego oraz możliwość realizacji centralnych zakupów dla pozostałych, bliżej nie określonych zamawiających³⁴¹.

W art. 15a ustawy Pzp pozostawiono natomiast bez zmian ust. 4–6, a zatem przedmiotowy artykuł stał się obecnie głównie delegacją ustawową dla Prezesa Rady Ministrów, który może wskazać centralnego zamawiającego spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. Aktualne pozostały również uprawnienia Prezesa Rady Ministrów do polecania, w drodze zarządzenia (w razie wskazania centralnego zamawiającego), zamawiającym z administracji rządowej nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez ten podmiot. Dodatkowo, Prezes Rady Ministrów może polecić udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określanie zakresu informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz sposób współdziałania z nim. Zmianie nie uległo również unormowanie, zgodnie z którym przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do centralnego zamawiającego.

Należy przyjąć, że instytucja prawna centralnego zamawiającego, zarówno w odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, jak i, co najistotniejsze, także obecnie, nie ogranicza zasady decentralizacji, wynikającej z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Co do zasady decentralizacji w piśmiennictwie wskazuje się, że „choć bezpośrednio nie wymieniona przez ustawodawcę w ustawie, ma ogromne znaczenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Dostrzegli to twórcy ustawy, którzy decentralizację wymienili na pierwszym miejscu, opisując zasady zamówień publicznych w uzasadnieniu do projektu ustawy³⁴². Podzielam pogląd wyrażony w odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, ponieważ zachowuje on nadal aktualność. Zgodnie z nim nie może być mowy o sprzeczności pomiędzy centralnym zamawiającym, a zasadą decentralizacji istniejącą, choć nie wyartykułowaną wprost, w ustawie Pzp. Jak słusznie wskazano, „w tym wypadku nie chodzi o swego rodzaju ubezwłasnowolnienie jednostki prowadzącej postępowanie. Instytucja centralnego zamawiającego wskazuje na sposób zorganizowania zakupów przez administrację

³⁴¹ M. Kuźma, *Zamówienia publiczne po implementacji dyrektyw 2016*, Lex.

³⁴² P. Szustakiewicz, *Zasady...*, s. 187, por. również uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 listopada 2003 r., druk sejmowy nr 2218, s. 16.

publiczną, która może wybrać model, według którego każda jednostka organizacyjna sama dokonuje zakupów albo wskazać jedną, która w imieniu innych jednostek przeprowadza postępowanie”³⁴³.

W wyniku nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. zdefiniowano centralnego zamawiającego i określono, że jest to zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp. Ustawodawca wyznaczył zatem jednoznacznie, jakie podmioty mogą mieć ten status. Warto zauważyć, że w omawianym katalogu nie mogą znajdować się podmioty inne niż opisane w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp. Innymi słowy, nie wszyscy zamawiający, których zakupy są uznawane za zamówienie publiczne na gruncie ustawy Pzp, mogą być centralnym zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp. W przypadku omówionym w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a więc w razie udzielania zamówienia przez inny podmiot niż wskazany w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp, przy jednoczesnym wystąpieniu szeregu okoliczności (ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a; wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 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) nie ma podstaw do przyjęcia, że dane zamówienie publiczne może być realizowane przez centralnego zamawiającego, a jednocześnie będzie podlegało postanowieniom ustawy Pzp.

Omawianą definicję dodano na mocy art. 15b ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 1 wspomnianego przepisu centralnym zamawiającym jest zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, prowadzący działalność w zakresie:

- 1) nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla zamawiających;
- 2) udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla zamawiających;
- 3) pomocniczych działań zakupowych.

Jednocześnie ustanowiono regulację, zgodnie z którą zamawiający wskazani w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 mogą nabywać dostawy lub usługi od centralnego zamawiającego lub dostawy,

³⁴³ *Ibidem*, s. 190–191.

usługi lub roboty budowlane za pomocą dynamicznych systemów zakupów obsługiwanych przez centralnego zamawiającego lub na podstawie umowy ramowej zawartej przez niego.

Nowością jest rozwiązanie zakładające, że postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzane przez centralnego zamawiającego odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej³⁴⁴. Ma to oczywiście związek z postępującą elektronicznością zamówień publicznych, jak również (a może przede wszystkim) z faktem, że prawo unijne obowiązuje, aby wszystkie postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzane przez centralną jednostkę zakupującą odbywały się z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji³⁴⁵. Ustawodawca krajowy prawidłowo uwzględnił, w ramach nowelizacji, obwarowania narzucone przez prawodawcę unijnego. Narzędzia wykorzystywane do celów komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne powinny być oczywiście niedyskryminujące dla wykonawców, co ma szczególne znaczenie z punktu widzenia dostępności danego zamówienia dla MŚP.

Obecnie istnieje znacznie szersza możliwość wykorzystania instytucji centralnych zamawiających. Mogą one bowiem na gruncie obowiązującego stanu prawnego realizować również pomocnicze działania zakupowe, w tym w szczególności mają prawo doradzać w zakresie związanym z prowadzeniem lub planowaniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Są to działania nieprzewidziane przez ustawę Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. W ramach obecnego stanu prawnego poszczególni zamawiający mają prawo korzystać ze specjalistycznej wiedzy centralnego zamawiającego bez konieczności nabywania dóbr za jego pośrednictwem.

5.3 Centrum Obsługi Administracji Rządowej jako przykład działania centralnego zamawiającego w praktyce

Jak już wspominałem w niniejszym rozdziale, obecnie rolę centralnego zamawiającego w rozumieniu art. 15a ustawy Pzp pełni Centrum Obsługi Administracji Rządowej, które jest instytucją gospodarki budżetowej powołaną przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów w celu zapewnienia realizacji zadań publicznych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

³⁴⁴ Por. I. Ziarniak, *Elektronizacja zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10, s. 13–15; nadto: A. Tyniec, I. Wyżgowska, *Centralny Zamawiający i oferta elektroniczna*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10, s. 16–19.

³⁴⁵ Z dniem 4 lipca 2017 r. weszło w życie Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, Dz.U. z 2017 r. poz. 1320. Rozporządzenie to stosuje się w całości wyłącznie do centralnych zamawiających w rozumieniu art. 15b ustawy Pzp; w odniesieniu do pozostałych zamawiających rozporządzenie wejdzie w życie w całości z dniem 17 października 2018 r.

Funkcję organu założycielskiego dla COAR pełni Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Zgodnie z zarządzeniem nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazania jednostek administracji rządowej zobowiązanych do nabywania zamówień od centralnego zamawiającego³⁴⁶ realizacja zamówień przez COAR na rzecz jednostek administracji rządowej obejmuje nabywanie dostaw lub usług z przeznaczeniem dla jednostek administracji rządowej, udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, z przeznaczeniem dla tych jednostek oraz wykonywanie pomocniczych działań zakupowych (§ 5 zarządzenia nr 100). Warto zwrócić uwagę na fakt, że postanowienia poprzednio obowiązującego zarządzenia nr 10 Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lutego 2014 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej³⁴⁷ dotyczące uprawnień COAR były niespójne z kompetencjami centralnego zamawiającego przyznanymi przez ustawę Pzp w art. 15b. Wspomniany akt kierownictwa wewnętrznego nie przewidywał bowiem prowadzenia przez COAR pomocniczych działań zakupowych. Zmiana zarządzenia była zatem zasadna oraz konieczna.

Warto również zwrócić uwagę, że zgodnie ze statutem COAR, stanowiącym załącznik do wspomnianego wcześniej zarządzenia nr 20 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie zmiany nazwy instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych na Centrum Obsługi Administracji Rządowej oraz nadania mu statutu, zakres działalności omawianego podmiotu jest znacznie szerszy niż prowadzenie zamówień scentralizowanych w trybie ustawy Pzp. Otóż, w zakresie zadań znajduje się również zarząd, gospodarowanie i administrowanie mieniem czy też przykładowo zapewnienie bazy szkoleniowo-konferencyjnej dla rządu. COAR wykonuje czynności w zakresie określonym w zarządzeniu nr 100 w imieniu i na rzecz jednostek z administracji rządowej bez konieczności podpisywania pełnomocnictw lub stosownych porozumień.

Wydaje się, że agregowanie zamówień przy użyciu instytucji centralnego zamawiającego powinno mieć miejsce w tym przypadku w szczególności w zakresie zamówień publicznych o ustalonych standardach jakościowych. Chodzi na przykład o dostawy energii

³⁴⁶ M.P. z 31.08.2017 r. poz. 832.

³⁴⁷ Uchylone na mocy wspomnianego zarządzenia nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazania jednostek administracji rządowej zobowiązanych do nabywania zamówień od centralnego zamawiającego.

elektrycznej, paliw, prasy, usługi telekomunikacyjne, utrzymania czystości. Jego rola powinna zatem być zgodna z ideą centralnej jednostki zakupującej w prawie UE oraz centralnego zamawiającego w ustawie Pzp.

COAR dokonuje analizy przesyłanych przez jednostki administracji rządowej zapotrzebowań na konkretne zamówienia pod względem zwłaszcza możliwości dokonania oszczędności wynikających z efektu skali. Jest to najlepszy praktyczny przykład, że jedną z podstawowych przyczyn agregowania zamówień – opisanych szczegółowo w rozdziale I pracy – jest możliwość uzyskania korzyści ekonomicznych po stronie zamawiających. W razie uznania przez COAR, że oszczędności wynikające z procesu agregacji nie są wystarczające, może dojść do rezygnacji prowadzenia postępowania przez wspomnianego centralnego zamawiającego. Wydaje się, że w statucie COAR brak jest jednak odniesienia (choćby poprzez użycie stosownych klauzul generalnych) do zagadnienia udzielania zamówień z jednoczesnym zapewnieniem dostępu do nich dla MŚP. W moim przekonaniu bowiem, celem COAR powinno być osiągnięcie oszczędności ekonomicznych, jednakże działania takie powinny następować bez utrudniania dostępu do zamówienia dla MŚP, w tym zwłaszcza dla mikroprzedsiębiorców.

Interesujące jest, że COAR przysługuje wynagrodzenie od poszczególnych jednostek, w imieniu których przygotowuje i przeprowadza postępowanie. Wysokość wynagrodzenia zależy od stopnia skomplikowania postępowania i ilości czasu potrzebnego na jego przeprowadzenie. Wynagrodzenie wynosi od 0,5% do 1,5% ceny brutto zamówienia składanego przez obsługiwaną jednostkę z administracji rządowej, ceny brutto określonej w umowie wykonawczej albo ceny określonej w umowie zawartej w wyniku zamówienia centralnego, jaką każda z jednostek jest zobowiązana zapłacić wykonawcy z tytułu jej realizacji – w przypadku zamówień nieobjętych umowami ramowymi³⁴⁸.

Aktualny pozostaje zatem pogląd, że w przypadku wykonywania przez centralnego zamawiającego czynności na rzecz innych zamawiających można wprowadzić odpłatność za świadczone usługi³⁴⁹. W mojej ocenie, należy zatem przyjąć, że w razie popełnienia przez COAR nieprawidłowości przy przeprowadzaniu postępowania, wskutek których dany zamawiający poniesie szkodę, podmiot ten będzie miał roszczenia cywilnoprawne, odszkodowawcze w stosunku do centralnego zamawiającego. Z kolei działania centralnego zamawiającego w stosunku do zamawiających należałoby rozpatrywać w kontekście należytej

³⁴⁸ Por. § 11 ust. 5 zarządzenia nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazania jednostek administracji rządowej zobowiązanych do nabywania zamówień od centralnego zamawiającego.

³⁴⁹ Pogląd ten wyraziła M. Stachowiak, *Komentarz...*, s. 169.

staranności dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a która wynika z art. 355 k.c.³⁵⁰.

Jeżeli chodzi o umowy zawierane po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to warto zauważyć, że wszelkie prawa wynikające z tych kontraktów wykonują poszczególne jednostki. Przykładowo, w razie konieczności skorzystania z gwarancji jakości udzielonej przez wykonawcę należy przyjąć, że jej beneficjentem jest dana jednostka, a nie COAR. Konsekwencją takiego założenia jest oczywiście ponoszenie przez poszczególne jednostki odpowiedzialności za niewykonanie umowy zawartej w ich imieniu i na ich rzecz przez COAR. Jest to prawidłowe rozwiązanie, albowiem trudno byłoby uznać za zasadną sytuację, w której w razie istnienia nieprawidłowości w zakresie wykonanej na rzecz danej jednostki umowy roszczenia gwarancyjne dana jednostka kieruje do COAR, a dopiero centralny zamawiający występuje do wykonawcy umowy.

W konkluzji można stwierdzić, że Centrum Obsługi Administracji Rządowej wydaje się być niezbędną instytucją zarówno w świetle postanowień ustawy Pzp, jak i realizacji zapotrzebowania w zakresie zamówień publicznych najważniejszych instytucji w Polsce. Nie można bowiem zapominać, że oprócz ww. funkcji zajmuje się ono administrowaniem i zarządzaniem oraz obsługą siedziby Kancelarii Premiera Rady Ministrów, a także obsługą techniczną rządu i organów rządowych: Rady Ministrów, Komitetu Stałego Rady Ministrów oraz ministrów. Nie można jednak zapominać, że zbyt szeroka centralizacja zakupów może spowodować efekt nadmiernego wyparcia z rynku MŚP, w tym zwłaszcza lokalnych przedsiębiorców.

5.4 Centralny zamawiający w samorządzie terytorialnym

W mojej ocenie, oddzielnego omówienia wymaga zagadnienia ustawowych możliwości powołania centralnego zamawiającego w samorządzie terytorialnym. Istnieją bowiem trzy zasadnicze podstawy prawne do powołania tej instytucji prawnej na tym poziomie administracyjnym.

Po pierwsze, jak już wspominałem, ustawodawca nie uchylił art. 15a ust. 4 ustawy Pzp, na podstawie którego Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego m.in.

³⁵⁰ Por. rozważania T. Wiśniewskiego w zakresie zagadnienia należytej staranności w: J. Gudowski (red.), T. Bielska-Sobkowicz, G. Bieniek, T. Wiśniewski, H. Ciepla, P. Drapała, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, C. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, art. 355, Księga Trzecia – Zobowiązania, Warszawa 2013, Lex, nadto: wyrok SN z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93, OSNC 1994/3/69.

spośród jednostek organizacyjnych nadzorowanych przez organy administracji rządowej. Zatem zgodnie ze wspomnianą delegacją ustawową Prezes Rady Ministrów może ustanowić centralnym zamawiającym gminę, powiat czy też samorząd województwa. Przepis ten uprawnia organ administracji rządowej do wyznaczenia centralnego zamawiającego spośród podmiotów należących do jednostek samorządu terytorialnego. Z uwagi jednak na fakt, że działalność omawianych jednostek regulują zupełnie odmienne przepisy, a wspomniane instytucje mają w rzeczywistości faktycznie nierzadko sprzeczne interesy, powoływanie w ten sposób centralnego zamawiającego wydaje mi się w praktyce mało realne. Nie sposób również pominąć wątpliwości, wynikających z zastosowania wykładni funkcjonalnej art. 15a ust.4 ustawy Pzp, o których wspomniałem już w niniejszej pracy. W moim przekonaniu w razie jednak wskazania centralnego zamawiającego przez Prezesa Rady Ministrów spośród jednostek samorządu terytorialnego podmiot taki byłby odpowiednikiem centralnej jednostki zakupującej, o której mowa w nowej dyrektywie klasycznej, a więc pełniłby rolę swego rodzaju centralnego zamawiającego *sensu stricto*.

Z kolei drugi przypadek możliwości powołania podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego na poziomie samorządu terytorialnego istnieje na podstawie art. 15c ustawy Pzp, który został wprowadzony w ramach nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. Zgodnie ze wspomnianym przepisem organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może, w drodze uchwały:

- 1) wskazać albo powołać podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego, albo określić sposób powoływania takich podmiotów,
 - 2) określić zakres działania tych podmiotów,
 - 3) oznaczyć zamawiających obowiązanych do nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego, udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwany przez centralnego zamawiającego,
 - 4) określić sposób współdziałania z centralnym zamawiającym
- mając na względzie zapewnienie większej efektywności, profesjonalizacji udzielania zamówień oraz zwiększenie konkurencji.

W razie powołania na poziomie samorządu terytorialnego podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego (zgodnie z art. 15c ustawy Pzp) nie ma podstaw, aby przyjąć, że jest to centralny zamawiający *sensu stricto*. Jest to bowiem jedynie podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego, którego na potrzeby niniejszej pracy można

by określić jako centralnego zamawiającego *sensu largo*. Wydaje się, że ustawodawca krajowy reguluje problematykę centralnego zamawiającego szerszej, niż wymaga tego nowa dyrektywa klasyczna, trudno jednak dopatrzeć się w tym zakresie sprzeczności pomiędzy ustawą Pzp a prawem UE.

Ustawodawca wskazał w omawianym artykule ustawy Pzp (art. 15c) cel, jaki powinien być osiągnięty w przypadku wyznaczenia przez organ samorządu terytorialnego centralnego zamawiającego. Cele te są w zasadzie zbieżne ze wskazanymi w rozdziale I pracy w zakresie agregowania zamówień. Jeżeli chodzi o zwiększenie efektywności czy też profesjonalizacji zamówień, to omawiane cele były już przyczyną agregowania zamówień przed nowelizacją ustawy Pzp, zarówno w Polsce, jak i w innych krajach UE. Interesujący jest natomiast wskazany cel powołania centralnego zamawiającego na poziomie samorządu terytorialnego, jakim jest zwiększenie konkurencji. Można mieć zasadnicze wątpliwości, czy powołanie omawianego podmiotu może przyczyniać się do zwiększenia konkurencji. Dotychczasowa praktyka pokazywała bowiem wielokrotnie, że zamówienia z udziałem centralnego zamawiającego eliminowały z możliwości złożenia oferty w postępowaniu MŚP. Przedmiotowe postanowienie ustawy Pzp zasługuje jednak na aprobatę. Jest to bowiem sformułowanie, którego zabrakło, jak już wspominałem powyżej, w odniesieniu do COAR. Wskazany przepis, pomimo znacznego stopnia ogólności, będzie miał niewątpliwie znaczenie przy dokonywaniu przez KIO lub sądy powszechne interpretacji przepisów ustawy Pzp w przypadku powstania sporu, czy dane postępowanie z wykorzystaniem określonego centralnego zamawiającego nie utrudniło dostępu do zamówienia dla MŚP.

W mojej ocenie, nie można wykluczyć, że poprzez powołanie centralnych zamawiających przez poszczególne jednostki samorządu terytorialnego nastąpi zwiększenie profesjonalizacji zamówień, a wskutek tego zostaną w postępowaniu postawione właściwe warunki udziału, zostanie dokonany podział zamówienia na części itd. Przyczyni się to w konsekwencji do zwiększenia konkurencji wśród wykonawców. Wyartykułowane przez ustawodawcę, w sposób wyraźny, omawiane cele powinny być zatem brane pod uwagę zarówno przez centralnych zamawiających przy konstruowaniu dokumentów przetargowych, jak i przez inne podmioty dokonujące wykładni przepisów ustawy Pzp, w odniesieniu do ewentualnych sporów powstałych na tym tle w zamówieniach publicznych, przeprowadzanych w samorządzie terytorialnym.

W odróżnieniu od art. 15a ust. 4 ustawy Pzp, na podstawie którego to Prezes Rady Ministrów wyznacza centralnego zamawiającego, w art. 15c podmiotem uprawnionym do

wskazania albo powołania tej instytucji jest organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego. Są nim rada gminy, rada powiatu oraz sejmik województwa. Ustawodawca powinien, w mojej ocenie, określić bardziej precyzyjnie dany organ jako organ stanowiący i kontrolny, a więc zgodnie z nazewnictwem ustaw samorządowych³⁵¹. Jednakże warto zwrócić uwagę, że w języku prawnym używa się w kontekście powyższych organów również określenia organ stanowiący³⁵². Być może w tym przypadku ustawodawca określił wspomniane podmioty jako organy stanowiące dla zaznaczenia ich roli stanowiącej w wyznaczaniu centralnego zamawiającego w odróżnieniu od roli kontrolnej, którą również pełnią. Moje wątpliwości budzi również zasadność powoływania centralnego zamawiającego przez organ kolegialny, który ma charakter *stricte* polityczny, i co do zasady nie zajmuje się tematyką zamówień publicznych. Właściwszym rozwiązaniem byłoby wskazanie organu wykonawczego jako podmiotu uprawnionego do powołania centralnego zamawiającego. Na przykładzie gminy można zauważyć, że to właśnie wójt, burmistrz, prezydent, a nie rada, zgodnie z art. 31 u.s.g., kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz, a zatem wydaje się, że jest również podmiotem, który powinien posiadać kompetencję wskazaną w art. 15c³⁵³. Bieżącymi są sprawy powtarzające się, wymagające stałego załatwiania³⁵⁴. W tym kontekście trzeba jednak zauważyć, że organ stanowiący może również określić sposób powoływania zamawiających wykonujących zadania centralnego zamawiającego, a zatem może w rzeczywistości częściowo scedować to uprawnienie na organ wykonawczy, określając sposób powoływania przez ten właśnie podmiot.

Z uwagi na fakt, że ustawodawca zdecydował się powierzyć organom kolegialnym kompetencję do wskazywania czy też powoływania podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego, takie działanie następuje w formie uchwały, która nie powinna mieć oczywiście statusu aktu prawa miejscowego. Również w tej formie należy określić zakres działania omawianego podmiotu, a więc ustalić, jakimi zamówieniami publicznymi będą objęte zamówienia scentralizowane. Kolejną istotną kwestią jest również wyznaczenie zamawiających (w tym wypadku w szczególności jednostek organizacyjnych utworzonych na danym poziomie samorządu terytorialnego) obowiązanych do nabywania określonych w uchwale zamówień od centralnego zamawiającego. Wydaje się, że w tym wypadku

³⁵¹ Por. art. 15 u.s.g., art. 9 u.s.p., art. 16 u.s.w.

³⁵² Por. np. art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2017 r. poz. 827).

³⁵³ Por. wykładnię art. 31 u.s.g. dokonaną przez NSA w uchwale z dnia 13 listopada 2012 r., I OPS 3/12, Orzecznictwo NSA i WSA z 2013 r., nr 2, poz. 21.

³⁵⁴ Por. A. Skoczylas, [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), J. Dominowska, K. Jaroszyński, W. Piątek, A. Skoczylas, W. Sawczyn, Ł. Złakowski, Warszawa 2011, s. 388.

zastosowanie znajdzie wspomniany już w niniejszej pracy art. 4 pkt 11 ustawy Pzp, na mocy którego poszczególni zamawiający mogą nabywać dostawy, usługi lub roboty budowlane od centralnego zamawiającego bez konieczności stosowania ustawy Pzp. Interesujące jest, że organ stanowiący i kontrolny może w uchwale oznaczyć również zamawiających zobowiązanych do udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanych przez centralnego zamawiającego. Wspomniany akt prawny może więc zobowiązywać poszczególnych zamawiających do stosowania wielu form agregacji zamówienia. Wydaje się, że zagregowanie np. na poziomie gminy zamówienia, poprzez obowiązek nabywania zamówień od centralnego zamawiającego, dodatkowo w ramach umowy ramowej może utrudnić dostęp do danego rynku wielu lokalnym wykonawcom, szczególnie tym o najmniejszym potencjale. Wspomniane formy agregowania zamówień, zwłaszcza w poszczególnych samorządach, powinny być zatem stosowane z dużą ostrożnością. O ile bowiem centralizacja zakupów dokonywana poprzez COAR jest zrozumiała zarówno ekonomicznie, jak i przede wszystkim organizacyjnie, o tyle w ramach poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego można mieć zasadnicze wątpliwości, czy nadmierna centralizacja zakupów nie utrudni, a może nawet nie pozbawi dostępu do rynku wielu mniejszych, lokalnych wykonawców.

Na marginesie należy również zwrócić uwagę, że w orzecznictwie sądów administracyjnych słusznie rozróżnia się współdziałanie gminy i jej jednostek organizacyjnych na podstawie art. 10–10d u.s.g. od ustanowienia centralnego zamawiającego na podstawie art. 15c ustawy Pzp. W jednym z wyroków wskazano, że wojewoda zasadnie stwierdził rozstrzygnięciem nadzorczym nieważność uchwały rady miejskiej, która powierzyła jednostce organizacyjnej gminy przygotowywanie postępowań na zakup usług, dostaw i robót budowlanych. Zdaniem WSA w Gliwicach rada gminy, jako organ stanowiący i kontrolny, nie posiada upoważnienia do przekazywania w trybie i na zasadach określonych w przepisach art. 10–10d u.s.g. podległej gminie jednostce zadań z zakresu dokonywania zamówień publicznych. Żeby podległa jednostka mogła wykonywać czynności na rzecz gminy w zakresie prawa zamówień publicznych, organ stanowiący i kontrolny powinien przede wszystkim powołać się na przepisy ustawy Pzp, jako *lex specialis* w stosunku do ustawy o samorządzie gminnym. W przypadku ustanowienia wspomnianej jednostki centralnym zamawiającym samorządowym uchwała rady powinna być podjęta na podstawie art. 15c ust. 1 ustawy Pzp oraz musi zawierać

wszelkie wymogi określone dla tego artykułu ustawy³⁵⁵. To orzeczenie pokazuje, jak istotne są szczegółowe postanowienia uchwał podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, zwłaszcza w kontekście ewentualnego stwierdzenia ich nieważności przez organ nadzoru.

Warto również na marginesie dodać, że ustawodawca z dniem 1 stycznia 2016 r. znowelizował na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw³⁵⁶ wszystkie trzy ustrojowe ustawy samorządowe w celu uporządkowania zasad organizowania przez jednostki samorządu terytorialnego wspólnej obsługi administracyjnej finansowej i organizacyjnej jednostek przez nie obsługiwanych. Obecnie zarówno gminy, powiaty, jak i samorządy województwa mogą powoływać „centra usług wspólnych”, organizując wspólną realizację usług, w tym w szczególności administracyjnych, kadrowo-płacowych i finansowych³⁵⁷. Należy jednak pamiętać o wyżej wspomnianym rozróżnieniu na wspólne organizowanie usług na podstawie tzw. ustaw samorządowych oraz realizacji zadań centralnego zamawiającego zgodnie z ustawą Pzp. Ustawodawca ograniczył bowiem w powyżej wspomnianych samorządowych aktach prawnych możliwość cedowania na „centra usług wspólnych” kompetencji kierowników jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych (kierowników zamawiającego). Przykładowo, zgodnie z art. 10c u.s.g. zakres wspólnej obsługi nie może obejmować kompetencji kierowników jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych do dysponowania środkami publicznymi oraz zaciągania zobowiązań, a także sporządzania i zatwierdzania planu finansowego oraz przeniesień wydatków w tym planie. Słusznie podnosi się bowiem, że „dla systemu finansów publicznych ważne jest, kto i na jakich zasadach odpowiada za sprawy majątkowe w jednostce. Rozproszenie kompetencji w tym zakresie z pewnością nie przyczyniłoby się do usprawnienia działania jednostki obsługiwanej”³⁵⁸.

Z kolei trzecia możliwość powołania omawianej instytucji w samorządzie terytorialnym została przewidziana w przywoływanym już art. 16 ust. 4 ustawy Pzp. Nie jest to jednak centralny zamawiający w ścisłym znaczeniu. Ustawodawca nie używa, w przeciwieństwie do art. 15c ustawy Pzp, w odniesieniu do art. 16 ust. 4 ustawy Pzp sformułowania „centralny zamawiający”. We wskazanej podstawie prawnej umocowano organ wykonawczy jednostki

³⁵⁵ Por. WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt I SA/GI 68/17, Legalis nr 1597789.

³⁵⁶ Dz.U. z 2015 r. poz. 1045.

³⁵⁷ Por. H. Goska P. Horelik, W. Lachiewicz, A. Pawlikowska, P. Walczak, J. Pawelec, B. Pietrzak, red. E. Skurcza, *Uchwały i zarządzenia organów samorządu terytorialnego dotyczące spraw finansowych*, rozdział XIII pkt 1.3, wyd. 4, 2016, Legalis.

³⁵⁸ Tak. B. Jakacka-Sitek, *Pełnomocnictwa i upoważnienia w sektorze publicznym. Wzory dokumentów z wyjaśnieniami*, rozdział IV, podrozdział 4.2, wyd. 2, 2016, Legalis.

samorządu terytorialnego do wyznaczenia jednostki organizacyjnej spośród podległych podmiotów, która będzie właściwa do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek. W tym wypadku słusznie wskazano, że podmiotem uprawnionym do wyznaczania tego *quasi*-centralnego zamawiającego jest organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Aktualność zachowują bowiem tu wątpliwości podkreślone wcześniej w odniesieniu do art. 15c ustawy Pzp, a dotyczące przyznania uprawnienia do powoływania centralnego zamawiającego dla organów stanowiących i kontrolnych.

5.5. Centralny zamawiający posiadający siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej

Na podstawie art. 15d ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może korzystać z usług centralnego zamawiającego posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Usługi te podlegają przepisom obowiązującym w tym państwie członkowskim.

Ustawodawca krajowy uwzględnił zatem w ramach nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. konieczność wprowadzenia do ustawy Pzp zasady, która została transponowana wprost z nowej dyrektywy klasycznej, a która przewiduje, że państwa członkowskie nie mają prawa zakazać swoim instytucjom zamawiającym korzystania ze scentralizowanych działań zakupowych realizowanych przez centralne jednostki zakupujące znajdujące się w innym państwie członkowskim. Warto jednak zwrócić uwagę, że skutek powyżej wskazanej zmiany ustawy Pzp, nie wprowadzono (w odniesieniu do działań zakupowych realizowanych przez centralną jednostkę zakupującą znajdującą się w innym państwie członkowskim niż instytucja zamawiająca) ograniczenia możliwości, aby zamawiający mogli korzystać jedynie ze scentralizowanych działań zakupowych określonych w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. a) lub b) nowej dyrektywy klasycznej. Oznacza to, że nie wprowadzono w ustawie Pzp ograniczenia do korzystania ze scentralizowanych działań zakupowych, które polegają na prowadzeniu działań w trybie ciągłym w jednej z następujących form: nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających; udzielania zamówień publicznych lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających. Powyższe działanie należy jednak uznać za prawidłowe, jeżeli chodzi o zakres implementacji, albowiem nowa dyrektywa klasyczna wskazuje jedynie na uprawnienie, a nie obowiązek poszczególnych państw członkowskich do wprowadzenia przedmiotowego ograniczenia w ustawach krajowych. Ustawodawca dopuścił również korzystanie z

pomocniczych działań zakupowych realizowanych przez centralnych zamawiających, których siedziby znajdują się w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Z treści art. 15d ustawy Pzp wynika przede wszystkim, że zamówienia transgraniczne mogą być realizowane za pośrednictwem centralnego zamawiającego posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Skorzystanie z tej instytucji prawnej może polegać na wyznaczeniu przez kilku zamawiających z poszczególnych państw członkowskich centralnego zamawiającego, który przeprowadzi postępowanie w jednym z trzech przypadków wskazanych w art. 15b ust. 1 ustawy Pzp. Chodzi zatem o wspomniane wcześniej nabywanie dostaw lub usług z przeznaczeniem dla zamawiających; udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla zamawiających oraz pomocnicze działania zakupowe. Rola centralnego zamawiającego może zatem zgodnie z ustawą Pzp polegać zarówno na np. nabyciu usług z przeznaczeniem dla poszczególnych zamawiających, jak też jedynie na doradztwie dotyczącym przeprowadzania lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia (w przypadku pomocniczych działań zakupowych).

Regulacje ustawy Pzp dopuszczają wprost, aby w ramach jednego postępowania doszło do agregacji zamówienia na dwóch lub więcej płaszczyznach. Zamówienie może zostać mianowicie zagregowane poprzez skorzystanie z możliwości dokonania zamówienia transgranicznego. Po drugie, skumulowanie wartości zamówienia może nastąpić np. poprzez zawarcie, w ramach postępowania transgranicznego, umowy ramowej. W przypadku zatem wystąpienia w praktyce szerszego korzystania przez zamawiających z ww. możliwości prawnych, w ramach jednego postępowania, powstają wątpliwości odnośnie do realnego umożliwienia dostępu do rynku zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw, co jest przecież bezsprzecznie jednym z naczelných celów wprowadzenia nowych uregulowań w prawie UE. Sektor MŚP może mieć bowiem utrudniony dostęp do zamówienia (np. poprzez brak możliwości spełniania warunków w zakresie posiadania określonej sytuacji finansowej z uwagi na powiązanie wymogów co do rocznego obrotu wykonawcy w odniesieniu do wartości zamówienia) z uwagi na jego nadmierną agregację. Szczególnie ważne jest więc przestrzeganie przez omawiane podmioty reguł podziału zamówienia na części, które wynikają z nowej dyrektywy klasycznej i ustawy Pzp. Problematyka podziału zamówienia na części jest bowiem jednym z najistotniejszych zagadnień w zakresie umożliwienia dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP. W przypadku korzystania z centralnego zamawiającego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim UE wydaje się, że podział zamówienia na części będzie w praktyce obligatoryjnym elementem postępowania, albowiem w przeciwnym razie

należałoby przyjąć, że ma miejsce wspólne, niepodzielne zamówienie transgraniczne, co może być przypadkiem niezwykle rzadkim.

Według mnie nie jest wysoce prawdopodobne, aby zamówienia transgraniczne stały się bardzo szeroko stosowanym narzędziem prawnym, nawet pomimo zasadniczego uregulowania przedmiotowej kwestii w dyrektywie oraz ustawie Pzp. Większe znaczenie zdaje się mieć bowiem, póki co, kwestia odmiennych porządków prawnych oraz odrębnej praktyki przyjęta w poszczególnych państwach członkowskich, które to różnice nie skłaniają instytucji zamawiających do podejmowania szerokiej współpracy w tym zakresie. Wydaje się jednak, że zamówienia transgraniczne będą częściej stosowane, poprzez wspólne udzielanie zamówień przez zamawiających z poszczególnych państw członkowskich bez wykorzystania instytucji centralnego zamawiającego. Do takiego wniosku prowadzić może fakt, że wspólne udzielanie zamówień transgranicznych następuje przeważnie poprzez uzgodnienia pomiędzy zainteresowanymi danym zagadnieniem stronami, a zatem pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi. Centralny zamawiający jest z kolei podmiotem, który w obrębie danego państwa członkowskiego przeprowadza postępowania, przynosząc wymierne korzyści ekonomiczne oraz organizacyjne podległym jednostkom. Ponadto wspólne udzielenie zamówień transgranicznych bez udziału centralnego zamawiającego może dawać wiele korzyści partycypującym w tym przedsięwzięciu stronom, o czym szczegółowo jest mowa w kolejnym rozdziale opracowania.

Wracając do problematyki regulacji przyjętych w krajowej ustawie Pzp, dotyczących centralnego zamawiającego w wymiarze transgranicznym, należy stwierdzić, że w wyniku dokonanej implementacji nowej dyrektywy klasycznej w ust. 2 art. 15d ustawy Pzp wskazano, iż do udzielania zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów realizowanym przez centralnego zamawiającego, o którym mowa w ust. 1, lub udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez takiego centralnego zamawiającego stosuje się przepisy obowiązujące w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym siedzibę posiada ten zamawiający. Ustawodawca ujął zatem w tym przepisie oczywistą regułę kolizyjną mającą sprawić, że będzie można skutecznie realizować powierzone zadania. W razie bowiem przyjęcia, że centralny zamawiający ma opierać się na podstawie np. prawa państwa członkowskiego, z którego pochodzi większość zamawiających, na rzecz których działa, omawiany przepis art. 15d ustawy Pzp byłby zapewne „martwy”, jeżeli chodzi o możliwość stosowania.

Kolejną podstawową kwestią, wynikającą z przyjętej regulacji w art. 15d ustawy Pzp jest zasada, zgodnie z którą do usług realizowanych przez centralnego zamawiającego w

ramach zamówień transgranicznych stosuje się przepisy obowiązujące w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym siedzibę ma centralny zamawiający. Również w tym wypadku wskazano jednoznacznie na wybór prawa właściwego, dotyczący zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów lub udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej, zawartej przez centralnego zamawiającego. Oznacza to, iż przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp wprowadzają regułę, zgodnie z którą prawem właściwym dla danego postępowania transgranicznego jest prawo kraju, w którym ma siedzibę centralna jednostka zakupująca. Zasada ta została wprowadzona do ustawy Pzp z uwagi na tożsame postanowienia dyrektywy w tym zakresie. Dodać należy, że wybór prawa właściwego nie powinien prowadzić do sytuacji, w której centralna jednostka zakupująca stosuje przepisy państwa członkowskiego, które w sposób nieprawidłowy wdrożyło postanowienia dyrektywy. W takim bowiem przypadku, doszłoby do niezgodnego z prawem stosowania przepisów przez zamawiających z państw członkowskich na rzecz których działa wspomniana centralna jednostka zakupująca.

Wydaje się, że ograniczeniem w stosowaniu przez zamawiających art. 15d ustawy Pzp, może być w szczególności art. 15a ust.5 ustawy Pzp, na mocy którego Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, może, w drodze zarządzenia, polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie od wyznaczonego przez siebie podmiotu określonych rodzajów zamówień. W taki przypadku zamawiający zobowiązani są bowiem do nabywania określonych zamówień od podmiotu wyznaczonego w trybie art. 15a ust.5 ustawy Pzp, a nie do korzystania w tym zakresie z usług podmiotu, posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim UE.

6. Uwagi końcowe

Jeżeli chodzi o podsumowanie problematyki centralnego zamawiającego w ustawie Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., to ocenę zagadnienia dobrze oddaje następujący pogląd wyrażony w piśmiennictwie: „niejasna prawnie rola centralnego zamawiającego oraz brak szczegółowych unormowań w zakresie stosunków prawnych pomiędzy centralnym zamawiającym a innymi zamawiającymi nie najlepiej wróży idei obniżenia cen, która przyświecała twórcom centralnego zamawiającego w polskim prawie. Zresztą podobne założenia przyjęli autorzy odpowiednich zapisów w dyrektywach unijnych. Jak wskazują doświadczenia z dokonywania wspólnych zakupów, efekt skali zakupu rzeczywiście ma wpływ na obniżanie ceny. Jednak z drugiej strony skala zakupów utrudnia, a czasami wręcz uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia małym i średnim przedsiębiorstwom. Takie ograniczenie konkurencji przynosi efekt odwrotny od

zamierzonego”³⁵⁹. W pełni podzielam pogląd wyrażony w powyższej tezie. Trudno oprzeć się wrażeniu, że instytucja centralnego zamawiającego, w brzmieniu obowiązującym w latach 2006–2016, miała za zadanie służyć w zasadzie wyłącznie zamawiającym, jako stronom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zagregowanie zamówienia mogło niewątpliwie utrudniać dostęp do rynku zamówień dla wykonawców, zwłaszcza z sektora MŚP. Skupienie w ramach jednego postępowania „potrzeb wielu zamawiających” nie sprzyjało możliwościom udziału w nim mniejszych podmiotów. Niewątpliwie natomiast pozytywnym aspektem omawianych zamówień mogło być obniżenie kosztów postępowania i jego usprawnienie organizacyjne. Były to jednak dotychczas okoliczności powodujące, że dana instytucja spełniała prawidłowo swoją rolę w systemie prawnym. Taka teza może być uznana za słuszną, jeśli dokonuje się analizy omawianej kwestii jedynie od strony zabezpieczenia interesów zamawiającego.

Obecnie centralny zamawiający, jako instytucja, został zdefiniowany i uszczegółowiony w ustawie Pzp, z uwagi na konieczność implementacji postanowień nowej dyrektywy klasycznej. Aprobata wymaga określenia ustawowych praw i obowiązków w zakresie powoływania centralnego zamawiającego zarówno na poziomie samorządu terytorialnego, jak i rządowym. Instytucja ta została implementowana poprawnie przy jednocześnie szerszym, niż tego wymaga nowa dyrektywa klasyczna, uregulowaniu omawianej problematyki. Jeżeli chodzi o wpływ nowych przepisów na zastosowanie centralnego zamawiającego w praktyce, to należy zauważyć, że na poziomie rządowym COAR (poprzednio pod nazwą CUW) oraz centralni zamawiający resortowi byli już organizatorami postępowań przed nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. W tym zatem przypadku nie należy spodziewać się radykalnych zmian w częstotliwości, czy też zakresie zastosowania tej instytucji. Odmienne może być w sytuacji powołania centralnego zamawiającego w samorządzie terytorialnym. Szczegółowe unormowanie art. 15c ustawy Pzp może zachęcić ograny stanowiące i kontrolne poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego do podejmowania uchwał w zakresie wskazania centralnego zamawiającego. Może to być spowodowane przede wszystkim celem, jakim jest uzyskanie niższych kosztów i dokonanie profesjonalizacji zakupów. Obawiam się jednak, że centralizacja zamówień może w tym wypadku odbywać się wielokrotnie ze szkodą po stronie lokalnych wykonawców należących do MŚP. Zamawianie przez centralnego zamawiającego zestandaryzowanych usług, dostaw czy też robót budowlanych łącznie, np. dla wszystkich jednostek w danej gminie, może utrudnić

³⁵⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, art.15a, 2015.

uzyskanie danego zamówienia najmniejszym wykonawcom. Proces ten powinien być zatem monitorowany przez właściwe organy administracji publicznej, w tym w szczególności przez Prezesa UZP.

Rozdział V Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia

1. Uwagi ogólne

Kolejnym sposobem agregowania zamówień wprowadzonym do polskiego porządku prawnego jest wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielanie zamówienia przez zamawiających. Metoda ta została uregulowana w pierwotnym brzmieniu ustawy Pzp, a zatem, w przeciwieństwie np. do centralnego zamawiającego, jeszcze przed wejściem Polski do Unii Europejskiej.

Przedmiotowe zagadnienie nie zostało natomiast ujęte w ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Można postawić tezę, że wówczas w razie wspólnego przeprowadzania postępowania przez zamawiających i wspólnego udzielania zamówienia takie działanie mogłoby być uznane za niezgodne z prawem, biorąc pod uwagę zasadę legalizmu, zgodnie z którą w szczególności jednostki sektora finansów publicznych powinny działać na podstawie przepisów prawa³⁶⁰. Z drugiej jednak strony, w mojej ocenie bardziej zasadnym wydaje się, że biorąc pod uwagę, iż współpraca jednostek w tym zakresie miała (ma nadal) charakter cywilnoprawny (a nie polegała np. na wydawaniu decyzji administracyjnych), wspólne udzielanie zamówienia można byłoby uznać ówczas za dopuszczalne.

Wspólne udzielanie zamówień było (jest również nadal) sposobem agregowania zamówienia, a w razie stosowania tej instytucji jego wartością jest łączna wartość zamówień wszystkich zamawiających w ramach danego postępowania. W literaturze przedmiotu wskazano nawet, że „komentowana instytucja jest przecież niczym innym, jak swoistym konsorcjum nie mniej niż dwóch zamawiających”³⁶¹. Podobnie jak w zakresie konsorcjum ustanowionego przez wykonawców, współpraca zamawiających może mieć znaczenie zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i jego realizacji. W przeciwieństwie jednak do współpracy wykonawców, ustawa Pzp nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności podmiotów wspólnie przeprowadzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego³⁶². W piśmiennictwie wskazywano jednak, co następuje: „zważywszy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana jest w imieniu i na rzecz wszystkich wspólnie zamawiających, to również wszyscy wspólnie (solidarnie) zamawiający są odpowiedzialni za jej wykonanie w szczególności w zakresie odpowiedzialności względem

³⁶⁰ Por. postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2005 r., sygn. akt WK 22/04, w którym odniesiono się do problematyki zasady legalizmu wynikającej z art. 7 Konstytucji, Legalis nr 67742, nadto: P. Tuleja, [w:] M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), P. Tuleja i in., *Konstytucja RP*, t. I, Komentarz do art. 7, Warszawa 2016, Legalis.

³⁶¹ M. Bubnowski, *Ustawa prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 16, Warszawa 2007, Legalis.

³⁶² Por. art. 141 ustawy Pzp stanowiący o solidarnej odpowiedzialności wykonawców.

wykonawcy za zapłatę należnego mu wynagrodzenia”³⁶³. Można by uznać wspomniany pogląd za słuszny wyłącznie jednak z zastrzeżeniem, że owa solidarność wynikała wprost z czynności prawnej, a zatem z umowy zawartej pomiędzy zamawiającymi.

Należy zaznaczyć, że problematyka wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielania zamówienia nie była w zasadzie zmieniana w okresie od jej uchwalenia w 2004 r. aż do nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. Co prawda w międzyczasie zmianie uległ art. 16 ustawy Pzp, ale nowelizacja miała związek z wejściem w życie przepisów dotyczących instytucji centralnego zamawiającego i wprowadzeniem jej do art. 15a ustawy Pzp. W związku z tym, na mocy nowelizacji ustawy Pzp, ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r., uchylono art. 16 ust. 2 ustawy Pzp, który pozwalał Prezesowi Rady Ministrów wyznaczyć (w drodze zarządzenia) spośród jednostek organizacyjnych podlegających mu jednostkę organizacyjną, która przeprowadzi postępowanie i udzieli zamówienia na rzecz większej liczby jednostek. Dodatkowo, dokonano zmian w ust. 3 przedmiotowego artykułu, rozszerzając kompetencje ministra kierującego działem administracji rządowej³⁶⁴.

Jeżeli chodzi o *ratio legis* wprowadzonej, ustawowej możliwości wspólnego przeprowadzania postępowania i udzielania zamówienia w krajowym porządku prawnym, to w piśmiennictwie zauważono, że „uzasadnieniem dla wspólnego przeprowadzania postępowania i udzielenia zamówienia przez zamawiających może być cel uzyskania lepszych warunków na rynku. Oczywiście rzeczą jest, że im więcej usług dostaw czy robót budowlanych zamawiają zamawiający, tym niższe ceny mogą uzyskać. Jednak należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt potwierdzający słuszność decyzji o wspólnych zamówieniach. Ogromną rolę odgrywają sprawy techniczne, np. ujednolicenie systemu komputerowego dla wielu jednostek. I tu można zauważyć podobieństwo do zamówień prowadzonych przez centralnego zamawiającego – podobieństwo w osiągnięciu celu”³⁶⁵. Słusznie zwrócono zatem uwagę na analogiczność sposobu agregowania zamówienia w postaci wspólnego ich udzielania z instytucją prawną centralnego zamawiającego. Oprócz wyżej wspomnianych spraw technicznych, których ujednolicenie jest istotne, warto również wspomnieć o efekcie skali i obniżeniu kosztów postępowania, które to zagadnienia są równie ważne dla obydwu metod agregowania zamówień.

³⁶³ W. Ługowski, *Wspólne udzielanie zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 6, s. 11.

³⁶⁴ Wprowadzono dodatkowo m.in. możliwość polecenia przez ministra jednostkom, na rzecz których nabywane są określone rodzaje zamówień, zaopatrywania się w produkty lub usługi od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz możliwość polecenia udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego.

³⁶⁵ T. Kluszczyńska, *Centralny Zamawiający...*, s. 11.

Na marginesie należy zaznaczyć, że odmiennie mogły dotychczas prezentować się natomiast zagrożenia w dostępie do zamówień dla wykonawców, w tym MŚP, w zależności od zastosowanej techniki agregacji. W przypadku bowiem zamówień przeprowadzanych i udzielanych wspólnie zupełnie oczywisty wydaje się wcześniejszy podział zamówienia na części, dotyczące poszczególnych zamawiających. Natomiast w razie udzielania zamówienia przez centralnego zamawiającego bardziej prawdopodobne było zaistnienie sytuacji, w której centralny zamawiający zawiera umowę, stając się jej stroną, po czym na podstawie art. 4 pkt 11 ustawy Pzp przekazuje nabyte produkty zamawiającym, na potrzeby których działał. Mogło to oznaczać, że brak było zasadności podziału zamówienia na części (na etapie prowadzonego postępowania), albowiem część nabytych w ramach zamówienia produktów centralny zamawiający mógł przekazywać zgodnie z zawartym z zamawiającymi porozumieniem, a nie z ustalonym dla wykonawców podziałem zamówienia. Kwestia ta mogła mieć natomiast zasadnicze znaczenie dla możliwości spełnienia warunków postępowania, które (w razie braku podziału zamówienia na części) powinny się odnosić do łącznej wartości zamówienia. Bezsprzeczny jest również fakt, że brak podziału zamówienia na części nie był bez znaczenia, jeżeli chodzi o utrudnianie dostępu do zamówienia dla MŚP poprzez np. znaczną wysokość wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W inny sposób natomiast różnicę pomiędzy udzielaniem zamówień przez centralnego zamawiającego a wspólnym udzielaniem zamówień przez zamawiających wskazano w piśmiennictwie. Zauważono bowiem, że „o ile instytucję centralnego zamawiającego można określić mianem łączności podmiotowej w procedurze zamówień publicznych, o tyle instytucję udzielenia zamówienia wspólnego przez dwóch lub więcej zamawiających należy określić jako instytucję łączności przedmiotowej. W ramach tej instytucji chodzi o to, że dwóch lub więcej zamawiających może udzielić zamówienia po przeprowadzeniu jednego postępowania i podpisaniu jednej umowy, przy czym wyznaczają oni wówczas spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Umowę o roboty budowlane, dostawy lub usługi zawiera wówczas zamawiający upoważniony. Zawarcie takiej umowy (porozumienia) nie oznacza, że mamy tu do czynienia tylko z jednym zamawiającym, gdyż umowa taka nie może pozbawić jej stron statusu zamawiających”³⁶⁶. Co interesujące, jest to częściowo odmienny, w porównaniu z zastosowanym przeze mnie, podział, albowiem na potrzeby niniejszego opracowania zarówno

³⁶⁶ S. Babiarz, *Komentarz...*, s. 165.

zamówienia z udziałem centralnego zamawiającego, jak i wspólne udzielanie zamówień przez kilku zamawiających określiłem jako agregowanie zamówień w znaczeniu podmiotowym.

Jeżeli chodzi o przepisy unijne, to przyjmuje się, że wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielanie zamówień, choć wprost nieuregulowane, było już dopuszczalne na mocy dyrektyw unijnych, wydanych w latach 90. XX w. Nie była to jednak odrębna, wyróżniona w dyrektywach technika agregowania zamówień. Dopuszczalność wspólnego przeprowadzania postępowania i udzielania zamówień została, podobnie jak w przypadku tzw. zamówień transgranicznych, wyartykułowana przez orzecznictwo ETS, który wskazał, że „porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację obiektu budowlanego, stanowi zamówienie na roboty publiczne w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54) zmienionej przez dyrektywę Parlamentu europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. bez względu na to, czy przewiduje ono, że pierwsza instytucja zamawiająca jest lub będzie właścicielem całości lub części tego obiektu czy też nie”³⁶⁷. W tym samym wyroku podniesiono również, iż „przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla celów art. 6 dyrektywy 93/37 zmienionej przez dyrektywę 97/52 należy wziąć pod uwagę całkowitą wartość zamówienia na roboty budowlane z punktu widzenia potencjalnego oferenta, co obejmuje nie tylko całość kwot, jakie będzie musiała zapłacić instytucja zamawiająca, ale również wszystkie inne kwoty pochodzące od osób trzecich”. Wspólne udzielanie zamówień, pomimo iż nieuregulowane w sposób wyraźny w dyrektywie 2004/18/WE, było również prawnie dopuszczalne. Jako instrument prawny służący agregowaniu zostało ujęte wprost w prawie UE dopiero wraz z wejściem w życie nowej dyrektywy klasycznej.

2. Wspólne udzielanie zamówień transgranicznych w nowej dyrektywie klasycznej

Jednym z przypadków wspólnego udzielania zamówień, uregulowanego w nowej dyrektywie klasycznej, są zamówienia transgraniczne prowadzone przez zamawiających z poszczególnych państw członkowskich UE. Taka możliwość została dopuszczona wprost dopiero we wspomnianym akcie prawnym. Również w dyrektywie 2004/18/WE nie było przeszkód prawnych do przeprowadzania postępowań przez zamawiających z poszczególnych państw członkowskich UE, jednakże dopiero w obecnym kształcie obowiązujących przepisów kwestia

³⁶⁷ Wyrok ETS z dnia 18 stycznia 2007 r., sprawa C-220/05, Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne, ECLI:EU:C:2007:31.

ta została wskazana wprost. W piśmiennictwie już w zakresie poprzednio obowiązujących postanowień podnoszono jednak, że istnieje szereg problemów związanych m.in. z niejednolitymi regulacjami w poszczególnych państwach członkowskich. Przykładowo zauważono, „że sposób i zakres implementacji w poszczególnych państwach członkowskich potrafi znacznie się różnić, co utrudnia prowadzenie transgranicznych procedur przetargowych. O ile przy zamówieniach o wartości powyżej progów unijnych, podstawę prawną tworzą przepisy dyrektyw, o tyle przy zamówieniach o wartości podprogowej państwa członkowskie posiadają bardzo odmienne regulacje. W chwili obecnej pojawiają się postulaty konieczności podjęcia dyskusji nad przyszłością prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej również w aspekcie samego procesu ustanawiania przepisów tego prawa, a dokładniej jego źródeł: wyboru między dyrektywami a rozporządzeniami”³⁶⁸. Również przeprowadzane badania naukowe wskazywały, że przeszkody natury administracyjnej na poziomie poszczególnych państw członkowskich (rozbieżność przepisów) są jednym z głównych hamulców w prowadzeniu współpracy transgranicznej³⁶⁹.

Jeżeli chodzi o genezę powstania obecnie obowiązujących przepisów, to należy zauważyć, że w trakcie prac nad nowymi uregulowaniami, dotyczącymi zamówień publicznych na poziomie UE, również Komisja Europejska zauważyła, iż „wspólne udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich napotyka obecnie wyjątkowe trudności prawne, dotyczące w szczególności konfliktów ustawodawstw krajowych. Mimo że dyrektywa 2004/18/WE w sposób domyślny dopuszcza wspólne transgraniczne udzielanie zamówień publicznych, w praktyce szereg krajowych systemów prawnych w sposób wyraźny lub domyślny powoduje, że wspólne transgraniczne udzielanie zamówień jest pod względem prawnym wątpliwe lub niemożliwe. Instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich mogą być zainteresowane współpracą i wspólnym udzielaniem zamówień publicznych w celu maksymalnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego pod względem korzyści skali oraz podziału ryzyka i korzyści, między innymi w przypadku innowacyjnych projektów charakteryzujących się wyższym ryzykiem niż racjonalnie możliwe do zaakceptowania przez pojedynczą instytucję zamawiającą”³⁷⁰. Komisja wskazała więc, że w tym wypadku agregowanie zamówień poprzez kumulowanie instytucji zamawiających w ramach jednego postępowania ma na celu podział ryzyka pomiędzy poszczególnymi

³⁶⁸ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, s. 9.

³⁶⁹ Por. *EUROPEAN BUSINESS TEST PANEL (EBTP) Cross-border public procurement*, s. 2, http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2011/cross-border-public-procurement/report_en.pdf.

³⁷⁰ Wniosek Komisji Europejskiej KOM(2011) 896..., s. 22.

zamawiających, jak również wykorzystanie potencjału rynku wewnętrznego pod względem korzyści skali, co oznacza, iż w ramach zsumowanego zamówienia instytucje zamawiające mają możliwość uzyskania oferty korzystniejszej ekonomicznie. Istotnym aspektem jest również fakt, że w ocenie Komisji Europejskiej zamówienia transgraniczne powinny służyć zamówieniom o charakterze innowacyjnym (np. z zakresu nowych technologii), albowiem w przypadku takich zamówień wzrastające ryzyko (np. niewłaściwie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia) może zostać podzielone na poszczególne podmioty zamawiające. W przeciwieństwie zatem np. do dynamicznego systemu zakupów, ta metoda agregowania zamówienia jest adekwatna w stosunku do zamówień o bardziej skomplikowanym przedmiocie. Zauważono również, że „współpraca transgraniczna między instytucjami zamawiającymi z różnych państw członkowskich mogłaby przyczynić się do dalszej integracji rynków zamówień, sprzyjając scalaniu rynków europejskich ponad granicami krajowymi i tworząc tym samym realną, konkurencyjną w skali międzynarodowej bazę przemysłową Europy”³⁷¹.

Tak więc wydaje się, że w tym wypadku instytucja prawna zamówień transgranicznych została wprowadzona z uwagi m.in. na konieczność ułatwienia współpracy pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi z różnych państw członkowskich³⁷². Taki kierunek działań prawodawczych w prawie UE należy ocenić pozytywnie, albowiem przejrzystość regulacji w wymiarze transgranicznym sprzyja rozwojowi współpracy międzynarodowej, co może niewątpliwie przyczyniać się do wzrostu gospodarczego poszczególnych państw członkowskich.

Przechodząc do szczegółowej analizy problematyki omawianych zamówień, należy stwierdzić, że możliwość współpracy transgranicznej reguluje art. 39 nowej dyrektywy klasycznej, który jednoznacznie dopuszcza wspólne działanie instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich w procesie udzielania zamówień publicznych. Jeżeli chodzi o formę prawną instytucji zamawiających z poszczególnych państw członkowskich, to

³⁷¹ *Zielona Księga...*, s. 25–26.

³⁷² Warto zaznaczyć, że katalog instytucji zamawiających mogących współpracować transgranicznie jest bardzo szeroki. Przykładowo zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 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. W dużej mierze to państwa członkowskie poprzez ustawodawstwa krajowe decydują, czy dany podmiot należy zaliczyć np. do władz lokalnych. W znacznym jednak zakresie, jeżeli chodzi o wykładnię poszczególnych pojęć zawartych w ww. artykule dyrektywy, należy kierować się tu orzecznictwem ETS (a obecnie TSUE). W tym kontekście por. np. wyrok ETS z dnia 2 grudnia 1999 r., C-176/98, *Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari*, Zb. Orz. 1999, s. I-8607; wyrok ETS z dnia 11 czerwca 2009 r., C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg*, Zb. Orz. 2009, s. I-4779; wyrok ETS z dnia 13 grudnia 2007 r., C-337/06, *Bayerischer Rundfunk i inni v. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, Zb. Orz. 2007, s. I-11173.

dyrektywa nie przewiduje w tym wypadku ograniczeń. Możliwa jest zatem współpraca pomiędzy np. jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem administracji rządowej. Podkreślenia wymaga natomiast, że prawodawca unijny przewiduje szereg innych ograniczeń, związanych z prowadzeniem tych postępowań.

Szczególną uwagę zwraca się mianowicie na podkreślenie zasady, że zamawiający nie mają prawa do korzystania z procedur transgranicznych w celu unikania obowiązkowych przepisów prawa publicznego zgodnych z prawem unijnym, którym podlegają w swoim państwie członkowskim. Zasada ta została wyrażona zarówno w art. 39, jak i motywie 73 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej. Obowiązuje zatem zasada analogiczna do reguły statuującej zakaz dzielenia (lub zgodnie z obecnym brzmieniem ustawy Pzp – zakaz zaniżania wartości) zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych. Innymi słowy, zamawiający nie powinien korzystać z procedury transgranicznej, wybierając stosowanie przepisów w innym państwie członkowskim, wyłącznie w celu uniknięcia stosowania obowiązkowych przepisów prawa publicznego zgodnych z prawem unijnym, któremu podlega w swoim państwie członkowskim. Przykładowo, jeżeli polski zamawiający byłby zobligowany do zamówienia robót budowlanych, dostaw lub usług w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, natomiast w razie dokonania wyboru innego porządku prawnego z kraju członkowskiego UE mógłby skorzystać z trybu niekonkurencyjnego i wskutek zawarcia porozumienia ze stosownym zamawiającym z danego państwa członkowskiego doszłoby do udzielenia zamówienia transgranicznego, należałoby uznać, iż takie działanie pozostaje w sprzeczności z dyrektywą. Należy w tym wypadku przyjąć tezę, że owa sprzeczność wystąpiłaby jedynie po stronie zamawiającego, który zawarł porozumienie w celu uniknięcia stosowania obowiązkowych przepisów prawa publicznego zgodnych z prawem unijnym, a nie po drugiej stronie omawianego porozumienia. W piśmiennictwie omawiany przez dyrektywę zakaz przeprowadzania postępowań transgranicznych w celu uniknięcia stosowania obowiązkowych przepisów prawa publicznego zgodnego z prawem unijnym ujmuje się w stwierdzenie, z którego wynika, że przedmiotowa współpraca zamawiających jest dopuszczalna, „jeśli tylko niemożność ich zastosowania lub zastosowanie w ograniczonym zakresie nie będzie wynikiem działań celowych, jedynie skutkiem przyjęcia sposobu współpracy, który czyni dostosowanie się do tych przepisów obiektywnie niemożliwym, a jednocześnie korzyści ze współpracy dla zamawiającego, i szerzej – dla interesu publicznego, będą znacznie większe niż z samodzielnego udzielenia zamówienia”³⁷³.

³⁷³ A. Soltysińska, *Europejskie...*, s. 387.

Dodatkowo warto wspomnieć, że wyżej wskazany mechanizm zabezpieczający wprowadzony przez dyrektywę działa również na korzyść sektora MŚP, a patrząc szerzej – także w celu utrudniania dokonywania naruszeń zasady zachowania uczciwej konkurencji, albowiem jeżeliby dopuszczono dobrowolne zawieranie porozumień transgranicznych w celu uniknięcia stosowania określonych procedur przetargowych (trybów konkurencyjnych), wówczas wspomniani przedsiębiorcy mogliby mieć niewątpliwie utrudniony dostęp do danego zamówienia.

Państwa członkowskie zobowiązane są do wdrożenia procedur umożliwiających wspólne udzielanie zamówień przez zamawiających z poszczególnych państw. Regulacje krajowe uchwalone przez poszczególnych członków Unii Europejskiej nie powinny być natomiast poddawane wykładni w sposób, który narusza postanowienia dyrektywy statuujać dopuszczalność współpracy pomiędzy instytucjami zamawiającymi w ramach procedury transgranicznej.

Podkreślenia wymaga fakt, że „wspólne udzielenie zamówienia nie jest tym samym, co wspólne wykonywanie zadań publicznych lub udzielanie zamówień publicznych między podmiotami sektora publicznego. Dlatego formy prawne przewidziane dla współpracy transgranicznej na mocy art. 39 nie wyłączają możliwości wzajemnego udzielania sobie zamówień na podstawie innych przepisów Dyrektywy (zamówienia wyłączone spod reżimu Dyrektywy są nadal zamówieniem publicznym w rozumieniu prawa unijnego). W szczególności uregulowania art. 39 nie pozostają w sprzeczności z art. 12 (art. 39 ust. 1 akapit 1)”³⁷⁴. Należy zatem bezsprzecznie rozróżnić zamówienia transgraniczne od zamówień typu *in house*³⁷⁵. Czym innym jest zatem dokonanie zamówienia publicznego przez dwie instytucje zamawiające od wykonawcy niezwiązanego z żadnym z zamawiających, a czym innym udzielenie zamówienia pomiędzy dwiema instytucjami zamawiającymi. Ta druga sytuacja bezsprzecznie pozostaje poza regulacją zamówień transgranicznych, o której mowa w art. 39 dyrektywy. Zamówienia typu *in house* nie można również uznać za sposób agregowania

³⁷⁴ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 39.

³⁷⁵ W zakresie zamówień *in house* ETS wypowiedział się w szeregu orzeczeń, por. np. wyrok ETS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas- Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, ECLI:EU:C:1999:562, wyrok ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605, wyrok ETS z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07, Coditel Brabant SA przeciwko Commune d’Uccle i Région de Bruxelles-Capitale, ECLI:EU:C:2008:621, wyrok ETS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, ECLI:EU:C:2006:308.

zamówień, stąd omówienie tej materii pozostaje poza obszarem zainteresowania niniejszego opracowania.

Dyrektywa wskazuje, że kilka instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich może wspólnie udzielić zamówienia publicznego, zawrzeć umowę ramową lub obsługiwać dynamiczny system zakupów. Instytucje zamawiające mają więc również prawo, w zakresie ustalonym w art. 33 ust. 2 akapit drugi dyrektywy, udzielać zamówień na mocy umowy ramowej lub za pomocą dynamicznego systemu zakupów. Oznacza to, że mamy w tym wypadku do czynienia ze swoistą „podwójną” agregacją zamówienia. Po pierwsze, sumowanie następuje poprzez udzielenie zamówienia w ramach porozumienia transgranicznego, a po drugie, poprzez skorzystanie przez instytucje zamawiające z udzielenia zamówienia w ramach umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów.

Prawodawca unijny wskazuje na istnienie możliwości zawarcia porozumienia pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi z państw członkowskich UE, w którym należy określić obowiązki stron oraz odpowiednie, mające zastosowanie przepisy prawa krajowego, jak również sprecyzować wewnętrzną organizację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym kwestie zarządzania postępowaniem, podziału zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług oraz zawarcia umów. Określenie wzajemnych obowiązków, wskazanie odpowiednich przepisów prawa krajowego, mających zastosowanie do postępowania transgranicznego, oraz sprecyzowanie wewnętrznej organizacji postępowania o udzielenie zamówienia może również wynikać z umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy państwami członkowskimi UE. W takiej sytuacji, co oczywiste, zawieranie porozumień dublujących postanowienia umowy międzynarodowej będzie działaniem zbędnym. Nie można natomiast wykluczyć, że porozumienie stanowiłoby pewnego rodzaju doprecyzowanie umowy międzynarodowej, zawartej pomiędzy państwami członkowskimi. Wydaje się, że w praktyce może okazać się, iż zarówno porozumienia jak i umowy międzynarodowe w zakresie zamówień transgranicznych będą więc działaniem pożądanym. Jeżeli chodzi bowiem o prawa i obowiązki stron, to zapewne kwestie te mogą być uregulowane w porozumieniu, jednakże już np. sposób rozliczeń podatkowych, w tym naliczenie i odliczenie podatku od wartości dodanej, stanowi materię regulacji na poziomie danych państw, a nie poszczególnych instytucji zamawiających.

Zamawiający wypełniają obowiązki określone dyrektywą w zakresie zamówień transgranicznych, jeżeli nabywają usługi, dostawy lub roboty od innej instytucji zamawiającej (podlegającej prawu innego państwa członkowskiego), która na mocy porozumienia jest odpowiedzialna za postępowanie o udzielenie zamówienia. „Powyższe oznacza brak

obowiązku ponownego przeprowadzania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w ramach nabywania usług, dostaw i robót od instytucji zamawiającej innego państwa członkowskiego, która prowadziła postępowanie na podstawie porozumienia zawartego zgodnie z art. 39 ust. 4”³⁷⁶. Dyrektywa wskazuje również, że podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy krajowe są określone w dokumentach zamówienia, dotyczących wspólnie udzielanych zamówień.

Reasumując, uregulowanie w dyrektywie wprost wspólnego udzielania zamówień transgranicznych należy ocenić pozytywnie. Pomimo że poprzednio obowiązująca dyrektywa 2004/18/WE dopuszczała (w sposób dorozumiany) udzielanie zamówień w sposób transgraniczny, to wprowadzenie omawianej kwestii w sposób wyraźny w prawie UE powinno pozwolić na jednolite, a przez to bardziej przejrzyste uregulowanie przedmiotowej instytucji na gruncie poszczególnych porządków prawnych państw członkowskich UE. W praktyce bowiem istnienie różnic w poszczególnych przepisach prawnych przyczynia się, w mojej ocenie, do zmniejszenia możliwości korzystania obecnie przez instytucje zamawiające z przedmiotowego, transgranicznego sposobu udzielania zamówień publicznych.

3. Utworzenie wspólnego podmiotu przez zamawiających w zamówieniach transgranicznych

Dyrektywa dopuszcza, aby kilka instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich utworzyło wspólny podmiot w celu udzielenia zamówienia. Przykładowo, wskazuje się na możliwość powołania europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej, utworzonego na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1082/2006³⁷⁷, lub też inną instytucję, ustanowioną na mocy prawa unijnego. Jeżeli chodzi o podmioty prawa unijnego, które mogą być swego rodzaju „narzędziem” służącym do wspólnego udzielenia zamówienia transgranicznego, to można tu wymienić np. spółkę europejską, europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych czy też spółdzielnię europejską. Dany podmiot ma być utworzony na stałe lub też jego istnienie może mieć charakter wyłącznie doraźny, tak więc należy przyjąć, że okres, na który następuje jego powołanie, zależy jedynie od decyzji stron inicjujących daną procedurę. W tym kontekście warto wspomnieć, że problematykę spółki europejskiej reguluje w prawie unijnym rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w

³⁷⁶ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 39.

³⁷⁷ Rozporządzenie (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT), Dz.U. UE L 210 z 31.07.2006, s. 19 ze zm.

sprawie statutu spółki europejskiej (SE)³⁷⁸ oraz dyrektywa Rady 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników³⁷⁹. Z kolei europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych ujęto w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG)³⁸⁰. Jednocześnie obydwa podmioty są uregulowane (w zakresie nieujętych w ww. rozporządzeniach) w ustawie z dnia 5 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej³⁸¹. Z kolei spółdzielnia europejska jest unormowana w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1435/2003 z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE)³⁸² oraz dyrektywie Rady 2003/72/WE z dnia 22 lipca 2003 r. uzupełniającej statut spółdzielni europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników³⁸³.

W razie dokonania przez instytucje zamawiające wyboru formy współpracy powinno również nastąpić, w drodze decyzji właściwego organu wspólnie powołanego podmiotu, uzgodnienie przepisów prawa właściwych do przeprowadzenia zamówienia obowiązujących według prawa krajowego państwa członkowskiego, w którym podmiot ma siedzibę, lub prawa krajowego państwa członkowskiego, w którym podmiot prowadzi działalność, niemniej jednak wybrane ustawodawstwo nie może być niezgodne z przepisami omawianej dyrektywy.

Na marginesie: nie można zgodzić się z tezą prezentowaną w doktrynie sugerującą, że art. 39 ust. 5 dyrektywy dość jednoznacznie wskazuje, iż forma współpracy, poprzez utworzenie wspólnego podmiotu, może dotyczyć wyłącznie podmiotu tworzonego na podstawie przepisów unijnych (przy uwzględnieniu ewentualnie przepisów krajowych wykonawczych), wbrew postanowieniom motywu 73 preambuły do dyrektywy, z którego wynika taka możliwość zarówno w odniesieniu do podmiotów prawa unijnego, jak i krajowego³⁸⁴. Otóż w mojej ocenie, brak jest tu jakiegokolwiek sprzeczności. Regulacja art. 39 ust. 5 odnosi się jedynie do możliwości utworzenia podmiotu prawa unijnego w celu

³⁷⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), Dz.U. UE L 2001.294.1.

³⁷⁹ Dyrektywa Rady 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników, Dz.U. UE L 294, 10.11.2001, p. 0022–0032.

³⁸⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG), Dz.U. UE L 1985.199.1.

³⁸¹ Ustawa z dnia 5 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2142).

³⁸² Rozporządzenie Rady (WE) nr 1435/2003 z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE), Dz.U. UE L 2003.207.1.

³⁸³ Dyrektywa Rady 2003/72/WE z dnia 22 lipca 2003 r. uzupełniająca statut spółdzielni europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników, Dz.U. UE L 207, 18.08.2003, p. 0025–0036.

³⁸⁴ Por. A. Sołtysińska, *Europejskie...*, s. 391.

procedowania postępowania transgranicznego, wskazując, iż jest to tylko egzemplifikacja (a nie wymienienie możliwości w katalogu zamkniętym), a ponadto trudno przyjąć, aby prawodawca unijny wymieniał przykładowo podmioty prawa krajowego, biorąc pod uwagę różnice ustawodawcze występujące w ramach poszczególnych państw członkowskich UE.

Pomimo że sam fakt rozszerzenia możliwości przeprowadzania postępowań transgranicznych musi zasługiwać na aprobatę, wydaje się, że taki sposób procedowania będzie miał niewielkie zastosowanie w praktyce. Po pierwsze, zamówienia transgraniczne mogą być stosowane relatywnie rzadko z uwagi na wspomniane wcześniej utrudnienia, związane chociażby z rozbieżnościami w zakresie przepisów prawa poszczególnych państw członkowskich UE, a po drugie, w razie podjęcia już decyzji w zakresie zasadności zastosowania zamówienia w wymiarze transgranicznym bardziej adekwatnym rozwiązaniem wydaje się być zawarcie porozumienia i wspólne przeprowadzenie postępowania bez konieczności powoływania w tym celu jakiegokolwiek podmiotu.

4. Okazjonalne wspólne udzielanie zamówień

Instytucja prawna okazjonalnego wspólnego udzielania zamówień jest następnym przykładem regulowania na poziomie przepisów unijnych postępowań dwóch lub więcej zamawiających, którzy mogą uzgodnić przeprowadzenie pewnych konkretnych zakupów wspólnie. Warto przypomnieć, że wspólne udzielanie zamówień, pomimo iż nie było uregulowane wprost w dyrektywie 2004/18/WE, było prawnie dopuszczalne. Zdaniem Komisji Europejskiej wspólne okazjonalne udzielenie zamówienia jest jedną z „sześciu specjalnych technik i narzędzi związanych z zamówieniami, przewidzianych na potrzeby zamówień zagregowanych i elektronicznych”³⁸⁵. Komisja wyszczególnia bowiem oprócz wspólnych zamówień również centralne jednostki zakupujące, dynamiczny system zakupów, umowy ramowe oraz narzędzia służące zamówieniom elektronicznym, a zatem aukcje elektroniczne i katalogi elektroniczne.

Nowa dyrektywa klasyczna reguluje kwestie okazjonalnego, wspólnego udzielania zamówień w art. 38. Niemniej jednak cel wprowadzenia omawianej instytucji, jak również pewien ogólny opis jej działania, został zawarty już w motywie 71 preambuły do dyrektywy. Prawodawca unijny wskazuje bowiem, że „wzmocnienie przepisów dotyczących centralnych jednostek zakupujących nie powinno w żaden sposób stać na przeszkodzie obecnym praktykom polegającym na sporadycznym wspólnym udzielaniu zamówień, tj. mniej

³⁸⁵ Por. Wniosek Komisji Europejskiej KOM(2011) 896..., s. 9.

zinstytucjonalizowanych i systematycznych wspólnych zakupach, lub ustalonej praktyki zwracania się do usługodawców przygotowujących i zarządzających procedurami udzielania zamówień w imieniu i na rachunek instytucji zamawiającej oraz na jej polecenie. Przeciwnie, pewne cechy wspólnego udzielania zamówień powinny zostać doprecyzowane z racji istotnej roli, jaką może odgrywać wspólne udzielanie zamówień, zwłaszcza w związku z projektami innowacyjnymi”. Podobnie zatem jak w przypadku innych instytucji służących zamówieniom zagregowanym (por. uwagi do zamówień transgranicznych), również w tym zakresie podkreśla się potrzebę uszczegółowienia przepisów statuujących tę problematykę. Dodatkowo, zaznacza się znaczenie doprecyzowania regulacji dotyczących wspólnego udzielania zamówień w kontekście projektów innowacyjnych. Warto natomiast zwrócić uwagę, że „możliwość wspólnego udzielania zamówień przewidziana Dyrektywą nie pozostaje zatem, w przeciwieństwie do uregulowań dotyczących scentralizowanych działań zakupowych, w gestii uznania państw członkowskich”³⁸⁶. Dyrektywa narzuca zatem państwom członkowskim pewne ogólne wytyczne w zakresie implementowania przepisów unijnych do krajowego porządku prawnego. Z drugiej strony pozostawiono członkom UE dość znaczny zakres swobody regulacyjnej, dotyczącej szczegółowego zakresu omawianego zagadnienia. Warto bowiem zauważyć, iż poza unormowaniem zasad odpowiedzialności dyrektywa nie ingeruje szczegółowo w kwestię zorganizowania przez zamawiających przeprowadzania wspólnych, okazjonalnych zamówień.

Dyrektywa w ww. motywie przewiduje szereg możliwości w zakresie szczegółowych rozwiązań prawnych, dotyczących wspólnego udzielania zamówień. Przykładowo, stosowanie tej instytucji prawnej, może być dokonywane w różnych wariantach, mianowicie od zamówień skoordynowanych, poprzez opracowywanie wspólnych specyfikacji technicznych dla robót budowlanych, dostaw lub usług, które zostaną zamówione przez pewną liczbę instytucji zamawiających, z których każda prowadzi odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia, po sytuacji, gdy dane instytucje zamawiające wspólnie prowadzą jedno postępowanie o udzielenie zamówienia albo działając razem, albo powierzając jednemu podmiotowi zadanie zarządzania postępowaniem o udzielenie zamówienia w imieniu wszystkich instytucji zamawiających.

Oznacza to, że współpraca pomiędzy zamawiającymi może przybierać szereg różnych postaci. Dyrektywa dopuszcza wspólne przygotowanie dokumentów zamówienia (np. w polskim systemie prawnym we wspólnym zamówieniu dotyczącym robót budowlanych dopuszczalne byłoby przygotowanie m.in. dokumentu o nazwie „specyfikacja techniczna

³⁸⁶ J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 38.

wykonania i odbioru robót budowlanych”), przy jednoczesnym przyjęciu, że każda z instytucji prowadzi odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. Inną możliwością jest łączne udzielenie zamówienia albo udzielenie zamówienia przez jednego zamawiającego, działającego na rzecz innych instytucji zamawiających. W przypadku prowadzenia odrębnego postępowania przez każdą z instytucji ryzyko utrudnienia dostępu do zamówienia dla MŚP jest najmniejsze (ryzyko związane z agregacją), z uwagi na faktyczny brak zagregowania zamówienia, a jedynie wzajemną współpracę zamawiających na wcześniejszym etapie. Takie porozumienie jest również korzystne dla instytucji zamawiających, albowiem pozwala wymienić doświadczenia związane z przygotowaniem postępowania, a zatem zwiększyć poziom profesjonalizmu w tym zakresie, zachowując zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, poprzez możliwość udziału w zamówieniu szerszej grupy wykonawców. W razie natomiast wspólnego udzielania zamówienia przez kilka podmiotów kluczowy dla dostępu do zamówienia dla MŚP jest oczywiście jego podział na części. W przypadku bowiem braku umożliwienia składania ofert częściowych i rozparcelowania zamówienia na późniejszym etapie pomiędzy instytucje zamawiające (po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia), ryzyko utrudnienia dostępu do zamówienia znacznie wzrośnie. Jest to, w mojej ocenie, również najmniej korzystny wariant współpracy dla zamawiających, którzy pozostają niepotrzebnie powiązani stosownymi zobowiązaniami po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejnym istotnym aspektem omawianej regulacji jest fakt, że dyrektywa nie wymaga, aby współpraca pomiędzy zamawiającymi w ramach wspólnego okazjonalnego udzielania zamówienia przybrała określoną, konkretną formę prawną. Brak jest zatem obowiązku powoływania jakiegokolwiek podmiotu celem przeprowadzenia wspomnianego postępowania. Instytucje zamawiające mogą opierać kooperację na zawartym porozumieniu, co zbliża omawiany model współpracy do podejmowanego w ramach zamówień transgranicznych.

Prawodawca unijny kładzie znaczny nacisk na uregulowanie zasad i rozkład odpowiedzialności instytucji zamawiających, prowadzących wspólnie postępowanie o udzielenie zamówienia. Kwestia ta jest bowiem uwzględniona zarówno we wspomnianym już motywie nr 71 preambuły, jak i wynika wprost z art. 38 ust. 2 dyrektywy. Zasadniczo można w dużym uproszczeniu stwierdzić, że odpowiedzialność poszczególnych zamawiających jest uzależniona od zakresu ich obowiązków w ramach współpracy. Jeżeli bowiem kilka instytucji zamawiających wspólnie prowadzi dane postępowanie, to zgodnie z dyrektywą powinny one wspólnie odpowiadać za wypełnienie swoich obowiązków. Z kolei w przypadku, w którym

zamawiający realizują wspólnie jedynie określone części postępowania, wspólna odpowiedzialność powinna mieć wyłącznie zastosowanie do tych partii postępowania, które były prowadzone wspólnie. Dyrektywa, jako przykłady części postępowania, za które każdy zamawiający (prowadząc je sam) ponosi wyłączną odpowiedzialność, wymienia m.in. udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej, obsługę dynamicznego systemu zakupów, czy też ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej.

Wspólna odpowiedzialność instytucji zamawiających za postępowanie powstaje również w przypadku, w którym jeden podmiot zarządza postępowaniem, występując we własnym imieniu i w imieniu pozostałych zainteresowanych instytucji zamawiających. W doktrynie prezentuje się pogląd, że wspólna odpowiedzialność instytucji zamawiających określona w art. 38 ust. 2 dyrektywy ma charakter odpowiedzialności solidarnej, podkreślając przy tym, iż przepisy unijne nie pozostawiają w tym zakresie państwom członkowskim swobody decyzyjnej w zakresie implementacji omawianych zasad odpowiedzialności do krajowych porządków prawnych³⁸⁷. Przyjęcie tezy o solidarnej odpowiedzialności za zasadną oznaczałoby m.in., że do krajowego porządku prawnego należałoby wprowadzić uregulowania, z których będzie jasno wynikać solidarność zamawiających. Ustawodawca krajowy winien zatem w tym przypadku uwzględnić wystąpienie sytuacji, gdy kilku zamawiających może być zobowiązanych w ten sposób, że wykonawca może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich zamawiających łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wykonawcy przez któregośkolwiek z zamawiających zwalnia pozostałych³⁸⁸. W mojej ocenie, przyjęcie tezy o solidarnej odpowiedzialności podmiotów wspólnie przeprowadzających postępowanie budzi uzasadnione wątpliwości. Z dyrektywy nie wynika bowiem, że wspólna odpowiedzialność musi mieć charakter solidarny.

Reasumując, należy stwierdzić, że wprowadzenie w dyrektywie instytucji wspólnego okazjonalnego udzielania zamówień jest odzwierciedleniem szerszego trendu na gruncie ustawodawstwa UE, który ma na celu uregulowanie wprost kwestii poprzednio dopuszczalnych na gruncie prawa unijnego. Celem wprowadzenia omawianego instrumentu prawnego jest umożliwienie instytucjom zamawiającym nawiązania współpracy w celu wspólnego, sporadycznego udzielania zamówień. Jest to zatem kolejne narzędzie służące do ich agregowania.

³⁸⁷ Por. J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 38.

³⁸⁸ Por. art. 366 k.c. (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.).

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, że również w tym wypadku agregowanie zamówienia może być realizowane niejako kilkutorowo. Otóż, po pierwsze, sumowanie wartości zamówienia może odbywać się poprzez wspólne okazjonalne udzielenie zamówienia publicznego przez kilka instytucji zamawiających, a po drugie, poprzez skorzystanie przez te instytucje np. z jednego z instrumentów agregowania zamówienia w czasie (umowa ramowa, dynamiczny system zakupów).

5. Wspólne udzielanie zamówień na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.

Zgodnie z wprowadzonym, na mocy ustawy Pzp, art. 16 ust. 1 zamawiający mogli wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Co interesujące, w piśmiennictwie wskazano na istnienie poglądów, zgodnie z którymi udzielanie zamówień wspólnych na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiających³⁸⁹. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, brak jest jakiegokolwiek argumentacji przemawiającej za uznaniem powyższej tezy za zasadną.

Podzielał natomiast pogląd zaprezentowany w jednym z wyroków Sądu Najwyższego, zgodnie z którym „z przepisów zawartych w Prawie zamówień publicznych nie wynika bowiem zakaz wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego przez podmioty o niejednorodnym statusie, tj. posiadające status zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 i art. 3 ust. 1 tej ustawy łącznie z innymi podmiotami, które, co do zasady, tego statusu nie posiadają”³⁹⁰. Oznacza to zatem, że wspólne przeprowadzenie postępowania mogło (może również nadal) nastąpić w porozumieniu pomiędzy zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp oraz np. spółką o kapitale wyłącznie „prywatnym”. W praktyce udzielano więc wielu zamówień po przeprowadzeniu postępowania przez kilku zamawiających, których struktura kapitałowa wskazywała, że nie mają oni jednakowego statusu, albowiem część zamawiających była, zwłaszcza w ramach danej grupy kapitałowej, podmiotami prywatnymi. Nie brak jednak poglądów przeciwnych głoszących, że wspomniane współdziałanie jest niedopuszczalne. Odnośnie do powyżej wskazanego stanowiska, zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy, w

³⁸⁹ Na istnienie takich poglądów (nie zgadzając się jednak z nimi) powołuje się W. Ługowski, bez wskazania jednak ich źródła, *Wspólne udzielanie zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 6, s. 9.

³⁹⁰ Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt I CSK 207/14, Lex 1710337.

doktrynie podniesiono: „trudno jednak zgodzić się z takim wyrokiem. Ustawa nie daje możliwości dobrowolnego stosowania jej przepisów przez podmioty nieobjęte jej zakresem. Nie ma przy tym znaczenia czy podmiot taki będzie występował samodzielnie, czy wspólnie z innym, objętym zakresem ustawy podmiotem. Poza tym, art. 16 jednoznacznie mówi o wspólnym udzielaniu zamówień przez zamawiających, a nie przez jakiegokolwiek podmioty”³⁹¹. W mojej ocenie, zasadne jest jednak stanowisko Sądu Najwyższego, które w szerszym zakresie nie jest kwestionowane. Na marginesie można dodać, że obecnie taka współpraca, jeżeli stanowiłaby dodatkowo realizację wspólnego przedsięwzięcia, byłaby oparta na podziale zadań i ryzyk, mogłaby być rozpatrywana w kontekście ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym³⁹². Zgodzić należy się ze stanowiskiem, że art. 16 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się wprost wyłącznie do zamawiających. Brak jest jednak uzasadnienia dla ustanawiania zakazu współdziałania podmiotu prywatnego z zamawiającym, przyjmując założenie, że podmioty te mają działać przede wszystkim w granicach prawa, a nie wyłącznie na podstawie przepisów prawa, co według mnie odróżnia je od zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp, którzy zgodnie ze wspomnianą już w niniejszej pracy zasadą legalizmu muszą działać na podstawie konkretnych przepisów prawa.

Jeżeli chodzi o zakres obowiązywania omawianego zagadnienia, to z kolei w doktrynie wskazano, że „istotą zamówienia wspólnego jest tożsamość przedmiotu zamówienia (np. jednakowe oprogramowanie komputerowe dla wielu jednostek organizacyjnych, wspólny zakup materiałów biurowych). Ponadto wymagany jest udział po stronie zamawiającej kilku (co najmniej dwóch) jednostek administracji rządowej, jednostek samorządowych lub innych zamawiających”³⁹³. Warto jednak zwrócić uwagę, że „ustawodawca nie określił jakichkolwiek przesłanek co do rodzaju przedmiotu postępowania, które umożliwiałyby wspólne udzielenie zamówienia lub odpowiednio go zakazywały”³⁹⁴.

Z kolei w orzecnictwie podkreślono, że „nie ma także osobnej definicji zamówienia na potrzeby wspólnych zamówień, zatem jedynym wyznacznikiem w tym zakresie jest art. 2 pkt 13, zgodnie z którym zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z tej definicji wynika wprost dopuszczalność łączenia różnych rodzajów zamówień przez użycie alternatywy łącznej «lub»”³⁹⁵. Z tym poglądem należy się zgodzić, jednakże przy przyjęciu

³⁹¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, 2017, Legalis.

³⁹² Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1834).

³⁹³ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, art. 16, 2004, Legalis.

³⁹⁴ A. Bazan, *Komentarz...*, s. 192–193.

³⁹⁵ Tak: KIO w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 827/13, Legalis 745955.

założenia, że łączenie różnych rodzajowo zamówień może doprowadzić do wystąpienia nadmiernej agregacji wartości zamówienia, co byłoby już niezgodne z ustawą Pzp i mogłoby ograniczać dostęp do danego postępowania dla wykonawców, w tym dla MŚP.

Odnosnie do rodzaju podmiotów udzielających, na podstawie art. 16 ustawy Pzp, wspólnie zamówienia zaprezentowano stanowisko, zgodnie z którym „w przypadku jednostek samorządu terytorialnego zamawiającego upoważnionego może wskazać organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Jak się wydaje, przepisy o zamawiającym upoważnionym i zamówieniach wspólnych (art. 16 ust. 1–5) tylko wyjątkowo można stosować do centralnych zamawiających. Wynika to z faktu, że ustawodawca w art. 16 ust. 5 zawarł odesłanie tylko do przepisów o zamawiających, a nie o centralnym zamawiającym. Stąd też zasada stosowania art. 15a do zamawiającego upoważnionego oraz do zamawiających, o których mowa w art. 16 ust. 5, z uwzględnieniem ostrożnej analogii umożliwia wykorzystanie instytucji zamówienia wspólnego przez kilku centralnych zamawiających. Wydaje się jednak, że wspólni centralni zamawiający powinni być podlegli temu samemu ministrowi albo temu samemu organowi wykonawczemu jednostki samorządu terytorialnego. Kryterium wyboru zamówienia wspólnego musi być jednak tożsamy przedmiot zamówienia publicznego”³⁹⁶. W mojej ocenie, brak było w ówczesnym stanie prawnym jakichkolwiek przeciwwskazań do wspólnego przeprowadzania postępowań i udzielania zamówienia również przez zamawiających centralnych zgodnie z zasadą, że skoro ustawodawca w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp nie poczynił rozróżnienia na poszczególnych zamawiających, to przedmiotowego rozróżnienia nie powinno się czynić również w drodze wykładni. W nawiązaniu do stanowiska wyrażonego przez Urząd Zamówień Publicznych na gruncie ówczesnego stanu prawnego ustawa Pzp nie wymagała zatem „spełnienia jakichkolwiek przesłanek dla podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia wspólnie, co oznacza, że zamawiający mogą skorzystać z dyspozycji art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, jeżeli uznają to za uzasadnione i na podstawie zawartego między sobą porozumienia przeprowadzić wspólnie postępowanie i udzielić wspólnie zamówienia”³⁹⁷.

Żeby podjąć omawiane działanie, zamawiający mieli obowiązek wyznaczyć spośród siebie podmiot upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. W tym zakresie wyznaczony zamawiający działał w charakterze pełnomocnika, zastosowanie miały zatem w tym wypadku przepisy się art. 95–109 k.c. Słusznie podniesiono, że taka sytuacja „nie oznacza jednak, że w wyniku upoważnienia jednego z

³⁹⁶ S. Babiarz, *Komentarz...*, s. 165–166.

³⁹⁷ Opinia prawna – *Wspólne udzielenie zamówienia – art. 16 ustawy Pzp*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, marzec 2011, s. 13.

zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, tracą oni status «zamawiających» w tym postępowaniu. Udzielenie upoważnienia w takiej sytuacji ma bowiem jedynie uzasadnienie organizacyjne i służy uzyskaniu formalnej podstawy do wykonywania przez jednego z zamawiających czynności związanych przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających»³⁹⁸.

Zasady ustanowienia pełnomocnika określało prawo cywilne z uwagi na brak odrębnych przepisów w ustawie Pzp³⁹⁹. W doktrynie zauważono że „termin «pełnomocnictwo» należy rozumieć funkcjonalnie jako umocowanie do działania na rzecz osoby lub osób trzecich. Ustanowienie pełnomocnika wymaga zatem złożenia oświadczenia przez podmioty reprezentowane, tj. przez wszystkich wspólnie zamawiających, z wyjątkiem zamawiającego upoważnionego. Warto zwrócić uwagę, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga formy pisemnej stąd udzielenie pełnomocnictwa upoważnionemu zamawiającemu również wymaga zachowania formy pisemnej»⁴⁰⁰. Dodatkowo, fakt ustanowienia pełnomocnika powinien być jednoznacznie wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁴⁰¹. W orzecznictwie podkreślono, że „wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej wyłącznie tego zamawiającego, który w imieniu innego jeszcze podmiotu prowadzi postępowanie nie dyskwalifikuje wniesionego wadium. Aby uznać, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione należałoby wykazać, iż podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie mógł zaspokoić roszczeń wynikających z ustawowego prawa do zatrzymania wadium»⁴⁰². W prezentowanym wyroku słusznie uznano więc, że w dokumencie zabezpieczającym ofertę wykonawcy, brak jest konieczności wymieniania wszystkich zamawiających na rzecz których prowadzone jest postępowanie.

Po przeprowadzeniu postępowania wspólnie przez zamawiających za pośrednictwem podmiotu wyznaczonego, który był upoważniony jedynie do przeprowadzenia postępowania, umowy były już zawierane przez poszczególne podmioty. W mojej ocenie, taka konstrukcja była najkorzystniejsza, w ramach tej metody agregacji, dla wszystkich stron postępowania. Zamawiającym oszczędzała ona czasu, związanego z wtórną redystrybucją dóbr nabytych od wykonawcy, do której zobowiązany byłby wyznaczony pełnomocnik w razie zawarcia przez

³⁹⁸ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...*, art. 16.

³⁹⁹ Por. analizę prawną stosunku prawnego pełnomocnictwa dokonaną przez M. Smyka w: *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010.

⁴⁰⁰ W. Ługowski, *Wspólne udzielanie zamówień...*, s. 10.

⁴⁰¹ Por. wyrok ZA z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1175/07, Legalis 1396390.

⁴⁰² Tak: KIO w wyroku z dnia 29 marca 2013 r., sygn. akt KIO 83/13, Legalis 742188.

niego umowy o udzielenie zamówienia. Wykonawcy mieli natomiast większą gwarancję, że zawierając umowy już z podmiotami bezpośrednio zainteresowanymi, podział zamówienia na części w ramach danego postępowania był właściwie przeprowadzony.

Należy również pamiętać, że w razie zawarcia umów przez poszczególnych zamawiających mieli oni wszyscy obowiązek wskazania w rocznym sprawozdaniu omawianych zamówień. Odmienna sytuacja miała natomiast miejsce w sytuacji, gdy umowa była zawierana wyłącznie z zamawiającym upoważnionym do udzielenia zamówienia. Wówczas jedynie ten podmiot był zobowiązany do ujęcia w sprawozdaniu przedmiotowej informacji.

Wspólne udzielanie zamówień publicznych było dotychczas wielokrotnie stosowane w praktyce. W piśmiennictwie opisano konkretne przykłady stosowania z powodzeniem wspólnego udzielania zamówień w wymiarze wyłącznie krajowym. Zauważono m.in., że „w 2012 r. grupa zakupowa Związku Gmin Śląska Opolskiego (dalej ZGŚO) odniosła ogólnopolski sukces w przetargu na zakup energii elektrycznej dla 47 jednostek posiadających osobowość prawną, w tym 23 gmin oraz gminnych spółek i instytucji kultury. Według dokumentacji przetargowej zaoszczędzono 25,6% środków budżetowych przeznaczonych na okres zamówienia”⁴⁰³. Zwrócono również uwagę, że korzyści ekonomiczne nie były jedynymi, które wystąpiły w związku ze stosowaniem omawianej metody agregowania zamówienia. Podniesiono bowiem, że „poza oszczędnościami budżetowymi nie sposób przecenić korzyści zarządczych wynikających z form grupowej współpracy urzędów i pozostałych instytucji. Niewątpliwie następuje doskonalenie pracy urzędników, całych zespołów i samorządowych instytucji”⁴⁰⁴. Bez wątpienia zatem wspólne udzielanie zamówień mogło powodować szereg korzyści dla zamawiających⁴⁰⁵. Trudno nie zauważyć, że powyżej wskazane profity pokrywają się z przyczynami agregowania zamówień opisanymi przeze mnie w rozdziale I (m.in. efekt skali, profesjonalizacja procesu zakupów). Brak jednak jakiegokolwiek wzmianki dotyczącej ewentualnych korzyści dla wykonawców zdaje się wyłącznie potwierdzać tezę, że ww. metoda agregowania zamówień miała na celu jedynie uzyskanie wartości dodanej dla jednej ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

⁴⁰³ C. Tomalik, *Wspólne zakupy energii elektrycznej*, „Przetargi Publiczne” 2013, nr 3, s. 61.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, s. 63.

⁴⁰⁵ W zakresie korzyści dla zamawiających związanych z tworzeniem tzw. grup zakupowych por. N. Gill, *Zamówienia publiczne. Aspekty praktyczne w komentarzach*, Poznań 2015, s. 36-42.

6. Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego w ustawie – Prawo zamówień publicznych

6.1 Uwagi ogólne

Po nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego może występować zarówno w wymiarze wyłącznie krajowym, jak też transgranicznym. Wspólne przeprowadzanie postępowań przez zamawiających krajowych zostało uregulowane w art. 16 ustawy Pzp, który w pewnym zakresie uległ zmianie wskutek wspomnianej nowelizacji. W wyniku zmian nie dokonano modyfikacji ogólnej zasady, zgodnie z którą zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Wyartykułowano jednak dodatkowo zasady odpowiedzialności poszczególnych zamawiających w przypadku wspólnego przeprowadzania postępowania, do czego ustawodawca krajowy był zobligowany z uwagi na postanowienia art. 38 ust. 2 dyrektywy.

Jeżeli chodzi natomiast o wspólne przeprowadzanie zamówień transgranicznych, to polski ustawodawca, dokonując implementacji nowej dyrektywy klasycznej, uregulował problematykę zamówień transgranicznych w artykułach od 15d do 15f ustawy Pzp. Zagadnienie, o którym mowa w art. 15d ustawy Pzp, dotyczy omówionego już wcześniej centralnego zamawiającego w wymiarze transgranicznym. Z kolei wspólnego przeprowadzania postępowań i udzielenia zamówień dotyczą art. 15e i 15f ustawy Pzp, które zostaną omówione w niniejszym rozdziale. Instytucja prawna zamówień transgranicznych została wprowadzona z uwagi na oczywistą, w moim przekonaniu, konieczność dostosowania prawa krajowego do wymogów prawa Unii Europejskiej. Zamówienia te, uregulowane *expressis verbis* w ustawie Pzp, mają na celu ułatwić współpracę pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi z różnych państw członkowskich. Taki kierunek działań prawodawczych zarówno na poziomie prawa Unii Europejskiej, jak i prawa UE należy ocenić pozytywnie, albowiem przejrzystość regulacji w wymiarze transgranicznym sprzyja rozwojowi współpracy międzynarodowej, co może niewątpliwie przyczyniać się do wzrostu gospodarczego poszczególnych państw członkowskich UE.

6.2 Wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających krajowych

Brak radykalnych zmian dokonanych w art. 16 ustawy Pzp sprawia, że aktualny pozostaje szereg poglądów wyrażonych na gruncie poprzedniego stanu prawnego i przytoczonych w niniejszej pracy, w tym w szczególności stanowisko, zgodnie z którym zamówień mogą wspólnie udzielać zamawiający o niejednorodnym statusie, tzn. podmioty z sektora publicznego oraz prywatnego. Ustawodawca w dalszym ciągu nie wyartykułował rodzajów postępowań, które mogą być przedmiotem udzielenia w ramach art. 16. Dodatkowo, nie wprowadzono definicji wspólnego udzielania zamówienia, zatem tak jak przed omawianą nowelizacją należy w tym zakresie odnosić się po prostu do definicji zamówienia, o której mowa w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Na mocy art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający mają prawo porozumieć się w zakresie zarówno wspólnego przeprowadzenia postępowania, jak też wspólnego udzielenia zamówienia. Łączne procedowanie na warunkach wskazanych powyżej nie obejmuje natomiast czynności, które dotyczą przygotowania postępowania, co jest uregulowane w art. 29–38 ustawy Pzp. Unormowanie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp nie wyklucza natomiast podjęcia przez zamawiających decyzji o wspólnym przygotowaniu postępowania. W piśmiennictwie wskazuje się, że „takie działanie jest zgodne z zasadą swobody umów, z której wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W związku z powyższym sposób wykonywania tych czynności powinien być uregulowany wprost w umowie lub porozumieniu”⁴⁰⁶.

We wspomnianym porozumieniu zamawiający powinni w sposób szczegółowy określić podział praw i obowiązków. W szczególności należałoby wskazać, jakie czynności w ramach postępowania wykonuje dany zamawiający, aby uniknąć ewentualnych nieporozumień związanych z niejasnym podziałem kompetencji. Kwestia ta wydaje się mieć zasadnicze znaczenie, zwłaszcza w kontekście uregulowania powyżej wspomnianych zasad odpowiedzialności poszczególnych zamawiających w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady te są bowiem kluczową i zarazem jedyną zmianą, jeżeli chodzi o wspomniany art. 16 ustawy Pzp. Zgodnie z nowo wprowadzonym art. 16 ust. 6 ustawy

⁴⁰⁶ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 16.

Pzp, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz więcej niż jednego zamawiającego, wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy. Odpowiedzialność powstaje również w przypadku, gdy jeden z zamawiających prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, występując we własnym imieniu i w imieniu pozostałych zamawiających. Z kolei zgodnie z ust. 7 wspomnianego artykułu, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających, każdy zamawiający ponosi odpowiedzialność za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z ustawy w zakresie części postępowania, które prowadzi w swoim imieniu i na swoją rzecz. Ustawodawca wyraźnie rozróżnił zatem sytuacje istnienia odpowiedzialności w zależności od tego, w czym imieniu prowadzone jest postępowanie.

Dodatkowo, zgodnie z przyjętymi obecnie zasadami odpowiedzialności, wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy w części postępowania, która jest prowadzona w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających. Należy uznać, że skoro powyższe regulacje mają charakter *ius cogens*, to nie ma podstaw do przyjęcia w porozumieniu zawartym przez zamawiających postanowień, zgodnie z którymi niektóre podmioty (będący stronami porozumienia) nie ponoszą odpowiedzialności za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy, w części postępowania prowadzonej w imieniu i na rzecz tych zamawiających.

Z powyższego można wysnuć kilka uzasadnionych, w mojej ocenie, uwag. Po pierwsze, ustawodawca krajowy prawidłowo transponował do ustawy Pzp zasady odpowiedzialności, które reguluje nowa dyrektywa klasyczna. Po drugie, wprowadzenie zasad odpowiedzialności może nie mieć znaczenia dla faktu zwiększenia czy też ewentualnego zmniejszenia dostępu do danego zamówienia przez MŚP. Niemniej jednak ustawowe określenie zasad odpowiedzialności może niewątpliwie zwiększyć możliwości wszystkich wykonawców w dochodzeniu roszczeń od poszczególnych zamawiających, w związku z przeprowadzonym postępowaniem. Przykładowo, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w całości w imieniu i na rzecz więcej niż jednego zamawiającego, a wszyscy zamawiający ponoszą odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków wynikających z ustawy Pzp, to wykonawca może od każdego zamawiającego dochodzić ewentualnych roszczeń odszkodowawczych. Roszczenia powinny być oczywiście kierowane do podmiotu bezpośrednio odpowiedzialnego za szkodę po stronie danego wykonawcy.

6.3 Współdziałanie zamawiających z różnych państw członkowskich UE

Następnym przykładem na transponowanie do polskiego porządku prawnego przepisu umożliwiającego zamawiającym wspólne przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest regulacja art. 15e ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 1 wspomnianego przepisu zamawiający mogą wspólnie z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, zawrzeć umowę ramową, obsługiwać dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej lub objętych dynamicznym systemem zakupów. Polski ustawodawca implementował zatem do krajowego porządku prawnego unormowania wspomnianego wcześniej art. 39 ust. 4 nowej dyrektywy klasycznej. Przedmiotowa regulacja ma, w mojej ocenie, ważne znaczenie dla kwestii podejmowania przez poszczególnych krajowych zamawiających decyzji o rozpoczęciu ewentualnej współpracy w ramach zamówienia transgranicznego. Dopuszczenie bowiem wprost w ustawie Pzp możliwości wspólnego udzielania zamówień publicznych przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich, wydaje się być istotne z uwagi na wspomniane wcześniej trudności w przeprowadzaniu tego typu postępowań, w związku z brakiem wyraźnych podstaw prawnych.

W razie wspólnego przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich (jak również w razie wspólnego zawarcia umowy ramowej, obsługiwanie dynamicznego systemu zakupów oraz udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej lub objętych dynamicznym systemem zakupów) zamawiający powinni, w myśl art. 15e ust. 2 ustawy Pzp, zawrzeć porozumienie, w którym zostaną określone obowiązki stron, ich podział między zamawiających i mające zastosowanie przepisy państw, w których siedziby mają poszczególne instytucje zamawiające, jak również organizację postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, w tym kwestie przygotowania i przeprowadzenia tego postępowania, podziału zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług oraz zawarcia umów z zastrzeżeniem, że przedmiotowe zagadnienia nie zostały uregulowane w umowie międzynarodowej zawartej między Rzeczpospolitą Polską a państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Oznacza to, że niewykluczone jest oczywiście przyjęcie rozwiązania, w którym w ramach jednego postępowania transgranicznego zastosowanie znajdzie zarówno umowa międzynarodowa, jak i porozumienie będące w istocie

doprecyzowaniem postanowień przedmiotowej umowy. Na marginesie warto zaznaczyć, że szczególnie istotne (również w kontekście ewentualnych uprawnień wykonawców) może okazać się zwłaszcza prawidłowe określenie w przedmiotowym porozumieniu podziału obowiązków oraz odpowiedzialności poszczególnych zamawiających za konkretne fragmenty postępowania. W razie bowiem wystąpienia jakichkolwiek uchybień w ramach zamówienia transgranicznego nietrudno wyobrazić sobie zaistnienie sporu dotyczącego wzajemnych rozliczeń finansowych pomiędzy zamawiającymi.

Ustawa Pzp precyzuje również obecnie, że podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy wskazuje się w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień (art. 15e ust. 3 ustawy Pzp). Przepis ten jest wynikiem implementacji reguły wyrażonej w nowej dyrektywie klasycznej, zgodnie z którą podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy krajowe powinny być określone w dokumentach zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień.

Dodatkowo, zgodnie z art. 15e ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający nie stosuje przepisów ustawy do czynności, o których mowa w ust. 1, jeżeli zastosowanie mają przepisy innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Wprowadzono zatem regułę kolizyjną – na jej podstawie do czynności, które w ramach postępowań transgranicznych mogą wspólnie przeprowadzać zamawiający posiadający siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, nie mają zastosowania przepisy polskiej ustawy Pzp.

Należy pamiętać, że wspólne udzielanie zamówień przez instytucje zamawiające na podstawie ustawy Pzp (podobnie jak na gruncie dyrektywy) nie jest tożsame z udzielaniem zamówień pomiędzy samymi zamawiającymi. Współpraca zamawiających w ramach zamówień transgranicznych musi być zatem odróżniana od zamówień udzielanych przez jedną instytucję zamawiającą na rzecz drugiej. Pomędzy wskazanymi dwiema instytucjami nie ma sprzeczności, dotyczą one bowiem odmiennych zasad udzielania zamówień.

Jak wynika z opracowania *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*⁴⁰⁷, wykonanego na zlecenie Komisji Europejskiej, wspólne udzielanie zamówień transgranicznych ma również swój wymiar praktyczny. We wspomnianym studium, w którym zbadano cztery przypadki stosowania zamówień transgranicznych w UE, poddano analizie zakup

⁴⁰⁷ Opracowanie przygotowane na zlecenie Komisji Europejskiej pn. *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, Bruksela 2016, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/22102/>.

oprogramowania dla banków centralnych, zakup innowacyjnych towarów i usług mających związek ze „zdrowym starzeniem się”, zakup oprogramowania Citrix oraz roboty budowlane w zakresie tunelu budowanego wspólnie przez Włochy i Austrię. Z opracowania wynika, że celem udzielania tych zamówień były m.in. korzyści związane z uzyskaniem niższych cen, zmniejszenie kosztów związanych z udzieleniem zamówienia czy też wzajemna wymiana doświadczeń. Są to zatem podstawowe cele agregowania zamówień, które zostały opisane w rozdziale I niniejszej pracy i których działanie potwierdza omawiane badanie.

Oprócz tych celów zamawiający w ramach zamówień transgranicznych, co interesujące, liczyli również np. na zaznajomienie się z rynkiem drugiego zamawiającego oraz poznanie języków obcych. Jeżeli chodzi natomiast o wyzwania związane ze wspólnymi zamówieniami transgranicznymi, to wskazano, że dotyczą one w szczególności skomplikowanych krajowych procedur w zakresie zamówień publicznych, ale również faktu, że narzędzia elektroniczne służące udzielaniu zamówień są wielokrotnie niedostosowane do zamawiających z poszczególnych państw członkowskich UE. W konkluzji można niewątpliwie stwierdzić, że dana analiza pokazuje, jak skomplikowanym zjawiskiem są wspólne zamówienia transgraniczne i z jak wieloma wyzwaniami się one wiąże. Słusznie natomiast podkreśla się w piśmiennictwie, że należy „zastanowić się na tym jak reprezentatywne są wyniki studium. Bazuje ono bowiem na niewielkiej liczbie badanych przykładów – na czterech przeanalizowanych ponadgranicznych zamówieniach publicznych. Czy zidentyfikowane «bodźce», «klucze do sukcesu» oraz «wyzwania» nie okazałyby się odmienne, gdyby przeanalizowano nie kilka, a kilkadziesiąt lub kilkaset ponadgranicznych zamówień publicznych?»⁴⁰⁸. Problem jednak w tym, że póki co omawiany sposób udzielania zamówień jest zjawiskiem mało powszechnym, pozostaje zatem poczekać na ewentualny wzrost popularności tego sposobu udzielania zamówienia. Warto również zwrócić uwagę na inny aspekt prezentowanego studium, mianowicie przeanalizowane przypadki pokazują, że wspólne zamówienia transgraniczne dotyczą raczej kontraktów o dość znacznym potencjale i niekoniecznie mogą być w zakresie zainteresowania tych najmniejszych wykonawców (MŚP). To z kolei wskazuje, że wspólne udzielanie zamówień w wymiarze transgranicznym, jako metoda agregowania zamówień, może być częstokroć adresowane do przedsiębiorców o największych rozmiarach i potencjale, w przeciwieństwie do metody, jaką jest przykładowo dynamiczny system zakupów. Wydaje się zatem, że wspólne, transgraniczne udzielanie

⁴⁰⁸ Z. Raczkiewicz, *Zamówienia ponadgraniczne*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 6, s. 47.

zamówień jest metodą agregowania, która może być mniej dostępna dla MŚP niż dynamiczny system zakupów lub nawet wspólne krajowe udzielanie zamówień publicznych.

6.4 Utworzenie wspólnego podmiotu z zamawiającymi z innych państw członkowskich UE

Niezależnie od możliwości udzielenia zamówienia transgranicznego, poprzez skorzystanie z usług centralnego zamawiającego lub poprzez udzielenie zamówienia wspólnie przez zamawiających posiadających siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, zamawiający mogą w drodze porozumienia utworzyć wspólny podmiot z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Ustawa Pzp, w art. 15f ust. 1, wskazuje w tym wypadku w szczególności na możliwość utworzenia wspomnianego wcześniej europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT). Taka możliwość przewidziana w ustawie Pzp stanowi rezultat transponowania do krajowego porządku prawnego norm Unii Europejskiej, o których mowa w art. 39 ust. 5 nowej dyrektywy klasycznej, jak również uwzględnia unormowania pkt 73 preambuły dyrektywy. Warto zauważyć, że zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej celem EUWT jest ułatwianie i upowszechnianie współpracy transgranicznej, transnarodowej lub międzyregionalnej wyłącznie z zamiarem wzmocnienia spójności ekonomicznej i społecznej. EUWT posiada osobowość prawną i zgodnie ze wspomnianym aktem prawnym ma zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych w każdym z państw członkowskich. Biorąc pod uwagę, że rozporządzenie unijne obowiązuje bezpośrednio w każdym z państw członkowskich UE (bez konieczności implementacji), prawodawca unijny wskazał zamawiającym w miarę prosty, przykładowy sposób współpracy. Należy jednak zauważyć, że zamawiający mogą, w drodze porozumienia, utworzyć również inny (w stosunku do EUWT) wspólny podmiot w celu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wynika to z wyrażenia „w szczególności” użytego w art. 15f ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie omawiany przepis pozostaje w zgodności z art. 39 ust. 5 nowej dyrektywy klasycznej, który również posługuje się katalogiem otwartym.

Dokonując wykładni omawianej regulacji, należy przyjąć, że ustawodawca krajowy dopuścił, aby wspólny podmiot został utworzony zarówno *ad hoc* w celu realizacji zamówienia transgranicznego, jak też aby miał on charakter permanentny. W mojej ocenie, brak jest również przeciwwskazań, aby instytucja ta, utworzona w celu prowadzenia postępowań transgranicznych, była powołana w ramach jednego z systemów prawnych państw

członkowskich UE uczestniczących w danym porozumieniu o utworzeniu podmiotu. Jedynie bowiem taka interpretacja art. 15f ustawy Pzp jest zgodna z celem dyrektywy wyrażonym w pkt 73 preambuły, który w sposób wyraźny dopuścił tworzenie wspólnych podmiotów zarówno na podstawie prawa krajowego, jak i unijnego.

Wątpliwości interpretacyjne budzi natomiast sformułowanie wskazane w art. 15f ust. 1 ustawy Pzp, które sugeruje, że wystarczy, aby dwóch zamawiających utworzyło wspólnie dany podmiot celem realizacji zamówienia transgranicznego („Zamawiający mogą, w drodze porozumienia...”), gdy tymczasem nowa dyrektywa klasyczna w sposób wyraźny stanowi o „kilku instytucjach zamawiających”, co oznacza, iż przedmiotowych instytucji powinno być w zasadzie co najmniej trzy. Według mnie, brak jest jednak przeciwwskazań, aby tylko dwaj zamawiający utworzyli wspólny podmiot w omawianym powyżej celu. W przypadku utworzenia w drodze porozumienia wspólnego podmiotu, właściwy organ danej instytucji wskazuje przepisy krajowe obowiązujące w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, które będą miały zastosowanie do przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, zawierania umów ramowych oraz ustanawiania dynamicznego systemu zakupów przez ten podmiot. Zastosowanie mogą mieć jednak wyłącznie przepisy krajowe państwa członkowskiego Unii Europejskiej, w którym wspólny podmiot ma siedzibę albo prowadzi swoją działalność.

7. Uwagi końcowe

Wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia stanowi jedną z kilku dostępnych na mocy ustawy Pzp technik agregowania. Metoda ta, nieznacznie modyfikowana na przestrzeni lat, począwszy od 2004 r. aż do dnia dzisiejszego, istnieje w systemie zamówień publicznych. Pomimo że, jak już wspomniano, przepisy dotyczące omawianego zagadnienia nie zawierały ograniczeń w zakresie przedmiotu zamówienia, którego można udzielić wspólnie, jak również pozwalały na udzielanie tego typu zamówień wszystkim rodzajom zamawiających, omawiany sposób agregacji nie był często stosowany, podobnie jak pozostałe metody. Inna była jednak, co zostało już wielokrotnie podkreślone, częstotliwość stosowania poszczególnych metod. Wydaje się, że jednym z kluczowych aspektów, który bezwzględnie musiałby zaistnieć w sytuacji wspólnego udzielenia zamówienia, jest wspólny cel lub szeroko rozumiany interes społeczno-gospodarczy zamawiających (np. łączne udzielenie zamówienia na zorganizowanie imprezy kulturalnej dla kilku gmin).

Jeżeli chodzi o wpływ przedmiotowego sposobu sumowania zamówień na dostęp do rynku dla MŚP, to należy przyjąć, że omawiane zagregowanie zamówienia mogło, zwłaszcza

przed nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., w wielu przypadkach ograniczać wyżej wspomniane prawo mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Otóż, w razie wspólnego udzielenia zamówienia przez kilku zamawiających, bez podziału zamówienia na części (bez umożliwienia składania ofert częściowych) odnoszącego się do poszczególnych podmiotów, znaczna wartość zamówienia mogła uniemożliwiać złożenie oferty wykonawcom niespełniającym warunków skorelowanych ze znaczną wartością zamówienia. Jest to zatem ten sam problem, który występuje w stosunku do wszystkich pozostałych metod agregowania zamówień. W tym zakresie jednak, praktyczna możliwość utrudnienia dostępu do zamówienia dla MŚP wydaje się być mniejsza niż w zamówieniach z udziałem centralnego zamawiającego, który to podmiot (jak pokazuje praktyka) wielokrotnie nie dzielił zamówienia na części w odniesieniu do poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał, z uwagi na choćby istniejącą w ustawie Pzp możliwość redystrybucji dóbr wspomnianą w art. 4 pkt 11 ustawy Pzp. Tymczasem w przypadku wspólnego udzielania zamówienia umożliwienie składania ofert częściowych wydaje się działaniem znacznie bardziej uzasadnionym i oczywistym (w stosunku do działań centralnego zamawiającego), choćby z uwagi na możliwość uniknięcia w takiej sytuacji konieczności redystrybucji nabytych dóbr po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotne jest również, że w wyniku omawianej nowelizacji dość znacząco rozszerzono możliwość wspólnego udzielania zamówień poprzez uregulowanie tej kwestii w wymiarze transgranicznym, zarówno w prawie unijnym, jak i krajowym. Jak już wskazałem wcześniej, wspólne udzielanie zamówień transgranicznych, rzadko, ale bywa stosowane w poszczególnych państwach członkowskich UE, jednakże zwiększenie uprawnień zamawiających w tym zakresie należy ocenić pozytywnie. Warto nadmienić, że Polska pozostaje w tyle w stosunku do wielu członków UE, jeżeli chodzi o liczbę wspólnie udzielanych zamówień w stosunku do ich ogólnej liczby. Przykładowo w 2016 r. liczba ta wynosiła w Polsce 3%, natomiast w Wielkiej Brytanii 25%, a na Malcie 27%⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Por. *Single Market Scoreboard, Performance per Policy Area, Public Procurement*, lipiec 2017, http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.

Rozdział VI Mechanizmy przeciwdziałania nadmiernej agregacji

1. Uwagi ogólne

Omawiając instytucje prawne służące agregowaniu zamówień oraz wpływ, jaki mają te zagadnienia na dostęp do rynku MŚP, nie można zapomnieć o podstawowych mechanizmach ustawowych, mających w swej istocie przeciwdziałać nadmiernej agregacji. Służą one bowiem ograniczeniu tego zjawiska przez podział zamówienia, ewentualnie skrócenie trwania umowy w czasie. Agregacja i podział są zatem ze sobą powiązane. Warto zauważyć, że jeżeli chodzi o przyczyny występowania zjawiska nadmiernego sumowania zamówienia, to w literaturze wskazuje się paradoksalnie, że „nadmierne agregowanie zamówień spowodowane jest najczęściej obawami zamawiających przed zarzutem dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp”⁴¹⁰.

W moim przekonaniu można wyróżnić trzy podstawowe instrumenty prawne służące wspomnianym powyżej celom. Pierwszym i według mnie najważniejszym jest możliwość podziału zamówienia na części. Chodzi w tym wypadku oczywiście o podział w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie odrębne udzielanie zamówień w ramach oddzielnych postępowań. W tym kontekście trzeba zwrócić uwagę na fakt, że „stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych było i jest uwarunkowane tzw. progowymi wartościami zamówienia, ujętymi zarówno z perspektywy unijnej, jak i krajowej. Podział zamówienia stwarza ryzyko potraktowania każdej jego części jako odrębnego zamówienia, a wartość tak wyodrębnionych zamówień może być niższa od ustawowo określonych progów. Ryzyko to wprawdzie nie istnieje w przypadku podziału przez wykorzystanie instytucji oferty częściowej, jest jednak realne w przypadku podziału przez prowadzenie odrębnych postępowań”⁴¹¹. Częściowo inne są zatem zagrożenia występujące podczas podziału zamówienia na części poprzez udzielenie go w ramach odrębnych postępowań, a inne w przypadku umożliwienia składania ofert częściowych. Brak umożliwienia składania ofert częściowych może w szczególności naruszać zasadę uczciwej konkurencji. W takim wypadku naruszone zostają niejednokrotnie w równym stopniu interesy wykonawców, jak i zamawiających. Wykonawcy nie mogą przystąpić do postępowania, albowiem np. nie spełniają warunków udziału, a zamawiający nie mogą z uwagi na brak złożonych ofert dokonać wyboru wykonawcy. Szczególnie zagrożoną grupą wykonawców są

⁴¹⁰ D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 10.

⁴¹¹ Z. Gordon, *Podział zamówienia publicznego na części*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, Legalis.

podmioty z segmentu MŚP, które albo nie są w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu, albo spełniają je wyłącznie w ramach konsorcjum (które często bywa dla nich ryzykowne, z uwagi choćby na solidarną odpowiedzialność wykonawców), albo poprzez uzyskanie zobowiązania podmiotu trzeciego, umożliwiającego spełnienie wraz z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Drugim instrumentem prawnym, który ma przeciwdziałać opisywanemu powyżej niekorzystnemu zjawisku, jest ograniczony ustawowo czas trwania umów. Jest to dość kluczowe zagadnienie, albowiem nadmierna kumulacja trwania umowy w czasie utrudnia dostęp do danego zamówienia dla wszystkich wykonawców (np. poprzez nieprawidłowe zawarcie umowy na czas nieoznaczony, co skutkuje brakiem kolejnych postępowań na przestrzeni lat, mających na celu udzielenie zamówienia publicznego), jak również może utrudniać przedmiotowy dostęp zwłaszcza wykonawcom – MŚP. Otóż błędne ustalenie przez zamawiającego, że umowa o świadczenie danej usługi może trwać np. 10 lat, może spowodować, oprócz skutku opisanego powyżej, również rezultat w postaci nadmiernego skumulowania warunków udziału w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy, które powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia i ustanowione zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Trzecim zagadnieniem, związanym z przeciwdziałaniem nadmiernej agregacji jest ustawowy zakaz łączenia zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy. Zakaz ma, w mojej ocenie, przede wszystkim przeciwdziałać praktykom łączenia w ramach jednego postępowania zamówień niepowiązanych ze sobą w żaden sposób, co wielokrotnie ma miejsce w szczególności z uwagi na obawy zamawiających, dotyczące postawienia im, w razie przeprowadzenia kontroli, ewentualnego zarzutu nieuzasadnionego podziału zamówienia na części.

2. Podział zamówienia na części jako instrument służący zwiększaniu dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP

Umożliwienie składania wykonawcom ofert częściowych jest, jak już wspomniałem, podstawowym instrumentem prawnym mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji, a w konsekwencji naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podział zamówienia na części, w ramach jednego postępowania, jest

zagadnieniem uregulowanym zarówno w nowej dyrektywie klasycznej, jak i w ustawie – Prawo zamówień publicznych.

Jeżeli chodzi o prawo unijne, to obecnie obowiązujące zasady podziału zamówienia są znacznie bardziej szczegółowe w stosunku do poprzednich rozwiązań, obowiązujących na podstawie dyrektywy 2004/18/WE. Zasady podziału zamówienia na części ujęto w art. 46 dyrektywy. Wspomniany przepis stanowi o podziale zamówienia na części zarówno w znaczeniu udzielenia odrębnych zamówień w odrębnych postępowaniach, jak też w znaczeniu umożliwienia wykonawcom złożenia ofert na odrębne części jednego zamówienia w ramach jednego postępowania. Z punktu widzenia badanego zagadnienia szczególnie istotny jest oczywiście drugi przypadek rozumienia podziału zamówienia na części. Udzielenie zamówienia w częściach, w ramach odrębnych postępowań nie następuje bowiem wówczas, gdy zamawiający stosuje instrumenty prawne służące agregowaniu zamówień, opisane w niniejszej pracy. W razie zsumowania zamówień w ramach jednego postępowania istotnym mechanizmem służącym zapewnieniu dostępu do danego zamówienia dla MŚP jest właśnie jego podział na części. Na marginesie warto również wspomnieć, że jeżeli chodzi o zapewnienie przez Unię Europejską i jej państwa członkowskie uwarunkowań prawnych sprzyjających inicjatywom i rozwojowi przedsiębiorstw z poszczególnych krajów, działających na terenie w całej UE, w tym zwłaszcza MŚP, to obowiązek ten (a więc obowiązek wzięcia pod uwagę dokonania podziału zamówienia na części) wynika również wprost z art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Omawiane regulacje dyrektywy są zatem również konsekwencją zasad przyjętych w traktatach unijnych.

Dyrektywa wskazuje m.in., że podziału zamówienia można dokonać na zasadzie ilościowej lub jakościowej. W przypadku zasad podziału ilościowego chodzi o to, aby wielkość poszczególnych części zamówienia lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, natomiast w przypadku podziału jakościowego materię danej części należy dostosować do wyspecjalizowanych sektorów tej grupy wykonawców lub według różnych kolejnych etapów projektu.

Z postanowień dyrektywy wynika, że brak jest podstaw do dokonywania podziału zamówienia stanowiącego funkcjonalną całość. Takie stanowisko jest zgodne z tezą zaprezentowaną przez ETS (obecnie TSUE). W tym kontekście można wskazać na wyrok, z którego wynika, że nieuzasadnione jest dokonywanie sztucznego podziału jednolitej wartości

zamówienia⁴¹². Tak więc, podziału zamówienia należy dokonywać, stosując się w szczególności do wytycznych określonych w dyrektywie wskazującej przesłanki i zasady podziału zamówienia na części, przewidującej jednakże sytuacje, w których dla dokonania podziału nie ma prawnego uzasadnienia.

Zgodnie z motywem 78 dyrektywy „wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określane przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia”.

Doprecyzowaniem powyżej przytoczonego motywu preambuły do dyrektywy, w zakresie zasad podziału zamówienia na części, jest wspomniany już wcześniej art. 46. Wynika z niego przede wszystkim, że instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w częściach. Co jednak istotne, w razie podjęcia decyzji o braku dokonania podziału zamówienia na części zamawiający winien mieć na uwadze, że należy wskazać w sprawozdaniu lub innych dokumentach zamówienia przyczynę braku dokonania przedmiotowego podziału. Przyczyna ta nie powinna być, w mojej ocenie, wskazana lakonicznie i nie może ograniczać się jedynie do podniesienia, że zamawiający podjął taką właśnie decyzję.

Najistotniejszym z punktu widzenia przedstawianych zagadnień jest fakt, że w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania instytucje zamawiające wskazują, czy oferty można składać w odniesieniu do jednej, kilku, czy

⁴¹² Wyrok ETS z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-574/10, Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2012:145.

wszystkich części. Nawet jeżeli możliwe jest złożenie ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia, instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi, pod warunkiem że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, jest określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Instytucje zamawiające wskazują w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, jakie zamierzają zastosować w celu ustalenia, które części zostaną udzielone, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części, niż wynosi maksymalna liczba (art. 46 ust. 2).

Dyrektywa, w zakresie zasad podziału zamówienia na części, daje państwom członkowskim pewną swobodę legislacyjną, gdy chodzi o wprowadzanie uregulowań krajowych. Mogą one bowiem (ale nie mają takiego obowiązku) postanowić, że w przypadku gdy więcej niż jedna z części zamówienia ma być udzielona temu samemu oferentowi, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień obejmujących kilka lub wszystkie części, jeżeli wskazały w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, że zastrzegają sobie taką możliwość, i wskazały części lub grupy części, które mogą zostać połączone. W takiej sytuacji instytucje zamawiające, zgodnie z motywem 79 preambuły do dyrektywy, powinny jednak mieć możliwość przeprowadzenia oceny porównawczej ofert w celu ustalenia, czy oferty złożone przez konkretnego wykonawcę w odniesieniu do konkretnej kombinacji części spełniałyby (jako całość) kryteria udzielenia zamówienia, określone zgodnie z dyrektywą w odniesieniu do tych części w sposób lepszy niż oferty, których poszczególne części rozpatrywane byłyby oddzielnie. Z przedmiotowego motywu dyrektywy wynika również, że „w przypadku pozytywnego wyniku takiej oceny instytucji zamawiającej należy zezwolić na udzielenie danemu oferentowi zamówienia obejmującego odnośne części. Należy doprecyzować, że instytucje zamawiające powinny przeprowadzać taką ocenę porównawczą, po pierwsze określając, które oferty najlepiej spełniają kryteria udzielenia zamówienia określone w odniesieniu do każdej części, a następnie – porównując je z ofertami złożonymi przez konkretnego oferenta w odniesieniu do konkretnej kombinacji części, w ujęciu całościowym”. *Ratio legis* powyższych rozwiązań wynikające wprost z omawianego fragmentu preambuły to unikanie przypadku, w którym zobowiązanie instytucji zamawiających do udzielania zamówień w częściach powodowałoby konieczność zaakceptowania znacznie mniej korzystnych rozwiązań w porównaniu z udzieleniem zamówienia obejmującego pewien zbiór części lub ich całość.

W piśmiennictwie wskazuje się na przyczyny, które mogą skutkować brakiem podziału zamówienia na części. W mojej ocenie, przyczyny te są aktualne również, jeżeli chodzi o umożliwienie składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania. Wskazuje się bowiem, że „jako przykładowe zostały wymienione niedogodności o «nadmiernym» lub «poważnym» charakterze. W tym kontekście niewielki wzrost możliwej do uzyskania ceny z uwagi na podział zamówienia (udzielenie szerszego zamówienia będzie z reguły tańsze niż udzielenie kilku mniejszych zamówień), lub sama konieczność organizacji koordynacji wykonawców, nie powinny stanowić wystarczającej przyczyny zaniechania podziału zamówienia na części”⁴¹³. Taka interpretacja powinna, według mnie, spotkać się z aprobatą. W odniesieniu do umożliwienia składania wykonawcom, w ramach zamówień zagregowanych, ofert częściowych należy jednak zauważyć, że takie działanie powoduje występowanie znacznie szerszego dostępu do zamówienia dla przedsiębiorców z segmentu MŚP, którzy, co zostało już podkreślone, stanowią przytłaczającą większość rynku zamówień publicznych UE. Techniki agregowania zamówień zostały obecnie znacząco, w porównaniu z poprzednio obowiązującymi przepisami, rozbudowane w prawie UE, zatem tym bardziej istotne jest właściwe stosowanie podziału danego postępowania na części. Wydaje się również, że inna będzie częstotliwość podziału w ramach jednego postępowania w zależności od zastosowanej metody agregacji. Przykładowo, zasadą najprawdopodobniej będzie podział zamówienia na części w razie wspólnego udzielania zamówienia przez kilka podmiotów. Z kolei w razie zagregowania zamówienia przy zastosowaniu instytucji centralnego zamawiającego podział zamówienia może występować znacznie rzadziej z uwagi na fakt, że centralny zamawiający (centralna jednostka zakupująca) zawrze umowę z wykonawcą we własnym imieniu, a następnie redystrybuuje zakupione dobra na rzecz innych zamawiających.

Dyrektywa z jednej strony nakazuje uwzględniać w dokumentacji zamówienia przyczyny braku podziału zamówienia na części, natomiast z drugiej nie wprowadza mechanizmu nadzoru dotyczącego postępowania instytucji zamawiających w tym zakresie. Niemniej jednak w piśmiennictwie podnosi się, że „motyw 78 preambuły do dyrektywy 2014/14/UE oczywiście nie wyklucza uprawnień wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do każdej decyzji zamawiającego, również dotyczącej podziału zamówienia lub braku takiej decyzji. Wydaje się, iż intencją ustawodawcy jest wskazanie, że sama dyrektywa 2014/24/UE nie nakłada na zamawiających obowiązku dokonania podziału, ale jedynie obowiązek rozważenia takiej możliwości. Brak nadzoru administracyjnego i

⁴¹³ Tak: J. Pawelec (red.), A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, *Komentarz do ustawy...* art. 46.

sądowego może dotyczyć jedynie celowości podziału zamówienia”⁴¹⁴. Gdyby zatem intencją prawodawcy unijnego był bezwzględny obowiązek dokonania podziału zamówienia, mechanizm nadzoru nad tą czynnością powinien być określony precyzyjnie.

Ustawodawca krajowy implementował zagadnienie podziału zamówienia na części do ustawy Pzp. Zgodnie z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. W tym przypadku jednak zamawiający powinien określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu 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. Jest to zatem, według mnie, obowiązek zamawiającego, który wynika w szczególności ze wspomnianej już niejednokrotnie zasady przejrzystości postępowania. Z kolei jego uprawnieniem jest określenie 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 maksymalnej liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy. Zatem składanie przez wykonawcę ofert na wszystkie części postępowania, pomimo braku wskazania przez zamawiającego tym zakresie takiej możliwości, powinno skutkować ich odrzuceniem jako niezgodnych z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp⁴¹⁵. W tym kontekście należy również zwrócić uwagę, że „wykluczenie wykonawcy z postępowania obejmującego część zamówienia albo odrzucenie oferty częściowej nie ma wpływu na uczestnictwo danego wykonawcy w postępowaniu obejmującym inne części tego samego zamówienia”⁴¹⁶. Podobnie wniesienie środków ochrony prawnej na poszczególne części zamówienia albo unieważnienie postępowania w zakresie niektórych części nie wywołuje żadnych skutków w stosunku do pozostałych części. Jednocześnie wykonawcy mają interes we wnoszeniu odwołań tylko co do

⁴¹⁴ A. Sołtysińska, *Europejskie...*, s. 431.

⁴¹⁵ Por. M. Śledzińska, *Proces udzielania zamówień publicznych po nowelizacji Prawa zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecnictwem*, Warszawa 2017, s. 108, por. także wyrok KIO z dnia 16 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 208/15, Legalis nr 1218954.

⁴¹⁶ Od tej zasady są, w mojej ocenie, wyjątki, jak np. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, na podstawie którego zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Według mnie wprowadzenie w błąd w odniesieniu do jednej części powinno w tym wypadku skutkować wykluczeniem z całego postępowania.

części, w której złożyli ofertę”⁴¹⁷. Orzecznictwo potwierdza, że „nie ma przy tym podstaw do traktowania ofert częściowych zbiorczo (jako jedną ofertę) także z tego względu, że odróżniać je będzie przedmiot zobowiązania wykonawcy (przedmiot świadczenia)”⁴¹⁸. Oczywiście części zamówienia, w ramach jednego postępowania, mogą być ze sobą w pewien sposób powiązane w sytuacji, gdy zamawiający ograniczył liczbę części, która może być udzielona danemu wykonawcy. Omawiany związek części zamówienia należy oczywiście rozpatrywać w kontekście oceny i porównania ofert, a nie w odniesieniu do kwestii odrzucenia oferty na daną część.

Zamawiający może zatem ograniczyć liczbę części zamówienia, których można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w dokumentach wspomnianych powyżej. Składanie ofert częściowych jest, co oczywiste, uzasadnione wyłącznie, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., a więc jeżeli zamówienie może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości⁴¹⁹. Jako przykład, można tu wskazać dostawę sprzętu medycznego podzieloną na pakiety, z których każdy dotyczy odrębnego urządzenia⁴²⁰. Jeszcze w orzecznictwie Zespołu Arbitrów wskazano, że oferty częściowe mogą być przewidziane w zamówieniach dotyczących projektów planów urządzenia lasów dla poszczególnych leśnictw⁴²¹. Wyrok jest w mojej ocenie aktualny, choć został wydany na gruncie uchylonego obecnie art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający miał prawo dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia był podzielny. Interesujące jest, że brak podziału zamówienia na części może być rozpatrywany również w kontekście naruszenia art. 5 k.c. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego KIO wskazała, że „uprawnienie zamawiającego sformułowane w przepisach ustawy może zostać ograniczone tylko w wypadku wyraźnego naruszenia zasad ogólnych ustawy lub powołanych klauzul generalnych wyrażonych w art. 5 k.c., np. gdy brak podziału na części zamówienia, które jest podzielne, prowadzi do sytuacji, w których konkurencja zostaje ograniczona czy wręcz wyeliminowana, a zamawiający nie kierował się przy tym ważnymi względami gospodarczymi. W ten sposób należałoby ocenić przypadek, gdy część zamówienia ze względu na ochronę praw wyłącznych może zostać udzielona lub faktycznie wykonana tylko

⁴¹⁷ M. Śledziwska, *Proces udzielania zamówień...*, s. 111–112, por. też wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2742/14, Legalis nr 1213857.

⁴¹⁸ Tak: KIO w wyroku z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1584/15, Legalis nr 1086958.

⁴¹⁹ W zakresie analizy przesłanek występowania podzielności świadczenia por. wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., sygn. akt IV CKN 821/00, Legalis nr 65083.

⁴²⁰ Por. P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 36aa.

⁴²¹ Por. wyrok ZA z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-648/05, Legalis nr 1472188.

przez jednego wykonawcę, a druga część zamówienia mogłaby zostać wykonana z zachowaniem konkurencji – przy czym rozdzielenie obu części zamówienia do odrębnych postępowań byłoby możliwe”⁴²².

Możliwość składania ofert częściowych jest kluczowym zagadnieniem z punktu widzenia ochrony interesów MŚP w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z orzecznictwa wynika jednak, że jeżeli chodzi o umożliwienie składania przedmiotowych ofert, to zapewnienie dostępu do zamówienia nie jest priorytetowe w stosunku do zapotrzebowania na dane zamówienie zamawiającego⁴²³. Przykładowo, w jednym z wyroków KIO rozpatrywała (na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów) sprawę postępowania na wykonywanie publicznego transportu zbiorowego w zakresie wojewódzkich i międzywojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich w ramach świadczenia usług publicznych. Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zaniechanie skorzystania z (uchylonego obecnie) art. 83 ust. 2 ustawy Pzp stanowiło nadużycie prawa w świetle art. 5 k.c. W jego ocenie, przedmiot zamówienia był podzielny, a złożenie ofert częściowych na poszczególne trasy nie przyniosłoby żadnego uszczerbku zamawiającemu, a ponadto miało prowadzić do zwiększenia konkurencyjności. Dodatkowo, w ocenie odwołującego żaden z wykonawców – przewoźników nie był w stanie konkurować z dotychczasowym podmiotem świadczącym dane usługi z uwagi na m.in. niewystarczające zasoby. Jednakże zdaniem Izby „odwołujący nie przedstawił w uzasadnieniu tego zarzutu jakichkolwiek korzyści płynących dla świadczeniobiorców (pasażerów), które przewyższałyby trudności, wskazywane przez Zamawiającego, a wynikające z wielości operatorów działających na tych samych liniach kolejowych. Odwołujący nie przedstawił korzyści dla odbiorców usług ani z punktu widzenia podziału geograficznego zamówienia, ani też z punktu widzenia podziału zamówienia na usługi świadczone taborem spalinowym lub elektrycznym. Z treści zarzutu wynika jedynie dążenie do uzyskania możliwości świadczenia usług w sposób odpowiadający Odwołującemu. Interes jednego wykonawcy nie może stanowić wyłącznej podstawy do dokonania podziału zamówienia na części. Odwołujący nie wykazał bowiem, że w warunkach tego postępowania brak dopuszczenia składania ofert częściowych może powodować ograniczenie konkurencji. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że istnieją na rynku przewoźnicy kwalifikujący się jako MŚP, którzy będą mogli złożyć oferty wówczas, gdy zamówienie zostanie podzielone na części albo że są na rynku przewoźnicy działający w wyspecjalizowanych sektorach, którzy w

⁴²² Tak: KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 680/11, Legalis nr 402678.

⁴²³ Por. wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 311/08, Legalis nr 304745.

przypadku podziału zamówienia według rodzaju napędu pojazdów (spalinowy lub elektryczny) uzyskają w ten sposób dostęp do zamówienia, a jednocześnie, że nie spowoduje to niekorzystnych skutków dla odbiorców usług⁴²⁴. Wyrok ten potwierdza w mojej ocenie tezę, aktualną również obecnie, że sam fakt podzielności zamówienia nie musi przesądzać o obowiązku umożliwienia składania ofert częściowych wykonawcom⁴²⁵. Działania podejmowane w tym zakresie przez zamawiającego powinny być wobec tego zgodne również z zasadą proporcjonalności⁴²⁶.

W odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych było prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, a zatem wykonawca nie mógł domagać się od zamawiającego dopuszczenia składania ofert częściowych⁴²⁷. Po nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. umożliwienie składania ofert częściowych, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp również jest prawem, a nie obowiązkiem. Obecnie jednak art. 36aa ustawy Pzp należy interpretować w powiązaniu z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, na podstawie którego zamawiający wskazuje w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powody niedokonania podziału zamówienia na części. Uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części, poprzez uniemożliwienie składania ofert częściowych, powinno być skonkretyzowane i nie powinno odnosić się wyłącznie do korzyści organizacyjnych zamawiającego. Właściwym uzasadnieniem wydaje się natomiast w szczególności wyjaśnienie, że umożliwienie składania ofert częściowych groziłoby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia⁴²⁸.

Taka interpretacja pozostaje w zgodzie ze wspomnianymi wcześniej motywami do preambuły do nowej dyrektywy klasycznej oraz z art. 46 tej dyrektywy. W orzecznictwie, w odniesieniu do uzasadnienia niedokonania podziału zamówienia na części, wskazuje się, że „przewidziane prawem uzasadnienie powinno być możliwie najszersze, zawierać dokładną

⁴²⁴ Tak: KIO w wyroku z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt KIO 469/15, Legalis nr 1242303.

⁴²⁵ Por. w zakresie braku obowiązku podziału np. R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych*, cz. II, „Finanse Komunalne” 2016, nr 12, s. 61 i n., nadto J. Dolecki, *Podział zamówienia na części*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, nr 1.

⁴²⁶ W zakresie rozumienia zasady proporcjonalności por. KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 476/16, Legalis nr 1457013.

⁴²⁷ Tak: KIO w wyroku z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 99/10, Legalis nr 218199; por. też E. Wiktorowska, *Zasadność podziału*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 9, s. 9.

⁴²⁸ Por. opinia UZP pt. *Jak uzasadnić rezygnację z podziału zamówienia na części? Czy to, że zamawiającemu wygodniej jest mieć jedną umowę niż trzy na poszczególne części, jest wystarczającym uzasadnieniem?*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-na-czesci>.

analizę sytuacji rynkowej tego rodzaju zamówień, opisywać relacje cenowe poszczególnych świadczeń. W uzasadnieniu takim nie jest wystarczające jedynie ogólne podanie korzystności samej ceny, lecz konieczne jest odniesienie się do samego przedmiotu zamówienia, warunków rynku i możliwości świadczonych usług na podstawie konkretnych przypadków”⁴²⁹. Nie można również zapominać, że „dotychczas uprawnienie zamawiającego do podziału na części było oceniane z punktu widzenia zachowania zasad udzielania zamówień, w wyniku nowelizacji dochodzi jeszcze cel wskazany w dyrektywach, czyli otwarcie na małe i średnie przedsiębiorstwa”⁴³⁰.

Po wspomnianej nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. KIO potwierdziła, że brak dokonania podziału zamówienia na części może naruszać art. 7 ustawy Pzp. W jednym z wyroków Izba uwzględniła bowiem zarzut wykonawcy, który wskazał, że „zamawiający prócz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na produkty jednego producenta dodatkowo nie dopuścił w niniejszym postępowaniu do podziału zamówienia na części mimo, iż przedmiot postępowania podzielony został na określone typy urządzeń i nadaje się do przeprowadzenia w częściach. Poprzez takie zaniechanie przy jednoczesnym opisie wskazującym na jednego producenta podmioty zainteresowane uczestnictwem choćby w zakresie Defibrylatorów typu «E» nie są w stanie złożyć oferty w postępowaniu, gdyż nie posiadają w sprzedaży urządzeń wymaganych przez Zamawiającego w pozostałych typach w tym zakresie pozostają w pełni zależne od jedyne podmiotu który może złożyć ofertę w postępowaniu”⁴³¹. Dodać należy również, że w przytoczonym wyżej orzeczeniu KIO odrzuciła argument zamawiającego, który wskazywał na zamiar osiągnięcia efektu skali i przez to niższej ceny zamówienia. Z uzasadnienia KIO wynika, w mojej ocenie, niezwykle istotna kwestia, a mianowicie, że skoro tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę (właśnie wskutek braku podziału zamówienia na części), to nie może być mowy o efekcie skali, albowiem dany wykonawca nie miałby w rzeczywistości z kim konkurować. Przedmiotowy wyrok wskazuje, że zagregowanie zamówienia niekoniecznie prowadzi do uzyskania celu, dla którego zamówienie zostało skumulowane. Bez wdrożenia instrumentów prawnych (takich jak umożliwienie składania ofert częściowych) działających na rzecz MŚP cele zamawiających mogą nie zostać osiągnięte.

⁴²⁹ Tak: KIO w wyroku z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2124/16, Legalis nr 1538490.

⁴³⁰ M. Śledziwska, *Proces udzielania zamówień...*, s. 102.

⁴³¹ Por. wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2018/16, Legalis nr 1546259.

W literaturze zaprezentowano natomiast interesujący pogląd, zgodnie z którym „w obecnym stanie prawnym – wbrew stanowisku KIO – zasada z art. 7 ustawy Pzp, stanowiąca o przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, nie może stanowić uzasadnienia obowiązku podziału zamówienia na części. Do takiej konkluzji prowadzi analiza relacji zachodzącej między unormowaniami z art. 7 i z art. 36aa ustawy Pzp. Niewątpliwie art. 7 ustawy Pzp ustanawia zasadę, natomiast art. 36aa ustawy Pzp – zwykłą regułę, przy czym – w analizowanym przypadku zachodzi konflikt między zasadą a zwykłą regułą. Jest to więc sytuacja wprawdzie nie tożsama, ale zbliżona do relacji *lex generali* – *lex specialis*. To zaś uzasadnia pierwszeństwo stosowania zwykłej reguły przed zasadą, bo zwykła reguła musi być traktowana jako wyjątek od zasady”⁴³². Nie zgadzam się z tą tezą. W mojej ocenie, wszelkie prawa zamawiającego, w tym również to wynikające z art. 36aa ustawy Pzp, powinny być wykładane z poszanowaniem wszystkich zasad zamówień publicznych. Nie może tu być mowy o żadnej relacji zbliżonej do relacji *lex generali* – *lex specialis*. Brak podziału zamówienia na części może w pewnych sytuacjach prowadzić do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, co nie oznacza oczywiście, że zasada wynikająca z tego artykułu nakazuje dokonywać każdorazowo czynności podziału zamówienia na części.⁴³³

Aktualność zachowuje zatem pogląd wyrażony przed wspomnianą wyżej nowelizacją, wedle którego „przyznane zamawiającemu w przepisie art. 83 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) prawo nie jest jednak prawem bezwzględny i podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówień, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”⁴³⁴. Przed nowelizacją sformułowano również stanowisko, zgodnie z którym „gdyby wolą ustawodawcy było nałożenie na zamawiającego w określonych sytuacjach np. zwiększenia konkurencyjności postępowania, obowiązku umożliwiania składania ofert częściowych, to taki obowiązek

⁴³² Z. Gordon, *Podział zamówienia publicznego...*

⁴³³ Z kolei na stanowisku, że brak podziału zamówienia na części nie może stanowić podstawy do stawiania zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp stoi G. Matejczuk, *Powody niedokonania podziału*, „Przetargi Publiczne”, 2018, nr 1, s. 33-37.

⁴³⁴ Tak: KIO w wyroku z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 557/14, Legalis nr 863218.

wynikałby wprost z przepisów ustawy⁴³⁵. Ta teza też wydaje się być aktualna, albowiem obecnie również brak jest obowiązku umożliwienia wykonawcom składania ofert częściowych.

W piśmiennictwie wskazuje się jednak na możliwość występowania pewnych różnic w zakresie możliwości składania ofert częściowych w porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym. Podnosi się bowiem, że „wprawdzie podział zamówienia na części jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak w związku z koniecznością uzasadnienia tej decyzji przez zamawiającego, prawdopodobnie wykonawcy częściej niż dotychczas będą podejmowali próbę kwestionowania zaniechania zamawiającego polegającego na odstąpieniu od podziału na części w drodze odwołań do Prezesa KIO. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy brak podziału na części będzie naruszał konkurencję lub ograniczał dostęp do zamówienia małym i średnim przedsiębiorstwom”⁴³⁶. Wydaje się zatem, że uprawnienia MŚP w tym zakresie zostały nieznacznie wzmocnione przy zachowaniu obowiązującej już na gruncie poprzednich regulacji zasady prawa zamawiającego do umożliwienia składania ofert częściowych.

Istotny jest również fakt, że po nowelizacji w przypadku, gdy zamawiający wskaże w stosownych dokumentach maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy, określa również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w jakich 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 jakie może zostać mu udzielone zamówienie. Kryteria oraz zasady służą ustaleniu części zamówienia, które mogą być udzielone jednemu wykonawcy, w sytuacji gdy zastosowanie przyjętych kryteriów miało prowadzić do udzielenia jednemu wykonawcy większej liczby części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba określona przez zamawiającego. Ustawodawca krajowy prawidłowo implementował zatem do ustawy Pzp rozwiązania przyjęte na gruncie art. 46 nowej dyrektywy klasycznej. Istnieje zatem „możliwość przeprowadzenia oceny porównawczej ofert w celu ustalenia, czy oferty złożone przez konkretnego wykonawcę w odniesieniu do konkretnej kombinacji części spełniałyby jako całość kryteria lub zasady określone w SIWZ w odniesieniu do tych części w sposób lepszy niż oferty dotyczące poszczególnych części rozpatrywane oddzielnie. W przypadku pozytywnego wyniku takiej

⁴³⁵ Tak: KIO w wyroku z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 517/14, Legalis nr 863219, oraz wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 617/11, Legalis nr 361377.

⁴³⁶ M. Śledziwska, *Proces udzielania zamówień...*, s. 104.

oceny zamawiający może udzielić danemu wykonawcy zamówienia obejmującego te części. Zamawiający powinien przeprowadzać taką ocenę porównawczą, po pierwsze określając, które oferty najlepiej spełniają kryteria lub zasady określone w odniesieniu do każdej części, a po drugie, porównując je z ofertami złożonymi przez konkretnego wykonawcę w odniesieniu do konkretnej kombinacji części, w ujęciu całościowym⁴³⁷. Na marginesie warto wskazać, że nie można wykluczyć przypadku, gdy wybór ofert w ramach poszczególnych części będzie opierał się na kryteriach pozacenowych.

Warto również wspomnieć o konkretnych, ustawowych przykładach negatywnego oddziaływania na konkurencję (w tym MŚP) braku podziału zamówienia na części (uniemożliwienia składania ofert częściowych z jednoczesnym zastosowaniem instrumentów agregowania zamówień omówionych w niniejszej pracy). Jednym z przykładów przepisów, które mogą w tym zakresie negatywnie oddziaływać na konkurencję, jest wprowadzony na mocy omawianej nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. art. 22c ust. 5 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Zgodnie z nim, jeżeli zamówienie oparte na umowie ramowej jest udzielane w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b lub c, wymóg posiadania minimalnego rocznego obrotu oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie lub w przypadku braku takich informacji na podstawie wartości umowy ramowej. Oznacza to, że w razie udzielania zamówienia wykonawcom, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową (gdy w umowie nie określono wszystkich warunków dotyczących realizacji zamówień będących przedmiotem tej umowy), wymóg posiadania przez wykonawców minimalnego rocznego obrotu (w ramach postawionego warunku posiadania określonej sytuacji ekonomicznej lub finansowej) oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie lub w przypadku braku takich informacji na podstawie wartości umowy ramowej. Na aprobatę zasługuje jedynie ustanowienie przez ustawodawcę górnego limitu w zakresie obrotu dla danego wykonawcy, albowiem w razie braku istnienia przedmiotowych regulacji mogłoby dojść do znacznego utrudniania dostępu do rynku mniejszym przedsiębiorcom, których roczny obrót nie wypełniałby warunku postawionego w postępowaniu.

Obecna regulacja może jednak umożliwiać zamawiającym utrudnianie ubiegania się o zamówienie wykonawcom z segmentu MŚP. Skorelowanie rocznego obrotu z wartością umowy ramowej może być barierą „nie do przejścia” dla podmiotów o niewielkich rozmiarach. Jest to zatem element, który sprawia, że umowa ramowa może stanowić narzędzie agregacji

⁴³⁷ *Ibidem*, s. 109–110.

zamówienia niezbyt przyjaznej dla MŚP. Ograniczenie dostępu do zamówienia dla MŚP stanowi automatycznie ograniczenie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Ustawodawca nie uwzględnił zatem zagrożeń znanych już na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów. W piśmiennictwie wskazywano bowiem, że „same warunki udziału w postępowaniu (np. wymogi odnoszące się do obrotu lub liczba wymaganych zamówień referencyjnych) są często na tyle wygórowane, że ich spełnienie przez MŚP jest praktycznie niemożliwe”⁴³⁸. Wydaje się, że w takich przypadkach należy mieć na względzie w szczególności orzecznictwo TSUE. Przykładowo, w jednym z wyroków podkreślono, że „instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne.”⁴³⁹ Tak więc, warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej powinien być proporcjonalny do potrzeb zamawiającego, nie powinien być ustanawiany na wyrost.

W mojej ocenie, brak wprowadzenia podziału zamówienia na części powoduje jeszcze jeden problem, a mianowicie brak możliwości spełnienia przez MŚP warunków udziału w postępowaniu z uwagi na skorelowanie ich z wartością zamówienia, która z kolei może być znaczna ze względu na użycie przez zamawiających instrumentów agregowania zamówień, co powoduje wymuszoną okolicznościami konieczność kooperacji wykonawców, którzy w przypadku podziału zamówienia na części mogliby złożyć oferty samodzielnie. Taka współpraca może mieć postać zarówno konsorcjum, podwykonawstwa, jak i polegania na potencjale podmiotu trzeciego. W przypadku tej ostatniej sytuacji, w dużej części przypadków poleganie na potencjale podmiotu trzeciego okazywało się dotychczas zupełną fikcją i w konsekwencji doprowadziło m.in. do nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r.

Jako przykład pozytywnej zmiany w ustawie Pzp w tym zakresie, można podać obecnie obowiązujący art. 22a ustawy Pzp, stanowiący o korzystaniu przez wykonawcę ze zdolności

⁴³⁸ Por. W. Starzyńska, J. Kornecki, J. Wiktorowicz, J. Szymański, *Zamówienia publiczne...*, s. 53.

⁴³⁹ Tak: TSUE w wyroku z dnia 18 października 2012 r., w sprawie C 218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukvíz), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe, przeciwko Közbesszerzés Tanácsa Közbesszerzési Döntőbizottság, przy udziale: Vegyépítész Építő és Szerelő Zrt, MÁVÉPCELL Kft, ECLI:EU:C:2012:643

technicznych lub sytuacji ekonomicznej innych podmiotów. Obecne brzmienie wyżej wspomnianego artykułu jest bowiem ukierunkowane na istniejącą po stronie zamawiającego realną możliwość weryfikacji zasobów podmiotu trzeciego w odniesieniu do zobowiązania przedłożonego wraz z ofertą. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego nierzadko mieliśmy do czynienia (zwłaszcza w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane) z całym „rynkiem zbytu zobowiązań podmiotu trzeciego”, dochodziło zatem bardzo często do nabywania omawianych zobowiązań tych samych podmiotów udzielanych w tym samym czasie na poczet wielu postępowań. Istotnym problemem było zatem badanie przez zamawiających „realności” udostępnienia zasobów⁴⁴⁰. W orzecznictwie, w kontekście przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązań podmiotu trzeciego, wskazywano również, że „przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie uzyskanie samych dokumentów referencji. Udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że przedmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia”⁴⁴¹. Z kolei w przypadku współpracy wykonawców w ramach konsorcjum każdy z wykonawców ponosił dodatkowe ryzyko, związane z uczestnictwem w zamówieniu z uwagi na przyjętą przez ustawę Pzp solidarną odpowiedzialność konsorcjantów.

Zasady podziału zamówień publicznych powinny zatem uwzględniać, oprócz potrzeb zamawiających, również, a może nawet przede wszystkim, potrzeby MŚP. Zarówno dyrektywa, jak i ustawa Pzp dają obecnie zamawiającym stosowne narzędzia prawne służące dzieleniu „dużych zamówień” na części w celu zminimalizowania negatywnych skutków agregacji zamówienia.

⁴⁴⁰ Por. KIO w wyroku z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt 196/16, Legalis 1446914, nadto: KIO w wyroku z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 192/16, Legalis 1446916. W zakresie udostępniania zasobów podmiotu trzeciego w ramach poprzednio obowiązującego stanu prawnego zob. F. Łapecki, *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1.

⁴⁴¹ Tak: SO w Słupsku w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt IV Ca 409/13, oddalającym skargę od wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., KIO 1184/13, *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo Sądów Okręgowych w latach 2010–2015 z komentarzem*, H. Łopianowska, A. Packo, Warszawa 2016, s. 461.

3. Ustawowe ograniczenia dotyczące okresu trwania umów

Jak już wspomniałem w uwagach ogólnych, omawiając zagadnienie agregowania zamówień, nie sposób pominąć problematyki, związanej z ustawowymi ograniczeniami nadmiernego sumowania zamówienia, w tym w szczególności ustawowymi ograniczeniami w okresie trwania umów. Nadmierne skumulowanie w czasie zamówień może spowodować szereg nieprawidłowości i negatywnych konsekwencji, zwłaszcza w dostępie do zamówienia dla MŚP. Jako przykład można wskazać chociażby ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, poprzez wymóg posiadania minimalnego rocznego obrotu w wysokości dwukrotności wartości zamówienia, co jest zgodne z art. 22c ust. 2 ustawy Pzp, ale już w powiązaniu z wielkością zamówienia ustaloną jako wartość w nieprawidłowo przyjętym okresie 10 lat trwania umowy (jeżeli wartość ustalono na podstawie art. 32 ustawy Pzp) – niezgodne z ustawą Pzp. Oczywiście może zaistnieć sytuacja, w której wartość zamówienia zostanie ustalona na podstawie np. art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, a więc określona na podstawie zamówienia w okresie 12 miesięcy. Wówczas, rzeczywisty dłuższy okres trwania umowy nie ma takiego znaczenia, jak w przypadku ustalenia wartości na podstawie art. 32 ustawy Pzp, albowiem korelacja wymogu posiadania minimalnego rocznego obrotu w wysokości dwukrotności wartości zamówienia (a więc w tym wypadku w wysokości wartości ustalonej jako 2×12 miesięcy) jest znacznie mniejszym obciążeniem dla MŚP niż przedmiotowy wymóg określony w stosunku do wartości zamówienia, ustalonej jako wynagrodzenie wykonawcy w okresie trwania wieloletniej umowy. Wspomniany art. 34 ust. 1 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* w stosunku do reguły ogólnej wyrażonej w art. 32 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z kolei z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju wyliczana generalnie w okresie 12 miesięcy (udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie). Przedmiotowy przykład obrazuje, że w stosownych przypadkach skumulowanie zamówienia w okresie wieloletnim może powodować

utrudnienia w dostępie do zamówienia dla MŚP, związane z nieproporcjonalnymi do potrzeb zamawiającego, warunkami udziału ustanowionymi w postępowaniu⁴⁴².

W odniesieniu do długości trwania umów w piśmiennictwie zwraca się uwagę na konieczność prowadzenia przez zamawiających rozsądnej polityki dotyczącej planowania zamówień, która powinna być nastawiona na zwiększanie konkurencji na danym rynku. Jako przykład takich działań wskazuje się unikanie „ogłaszania przetargów na zamówienia, które mogą zostać zrealizowane wyłącznie przez jeden podmiot rynkowy bądź przez niewielką liczbę podmiotów, ponieważ wzmacnia to struktury oligopolistyczne i praktycznie uniemożliwia wejście na rynek nowych podmiotów. W najgorszym razie instytucja zamawiająca miałaby ostatecznie do czynienia z jednym dominującym dostawcą, który mógłby dyktować warunki i ceny umowy. Właściwy kształt zamówień zależy oczywiście od struktury danego rynku. Jeżeli mniejsze podmioty działające na rynku są w stanie świadczyć daną usługę lub dostarczyć dane produkty na mniejszą skalę, skuteczne sposoby maksymalizacji konkurencji mogą obejmować zmniejszenie wielkości/okresu obowiązywania umów”⁴⁴³. Oznacza to, że zwłaszcza jeżeli o dane zamówienie mogą ubiegać się MŚP, warto zawierać umowy na stosunkowo krótki okres (np. w zakresie usług 1 rok) w celu wzmocnienia konkurencji pomiędzy podmiotami. Taka sytuacja jest często korzystna nie tylko dla MŚP, ale również dla samych zamawiających, którzy mogą corocznie weryfikować konkurencyjność ofert poprzez ogłoszenie nowego postępowania.

Nieprawidłowościom polegającym na zaciąganiu zobowiązań na zbyt długi okres mają zapobiegać w szczególności art. 142 i 143 ustawy Pzp, stanowiące o maksymalnych terminach zawierania umów podpisanych w trybie omawianej ustawy. Należy zaznaczyć, że generalną zasadą w zakresie okresu trwania umów jest reguła, zgodnie z którą umowy zawiera się na czas oznaczony. Jest to oczywiście kolejne ograniczenie wspomnianej wcześniej zasady swobody zawierania umów, określonej w kodeksie cywilnym, uzasadnione jednak z uwagi na specyfikę zamówień publicznych.

W doktrynie podnosi się, że zasada zawierania umów na czas oznaczony „służy ochronie interesów potencjalnych wykonawców, zapewnia bowiem konkurencję i zapobiega ograniczaniu dostępu do rynku. Termin spełnienia świadczenia może być oznaczony za pomocą konkretnej daty, pewnego przyszłego zdarzenia lub też może być oznaczony za pomocą

⁴⁴² Por. L. Lipiec-Warzecha, *Dyscyplina finansów publicznych w pytaniach i odpowiedziach*, rozdział XIII, pkt 2.1.4, Warszawa 2016, Legalis.

⁴⁴³ *Zielona Księga...*, s. 32.

określonych jednostek czasu, np. dni, miesiący”⁴⁴⁴. Warto pamiętać, że jednak czym innym jest termin wykonania umowy, a czym innym czas jej trwania. Umowa może bowiem trwać również po terminie jej wykonania⁴⁴⁵. W orzecznictwie wskazano, że „określenie terminu wykonania zamówienia nie jest obwarowane żadnymi szczególnymi przepisami, oprócz nakazu zawierania umowy na czas oznaczony”⁴⁴⁶.

Interesującej wykładni art. 142 ustawy Pzp dokonał również Sąd Najwyższy, który wskazał, że „umowę w reżimie ustawy zawiera się na czas oznaczony (ustawowe wyjątki od tej zasady w okolicznościach sprawy nie występują). Terminem wykonania umowy zawartej na podstawie zamówienia publicznego może być zarówno data, oznaczona liczba jednostek czasu, jak i oznaczone zdarzenie. Niemniej, dane przyszłe zdarzenie można traktować jako termin ustania stosunku prawnego tylko wówczas, gdy jest ono w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań oczywiście pewne. Termin oznaczony jako «zakończenie inwestycji» nie jest w powyższym rozumieniu «pewny» zarówno co do faktu, jak i chwili nadejścia. Brak podstaw do odstąpienia od tego bezwzględnie obowiązującego przepisu także wówczas, gdy w umowie strony przewidziały klauzule zabezpieczające wykonywanie usług inżyniera kontraktu przez czas niezbędny dla zakończenia przedsięwzięcia, w szczególności wobec wydłużenia terminu wykonania robót przez wykonawców. Termin wykonania umowy musi być bowiem wskazany wprost i odpowiadać SIWZ. Postanowienia SIWZ i umowy zawartej na ich podstawie nie powinny zawierać sformułowań umożliwiających zamawiającemu przesuwanie terminu realizacji umowy na niekorzyść wybranego wykonawcy i uzależniać go od czynników niezależnych od stron tego kontraktu”⁴⁴⁷. Należy zatem pamiętać, aby termin trwania umowy był określony na podstawie reguł wyznaczonych przez kodeks cywilny. Termin musi zatem w szczególności być odróżniany od warunku, o którym mowa w art. 89–94 k.c.⁴⁴⁸

Dodatkowo umowy długoterminowe, ograniczając konkurencję na rynku zamówień, utrudniają dostęp do uzyskania zamówienia i pozostają w konsekwencji w sprzeczności z art. 43 ustawy o finansach publicznych, a więc z prawem dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, który przysługuje ogółowi podmiotów z

⁴⁴⁴ P. Granecki, *Komentarz do ustawy...* art. 142.

⁴⁴⁵ Np. umowa o roboty budowlane obowiązuje w zakresie roszczeń gwarancyjnych również po terminie oddania obiektu budowlanego.

⁴⁴⁶ Tak: KIO w wyroku z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 777/12, Legalis nr 524520.

⁴⁴⁷ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt V CSK 277/15, Legalis nr 1460678.

⁴⁴⁸ W zakresie rozróżnienia terminu i warunku por. rozważania SA w Poznaniu, dokonane w wyroku z dnia 14 września 2012 r., sygn. akt I ACa 527/12, Lex nr 1237400.

zastrzeżeniem wyjątków określonych ustawą⁴⁴⁹. Na marginesie można dodać, że zaciąganie zobowiązań wieloletnich powinno odbywać się w szczególności zgodnie z zasadami gospodarki finansowej danego zamawiającego, a zatem na przykład na podstawie wieloletniej prognozy finansowej⁴⁵⁰.

Jeżeli chodzi o ustawową długość okresu trwania umowy, to zamawiający może zaciągnąć zobowiązanie, którego przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu 4-letniego lub jest to uzasadnione jego zdolnościami płatniczymi lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Jeżeli wartość powyższej umowy jest natomiast równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zatem wyższa niż tzw. progi unijne), zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Prezes Urzędu posiada w tym zakresie analogiczne uprawnienia jak w przypadku otrzymania informacji o zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata.

Na marginesie warto również zwrócić uwagę na problem agregowania zamówienia, poprzez zawieranie umów na zbyt długi okres, w zakresie ewentualnej możliwości ich wcześniejszego rozwiązania. Niezależnie bowiem od kwestii związanej z faktem, że umowa nie powinna być zawierana na zbyt długi czas, przekraczający normy ustawowe lub też choćby rzeczywiste potrzeby zamawiającego, warto mieć na uwadze, że zobowiązania podjęte na zbyt długi okres mogą okazać się w konsekwencji niekorzystne dla obydwu stron. Bezspornie bowiem umowy zawarte na czas oznaczony nie powinny być wypowiedzane bez ważnego powodu, który powinien być precyzyjnie określony w danym kontrakcie. Przykładowo w jednym z wyroków KIO wskazano, że „jeżeli już przed zawarciem umowy zamawiający przewiduje, że może nie mieć środków na sfinansowanie zamówienia w kolejnych latach, nie powinien w ogóle decydować się na udzielenie zamówienia na trzy lata, a jedynie na rok”⁴⁵¹.

W orzecznictwie KIO słusznie podkreśla się, że skoro umowę w trybie ustawy Pzp zawiera się na czas oznaczony, to jej wypowiedzenie powinno być możliwe tylko wtedy, jeżeli strony przewidziały taką możliwość oraz jeżeli zaszły okoliczności uzasadniające wcześniejsze

⁴⁴⁹ Por. M. Bielikow-Kucharska, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 195, zob. L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 206–207.

⁴⁵⁰ Por. K. Surówka, *Planowanie zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.

⁴⁵¹ Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt 775/15, Legalis nr 1327070.

rozwiązanie umowy, które zostały ściśle wskazane. Tak więc, wypowiedzenie umowy zawartej na czas oznaczony bez podania przyczyny jest niedopuszczalne⁴⁵². Zamawiający powinni zatem, w mojej ocenie, unikać zaciągania zobowiązań na zbyt długi okres m.in. z uwagi na fakt, że w razie zmiany ich potrzeb wypowiedzenie umowy może okazać się niezgodne z prawem. Ponadto, co już podkreślałem w niniejszej pracy, umowa zawarta na zbyt długi okres może ograniczać dostęp do zamówienia wykonawcom.

W literaturze zauważono, że „częstym przykładem próby ominięcia przepisu zakazującego zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego na czas nieokreślony jest wskazywanie w umowach terminu, na jaki została ona zawarta, jednocześnie w kolejnym punkcie warunkując, iż umowa ulega automatycznemu przedłużeniu na kolejne okresy (np. 1-roczone), jeżeli żadna ze stron najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem danego okresu obowiązywania nie złoży pisemnego oświadczenia, że nie zamierza przedłużać umowy”⁴⁵³. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych brak jednoznacznego wskazania terminu obowiązywania umowy, przy określeniu wyłącznie warunku przerwania umowy zawartej na czas nieoznaczony, stanowi o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych⁴⁵⁴.

W piśmiennictwie podkreślono, że ustawa Pzp „w stosunku do ustawy o zamówieniach publicznych, znacząco zliberalizowała przepisy dotyczące okresu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dalsze ułatwienia w tej mierze przyniosła nowelizacja z dnia 7 kwietnia 2006 r. (por. art. 1 pkt 63 nowelizacji). Znamiennym rysem nowej regulacji jest ograniczenie administracyjnoprawnej ingerencji Prezesa UZP w treść umów, przejawiające się w pozbawieniu tego organu jakichkolwiek kompetencji orzeczniczych w sprawach umów. Do dnia wejścia w życie omawianej nowelizacji (25 maja 2006 r.) zawarcie umowy na świadczenia okresowe i ciągle na okres dłuższy niż 3 lata wymagało zgody Prezesa UZP wyrażanej w drodze decyzji administracyjnej”⁴⁵⁵. Warto również zwrócić uwagę, że zamawiający nie ma obecnie obowiązku zawiadamiania Prezesa UZP o zawarciu umowy na okres dłuższy niż 4 lata, nawet jeżeli wartość powyższej umowy jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, jednakże przy przyjęciu założenia, że przedmiotem umowy są kredyty i pożyczki; świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, partnerstwo publiczno-prywatne. Obowiązek nie dotyczy również umów rachunku bankowego oraz ubezpieczenia, ale

⁴⁵² Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1876/09, Legalis nr 804031.

⁴⁵³ M. Bielikow-Kucharska, *Odpowiedzialność...*, s. 197.

⁴⁵⁴ Orzeczenie GKO z dnia 22 października 2009 r., BDF1/4900/50/50/09/1809, BNDP 2009, nr 4, poz. 13.

⁴⁵⁵ J. Jerzykowski, *Komentarz...*, s. 779.

wyłącznie jeżeli okres umowy rachunku bankowego lub umowy ubezpieczenia nie przekracza 5 lat. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „wyniki kontroli administracyjnej, w której zdecydowana większość wydawanych decyzji potwierdza prawidłowość interpretacji prawa dokonywaną przez wnioskodawców, była jedną z przyczyn, dla których odstąpiono od obligatoryjnej zgody Prezesa UZP na zawieranie umów długoterminowych. Pozostawiono ją jedynie dla umów, w których ilość odmów była zdecydowanie największa tj. wspomnianych już umów o świadczenia ciągłe lub okresowe”⁴⁵⁶.

Ustawodawca wyróżnił także kilka rodzajów umów, które z uwagi na szczególnie przedmiot mogą być zawierane na czas nieoznaczony. Chodzi w tym wypadku o zobowiązania, których przedmiotem są dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci; gazu z sieci gazowej; ciepła z sieci ciepłowniczej; licencji na oprogramowanie komputerowe. Na czas nieoznaczony może być również zawierana umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Zawieranie tych umów na czas nieoznaczony jest uzasadnione faktem, że są one wykonywane w warunkach, w których z przyczyn obiektywnych brak jest konkurencji na danym rynku, trudno zatem uznać, że w tym wypadku istnieje znaczne zagrożenie w dostępie do zamówienia dla MŚP. Omawiane sytuacje można wielokrotnie określić mianem monopolu naturalnego. W odniesieniu do wyżej wskazanych umów nie ma zastosowania art. 142 ust. 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że wyłączono obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia danej umowy na okres przekraczający 4 lata.

Istnieje zatem, w mojej ocenie, związek pomiędzy ustawową możliwością zagregowania zamówienia, poprzez zawarcie umowy na dłuższy okres, a konkurencją, jaka występuje w odniesieniu do danego postępowania. Co do zasady, im mniejsza konkurencja, tym bardziej uzasadnione jest zawarcie umowy na dłuższy okres.

4. Zakaz łączenia zamówień publicznych

Trzecim instrumentem, który powinien, w mojej ocenie, częściowo zapobiegać nadmiernemu agregowaniu zamówień z wykorzystaniem instytucji prawnych, opisanych w niniejszej pracy, jest generalna reguła wynikająca z ustawy Pzp, wskazana w art. 5b pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie

⁴⁵⁶ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji...*, s. 347.

z nią zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy.

Odnosnie do powyższej reguły w piśmiennictwie wskazuje się, że „podobnie jak w przypadku zasady zakazującej dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia, także w tym wypadku zakaz ten uwarunkowany jest celem, któremu miałyby służyć nieuprawnione dzielenie zamówień. Tym samym ustawa nie ustanawia generalnego zakazu łączenia zamówień, do których stosuje się różne przepisy ustawy, ale zakazuje dokonywania ich łączenia po to, by poprzez następcze zastosowanie przepisów właściwych dla jednego z nich doprowadzić do uniknięcia stosowania ustawy dla drugiego z łączonych zamówień. Na przykład nie będzie uprawnione połączenie zamówienia, do którego stosuje się przepisy ogólne, z zamówieniem podlegającym wyłączeniu spod obowiązku stosowania ustawy, w tym celu, by zastosować wyłączenie do obu tych zamówień”⁴⁵⁷. Tak więc, „zakaz łączenia zamówień powinien być odczytywany jako zakaz udzielenia w jednym postępowaniu zamówień, co do których ustawa wymaga zastosowania różnych przepisów – czyli przepisów właściwych dla zamówień udzielanych na zasadach ogólnych (zwanych też zamówieniami klasycznymi), zamówień sektorowych lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (nazwanych dalej reżimami udzielania zamówień). Jeżeli zamawiający udziela zamówień, co do których wymagane jest zastosowanie różnych przepisów (reżimów), to ich połączenie jest dopuszczalne, o ile nie służy obejściu stosowania przepisów ustawy”⁴⁵⁸. Natomiast „łączne udzielenie zamówień na usługi, dostawy czy roboty budowlane, które podlegają różnym reżimom prawnym, w przypadku, gdy połączenie jest celowe z punktu widzenia potrzeb zamawiającego, racjonalne i uzasadnione, a nawet konieczne, nie powinno być traktowane jako niezgodne z komentowanym przepisem”⁴⁵⁹.

Przy dokonywaniu interpretacji i udzieleniu odpowiedzi, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy może zastosowane metody agregacji sprawiły, że doszło do nieuprawnionego łączenia zamówień, należy w mojej ocenie określić, co należałoby rozumieć poprzez „jedno zamówienie”. Trafna w tym zakresie wydaje się opinia Departamentu Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych (UZP/DA/AD/19142/4684/07), zgodnie z którą „jedno zamówienie charakteryzuje się tym, iż mimo dokonanego podziału obejmuje przedmiot o takim samym lub podobnym przeznaczeniu oraz, że przedmiot ten może być zrealizowany przez

⁴⁵⁷ M. Śledziwska, *Proces udzielania zamówień...*, s. 98.

⁴⁵⁸ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, art.5b, Warszawa 2018, Lex.

⁴⁵⁹ J. Jarnicka, M. Jaworska, *Udzielanie zamówienia w częściach a zakaz dzielenia zamówienia i łączenia zamówień*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, Nr 6, Legalis.

jednego wykonawcę”⁴⁶⁰. Odnosnie do pojęcia zamówienia, w doktrynie zwraca się jednak uwagę, że „nie można tu wprost zastosować definicji z art. 2 pkt 13, zgodnie z którą zamówieniem jest odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zakaz podzielenia zamówień nie może być odczytywany jako zakaz zawarcia kilku umów i obowiązek zawarcia jednej umowy (co przekłada się na przeprowadzenie kilku postępowań). Podobnie w przypadku zakazu połączenia zamówień – nie wydaje się, żeby zamiarem ustawodawcy była ingerencja w liczbę zawieranych umów. Dla interpretacji celu przepisu należy przyjąć, że zamówienie to dostawa, usługa lub robota budowlana stanowiąca jedną całość gospodarczą, jedno przedsięwzięcie z punktu widzenia celu jego realizacji”⁴⁶¹.

Zamawiający nie powinni zatem używać technik agregowania zamówień w sposób sprzeczny z art. 5b pkt 1 ustawy Pzp. Przykładowo, nie można w ramach umowy ramowej ujmować zamówień, które są przedmiotowo wyłączone z ustawy Pzp (art. 4), oraz zamówień, do których ustawę Pzp należy stosować. Oczywiście wspomniany zakaz łączenia dotyczy wszystkich postępowań, a nie jedynie tych, w ramach których są wykorzystywane techniki agregowania zamówień. Jednakże w tym ostatnim przypadku z uwagi na zagregowanie zamówienia skutek dla rynku wykonawców, w tym MŚP, może być szczególnie dotkliwy, albowiem może pozbawić oferentów dostępu do zamówienia przez wiele kolejnych lat.

W ustawie Pzp nie został natomiast sformułowany wprost zakaz łączenia zamówień w ramach danej kategorii. Chodzi o brak wskazania w omawianej regulacji, że zamawiający nie powinien łączyć ze sobą np. usług w ramach danego postępowania, które nie są ze sobą w żaden sposób powiązane. Nie ma na przykład uzasadnienia do łączenia w jednym postępowaniu usługi inspektora nadzoru inwestycji budowlanej z usługą wykonywania dokumentacji projektowej. Problematyka wydaje się oczywista z praktycznego punktu widzenia, zatem warto mieć na uwadze fakt, że zamawiający nie powinien łączyć w jednym postępowaniu zamówień, które nie są ze sobą funkcjonalnie powiązane. W mojej ocenie, swoista „pokusa” dla zamawiających, żeby zagregować np. w ramach umowy ramowej szereg rozmaitych niepowiązanych ze sobą w żaden sposób usług lub dostaw, jest mimo wszystko realna.

Powyżej wskazany zakaz nadmiernego łączenia zamówień niepowiązanych funkcjonalnie należy, według mnie, wywodzić przede wszystkim z art. 7 ustawy Pzp, albowiem

⁴⁶⁰ Niepublikowana, por. też: wyrok WSA w Białymstoku z dnia 22 grudnia 2015 r., sygn. akt I SA/Bk 677/15, Lex nr 1957468, nadto: A. Szulakowska, *Planowanie zamówień publicznych i sporządzanie obowiązkowego rocznego sprawozdania*, Wrocław 2015, s. 84.

⁴⁶¹ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Komentarz...*, art. 5b, Warszawa 2018, Lex.

trudno byłoby przyjąć, że niepowiązane ze sobą usługi ogłoszone w ramach jednego postępowania nie utrudnią konkurencji. W razie braku występowania ww. przesłanek, powodujących, że istnieje „jedno zamówienie” w rozumieniu zaprezentowanym przez UZP, należałoby przyjąć, iż istnieje kilka zamówień, które nie powinny być agregowane w sztuczny sposób, albowiem skutkiem takich działań może być utrudnienie dostępu do zamówienia dla wykonawców, zwłaszcza, co już podkreślono, tych z sektora MŚP.

W razie połączenia w jedno postępowanie zamówień niespełniających ww. przesłanek mamy do czynienia z przykładem nadmiernej agregacji zamówienia. Jeżeli w takiej sytuacji zamawiający dokonał takiego zsumowania zamówienia, ale równocześnie podzielił zamówienie na części, to należy przyjąć, iż takie działanie w znacznie mniejszym stopniu może naruszać interes wykonawców. Otwarte pozostaje natomiast pytanie, czy w takim wypadku te części zostały w sposób prawidłowy podzielone. Mógł bowiem powstać przypadek, w którym wykonawcy nie byli w stanie przystąpić do postępowania na daną część z uwagi na fakt, iż jej przedmiotem były zamówienia nietożsame rodzajowo, a zatem dany wykonawca, aby wykonać umowę, musiałby działać w wielu branżach (np. zarówno w zakresie usług, jak i robót budowlanych). Również w takim postępowaniu wydaje się, że mogli łatwiej sprostać negatywnym aspektom nieprawidłowego podziału zamówienia na części wykonawcy o większym rozmiarze (przedsiębiorstwa wielobranżowe), choć mam świadomość, że nie może być w tym wypadku mowy o jakiegokolwiek regule, nie można również nazbyt generalizować.

W piśmiennictwie podkreślono, że „dzielenie zamówienia jest niestety kłopotliwe i prowadzi do zwiększenia po stronie zamawiających nakładów organizacyjnych na postępowania, stąd nie są oni zbyt zainteresowani tego typu działaniami. Swoistym wyjściem z tej niekorzystnej sytuacji jest niewątpliwie stworzenie możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego”⁴⁶². Należy jednak mieć na uwadze, że ustawowa możliwość tworzenia przez wykonawców konsorcjów, jak już wspominałem, nie jest wolna od zagrożeń. Zgodnie z jednym z raportów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „zasadnicze niebezpieczeństwo związane z konsorcjami sprowadza się do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W tym zakresie konsorcja nie różnią się od karteli, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę. Niebezpieczeństwo znacznego

⁴⁶² T. Kocowski, *Wspólni zamawiający i wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, Wrocław 2012, s. 85.

ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich⁴⁶³. Dodatkowo podkreślono, że jeżeli „konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Punktem wyjścia do antymonopolowej oceny konsorcjum jest ustalenie, czy jego uczestnicy nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Wykazanie obiektywnego braku możliwości złożenia odrębnych ofert indywidualnie przez każdego z członków konsorcjum prowadzi do wniosku, że konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu”⁴⁶⁴.

Nieprawidłowości w tym zakresie wynikają częstokroć z braku dostatecznej wiedzy zamawiających, czy dane zamówienie może zostać podzielone, czy też należy go udzielić w ramach jednego postępowania, pomimo iż obejmuje jednocześnie dwa lub nawet więcej rodzajów przedmiotów zamówienia. Wady omawianych działań polegają zatem przede wszystkim na zagregowaniu w ramach jednego zamówienia dwóch rodzajowo odmiennych przedmiotów, pomimo że postępowania powinny być przeprowadzone zupełnie odrębnie lub też mają miejsce w sytuacji, w której mimo podjęcia prawidłowej decyzji o zagregowaniu zamówień rodzajowo odmiennych zastosowano procedurę udzielenia zamówienia niezgodną z przepisami ustawy Pzp. Możliwe zatem są przypadki, gdy zamawiający w ramach jednego postępowania dokonywał agregacji dostaw z usługami, usług z robotami budowlanymi lub też dostaw z robotami budowlanymi, pomimo że zamówienia nie były ze sobą funkcjonalnie powiązane i możliwe było ich całkowite rozdzielenie pomiędzy poszczególnych wykonawców.

Należy „zwrócić uwagę, iż w Przewodniku do wspólnotowych zasad w zamówieniach na dostawę, wydanym przez Komisję Europejską dla interpretacji dyrektywy 93/36/EEC, ale aktualnym dla omawianego wyżej zagadnienia, wskazano, iż zamawiający w pierwszej kolejności powinien rozważyć, czy możliwe jest rozdzielenie dostaw i robót budowlanych na dwa odrębne postępowania, bez szkody dla tych zamówień, tak by zachować reżim prawny

⁴⁶³ *Raport – System...*, s. 80.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, s. 81.

właściwy dla danego rodzaju zamówienia. Jeżeli natomiast istnieją względy przemawiające za potrzebą połączenia dostaw i robót budowlanych w jednym zamówieniu, dla określenia, czy mamy do czynienia z zamówieniem na dostawy, gdyż roboty budowlane mają charakter dodatkowy, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę, czy celem zamówienia jest dostarczenie dobra ruchomego, tzn. takiego które bez szkody dla jego funkcjonowania można przemieszczać w inne miejsca, czy też celem zamówienia jest wejście w posiadanie przez zamawiającego nieruchomości. W tym drugim przypadku wyłączone jest kwalifikowanie zamówienia jako dostawy, a towarzyszących jej robót budowlanych jako zamówienia dodatkowego⁴⁶⁵.

W literaturze podkreśla się istotę znaczenia problematyki zapobiegania nieprawidłowej agregacji zamówień. Zauważono m.in., że „mając na uwadze, że MSP stanowią 99,8% podmiotów w UE – twierdzenie, iż postępowanie jest prowadzone w warunkach prawdziwej konkurencji w sytuacji, gdy przedsiębiorcy z sektora MSP (co najmniej ich liczba zapewniająca konkurencję) nie są w stanie (samodzielnie) spełnić jego warunków wydaje się błędne, sprzeczne z samą istotą konkurencji. (Zapewne trochę inaczej jest w przypadku robót budowlanych, gdy wymagania stawiane wykonawcom są pochodną wielkości i stopnia złożoności obiektu budowlanego, które to cechy wprost wynikają z jego funkcji, a nie przeświadczenia zamawiającego o konieczności łączenia zakresów prac)”⁴⁶⁶.

5. Uwagi końcowe

Ustawodawca wprowadził zatem do ustawy Pzp instrumenty prawne pozwalające przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień. Wydaje się, że wystarczające jest korzystanie obecnie przez zamawiających ze wspomnianych przepisów. Na aprobatę zasługuje zwłaszcza zmiana regulacji w zakresie podziału zamówienia na części, która zmieniła niejako „punkt ciężkości” w zakresie obowiązków zamawiającego. Wbrew poprzednim regulacjom, obecnie zamawiający powinien uzasadniać, jako sytuację wyjątkową, brak podziału zamówienia na części, co w mojej ocenie, może znacznie przyczynić się do wzrostu popularności stosowania takiego podziału. Należy jednak pamiętać, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem „kwestia podziału zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Mając na

⁴⁶⁵ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych, *Udzielanie zamówień wielorodzajowych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/udzielanie-zamowien-wielorodzajowych>.

⁴⁶⁶ D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych...*, s. 11.

uwadze możliwe konsekwencje w dostępie do zamówienia, decyzja o tym, że zamówienie nie będzie dzielone, przy postawionym zarzucie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), podlegać powinna ocenie w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego⁴⁶⁷.

Z kolei wyznaczenie w ustawie Pzp ograniczeń w zakresie czasu trwania umów zawartych w trybie omawianego aktu prawnego jest niezbędne, aby zachować prawa wykonawców, w tym zwłaszcza MŚP, dostępu do rynku zamówień publicznych. Słusznie zauważono bowiem, że „prawo zamówień publicznych przewiduje pewne dodatkowe ograniczenia, które w relacjach istniejących pomiędzy podmiotami prywatnymi nie występują”⁴⁶⁸. Obowiązek zawierania umów na czas oznaczony jest bowiem bezpośrednio skorelowany z możliwością utrudniania dostępu do rynku zamówień wykonawcom oraz obowiązkiem zamawiającego do zapewnienia uczciwej konkurencji. Z drugiej strony nie można mieć zastrzeżeń do przyjętych przez ustawodawcę wyjątków dotyczących zawierania umów na czas nieoznaczony w sytuacjach, gdy konkurencja praktycznie nie występuje. W praktyce nie istnieją bowiem sytuacje, w których na danym terenie jest wielu np. dostawców wody, będących jednocześnie podmiotami odprowadzającymi ścieki, mogących w równym stopniu technologicznym wykonywać przedmiotowe zamówienie.

Również problematyka łączenia zamówień jest bezpośrednio związana z możliwością ograniczenia dostępu do zamówienia dla MŚP. Wspomniane sumowanie może polegać w szczególności na połączeniu w ramach jednego postępowania zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania odmiennych przepisów ustawy. Nie chodzi tu bynajmniej wyłącznie o połączenie w ramach jednego postępowania np. usług wyłączonych przedmiotowo z zakresu stosowania ustawy Pzp i usług objętych omawianym aktem prawnym, ale, w mojej ocenie, również w pewnych przypadkach o połączenie w ramach jednego postępowania zamówień nietożsamyh rodzajowo. Skoro bowiem ustawa zabrania łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy, to można przyjąć, że zakazane może być łączenie w ramach jednego postępowania niepowiązanych funkcjonalnie usług (lub dostaw) i robot budowlanych. Trzeba bowiem zauważyć, że do usług, dostaw i robót budowlanych, jako zamówień publicznych, mają zastosowanie częściowo odrębne przepisy ustawy. Jako przykład można podać chociażby odmienne zasady ustalania wartości

⁴⁶⁷ Tak: KIO w Wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 101/17, Legalis nr 1580620.

⁴⁶⁸ G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 215.

zamówienia przy zamówieniach dotyczących robót budowlanych i odmienne dla usług. Oczywiście ustawa Pzp reguluje również przypadki, w których nie ma przeszkód, żeby łączyć ze sobą w ramach jednego zamówienia usługi, dostawy i roboty budowlane i wielokrotnie takie połączenie będzie jak najbardziej uzasadnione⁴⁶⁹. Jest to jednak zagadnienie bardzo szerokie i odrębne od tematu niniejszego opracowania. Co jednak najistotniejsze i co należy mieć na uwadze w kontekście art. 5b pkt 1 ustawy Pzp, to fakt, że zakazane jest łączenie zamówień w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy Pzp. Nie jest zatem zakazane wprost jakiejkolwiek łączenie zamówień, w szczególności bez intencji zamawiającego uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

⁴⁶⁹ Warto jako przykład podać choćby inwestycje typu „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie w zakres zamówienia wchodzi usługi projektowania i roboty budowlane.

Zakończenie

Metody agregowania zamówień stanowią, w mojej ocenie, istotne instrumenty prawne w systemie prawa zamówień publicznych. Ich wartość jest nie do przecenienia dla zamawiających. Jak wskazałem w niniejszej pracy, celem stosowania wszystkich instytucji służących agregowaniu jest przede wszystkim osiągnięcie pozytywnych skutków ekonomicznych, niezależnie od tego, czy polegają one na zmniejszeniu kosztów związanych z rzadziej przeprowadzanymi, wskutek agregacji, postępowaniami, czy też na możliwości uzyskania korzystniejszych cen ofertowych z uwagi w szczególności na wspólne udzielanie zamówień. Istotny jest również fakt występowania różnic pomiędzy poszczególnymi metodami agregowania, zarówno w zakresie częstotliwości oraz przyczyn stosowania, jak też, co najważniejsze, w odniesieniu do ich wpływu na dostęp do danego zamówienia dla MŚP.

Przedmiotem badań na gruncie niniejszej pracy były dwie podstawowe tezy, do których wykazania posłużyły trzy główne metody badawcze. W mojej ocenie, jeżeli chodzi o pierwszą z tez, dotyczącą właściwego implementowania przepisów unijnych do krajowego porządku prawnego, należy uznać, że krajowy ustawodawca właściwie transponował do ustawy Pzp przepisy nowej dyrektywy klasycznej, dotyczące technik agregowania zamówień. Można mieć wątpliwości co do samej techniki legislacyjnej w tym zakresie i faktu, że transponowanie przepisów do krajowego aktu prawnego miało miejsce wielokrotnie, poprzez niemalże dosłowne wyartykułowanie postanowień dyrektywy w ustawie Pzp. Jednakże podstawowe cele, które zostały wyrażone również w Preambule, a które opisałem w niniejszej pracy, wydają się być spełnione. Trzeba również wspomnieć, że w piśmiennictwie wytyka się krajowemu ustawodawcy pewną niestaranność legislacyjną⁴⁷⁰. Wskazuje się również na konieczność wprowadzenia zmian w zakresie przepisów znowelizowanych w wyniku ustawy z 22 czerwca 2016 r.⁴⁷¹

W przypadku drugiej z tez, wskazanych przeze mnie we wstępie do pracy, moja ocena nie jest całkowicie jednoznaczna. Na aprobatę, w kontekście ułatwień w dostępie do zamówienia dla MŚP, zasługuje przede wszystkim wprowadzenie nowych regulacji, dotyczących umożliwienia przez zamawiających składania ofert częściowych. Wydaje się, że zmiana, skutkująca obowiązkiem zamawiających wyjaśniania w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyczyn braku podziału zamówienia na części, jest tu kluczowa i skłoni te podmioty do szerszego korzystania ze wskazanego instrumentu prawnego,

⁴⁷⁰ Por. J. Jerzykowski, *Klauzule rewizyjne*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10, s. 56.

⁴⁷¹ Por. uwagi R. Szostaka do art. 144 ustawy Pzp opisane w: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, nr 10, s. 52.

co ma zasadnicze znaczenie dla dostępu do rynku zamówień przez MŚP w przypadku zamówień agregowanych.

Jeżeli chodzi natomiast o przepisy, które, w mojej ocenie, mogą umożliwiać zamawiającym utrudnianie dostępu do zamówienia dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorców, to warto wskazać przykładowo na art. 22c ust. 5 ustawy Pzp, na mocy którego w szczególności, w przypadku dynamicznego systemu zakupów warunek minimalnego obrotu rocznego odnosi się do przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień objętych tym systemem. Według mnie nie ma uzasadnienia dla wprowadzenia zależności pomiędzy maksymalną wielkością zamówień objętych systemem podczas całego okresu jego trwania (zwłaszcza że zniesiono 4-letni maksymalny okres trwania dynamicznego systemu zakupów), poza oczywiście faktem, że to dyrektywa w motywie 83 wskazuje na korelację finansowych warunków udziału w postępowaniu z wartością zamówienia⁴⁷². Abstrahując jednak od wymogów zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, nie ma, co do zasady, w mojej ocenie, uzasadnienia dla powiązania finansowych warunków udziału ze zagregowaną, wskutek użycia umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów, wartością zamówienia.

Kolejnym zagrożeniem dla spełnienia celu reformy prawa zamówień publicznych, jakim było ułatwienie dostępu do tego rynku dla MŚP, jest w istocie zwiększenie ustawowych możliwości korzystania przez zamawiających z omówionych przeze mnie metod agregacji. Jako przykład, można wskazać chociażby art. 15c ustawy Pzp, który umożliwia organom kolegialnym jednostek samorządu terytorialnego wskazanie albo powołanie podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego. Korzystanie w szerszym zakresie z tej instytucji prawnej przez jednostki samorządu terytorialnego może utrudnić dostęp do zamówień publicznych lokalnym przedsiębiorcom o najmniejszym potencjale. Nietrudno sobie bowiem wyobrazić sytuację, wskutek której np. gminny centralny zamawiający przeprowadza postępowanie dla wszystkich jednostek, a wskutek agregacji zamówienia warunki udziału są nie do spełnienia przez znaczną liczbę MŚP.

Zasadnym wydaje się, podniesienie jako postulatu *de lege ferenda* konieczności zmiany art. 15a ust. 4 ustawy Pzp, poprzez usunięcie możliwości wskazywania przez Prezesa Rady Ministrów centralnego zamawiającego spośród jednostek samorządu terytorialnego. Takie działanie może być uznane obecnie za dopuszczalne, nie ma natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia dla istnienia takich kompetencji naczelnego organu administracji rządowej.

⁴⁷² Por. motyw 83 preambuły do dyrektywy.

Jak wspomniano wyżej, ustawodawca istotnie zwiększył liczbę regulacji w zakresie metod agregowania zamówień. Takie działanie należy generalnie zaaprobować. Zarówno bowiem nowa dyrektywa klasyczna, jak i ustawa Pzp bardziej szczegółowo niż poprzednio obowiązujące przepisy w tym zakresie reguluje tę problematykę. Zauważono, że niewystarczająca liczba postanowień, które w jasny sposób określałyby zasady postępowania w przypadku np. wspólnego udzielania zamówień, może mieć, mówiąc ogólnie, niekorzystny wpływ na szeroko rozumiany rynek zamówień publicznych. Wynika to z oczywistych mechanizmów, zgodnie z którymi brak regulacji w danej dziedzinie prawa oznacza niepewność dla działań na danym rynku (w tym przypadku rynku zamówień publicznych), co z kolei może prowadzić z jednej strony do powstrzymywania się od prowadzenia postępowań w danej dziedzinie (np. prowadzenia postępowań transgranicznych) lub do działań niezgodnych z prawem (np. z uwagi na brak jednoznacznych przepisów). Innymi słowy, bardziej precyzyjne uregulowanie ww. zagadnienia, związane było zapewne z uzasadnioną potrzebą przestrzegania zasady pewności prawa i zasady przejrzystości.

Kwestia niewystarczającej liczby postanowień w omawianej dziedzinie dostrzegalna jest zasadniczo również w doktrynie prawa. Przykładowo, odnośnie do uzasadnienia dla wprowadzenia w nowej dyrektywie klasycznej przepisów normujących zasady koncentracji zakupów pod względem liczby instytucji zamawiających wskazano, że „brak w dotychczasowych przepisach szczegółowych zasad w odniesieniu np. do zamówień udzielanych wspólnie przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich, mimo, że nie wykluczał takiej formy współpracy między tymi instytucjami, stanowił znaczne utrudnienie. Z uwagi na to w dyrektywie 2014/24/UE zagadnienia takie jak scentralizowane działania zakupowe zostały uregulowane znacznie bardziej szczegółowo, niż miało to miejsce pod rządami dyrektywy 2004/18/WE”⁴⁷³. Zresztą sama treść nowej dyrektywy klasycznej nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości, mianowicie w motywie 73 preambuły wskazano, że „wspólne udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich napotyka obecnie szczególne trudności prawne, dotyczące konfliktów ustawodawstw krajowych. Pomimo tego, że dyrektywa 2004/18/WE w sposób dorozumiany pozwoliła na wspólne transgraniczne publiczne zamówienia, instytucje zamawiające nadal napotykają istotne trudności prawne i praktyczne przy zakupach od centralnych jednostek zakupujących w innych państwach członkowskich lub przy wspólnym udzielaniu zamówień publicznych”.

⁴⁷³ J. Pożarowska, *Zamówienia publiczne...*, s. 56.

W mojej ocenie, zwłaszcza uregulowanie wprost możliwości korzystania z zamówień transgranicznych jest rozwiązaniem właściwym i pożądanym. Pomimo, że jak pokazuje praktyka, współpraca transgraniczna jest obecnie rzadkością, to stworzenie ustawowych możliwości takiej kooperacji z podmiotami zagranicznymi może przyczynić się do jej upowszechnienia.

Dodatkowo, pozytywnie należy odnieść się do tzw. pomocniczych działań zakupowych, których wprowadzenie w wyniku noweli z 22 czerwca 2016 r. do ustawy Pzp, może doprowadzić do zwiększenia profesjonalizacji zamówień. Przykładowo bowiem doradztwo centralnego zamawiającego dla innych podmiotów, dotyczące planowania lub przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, może w wielu przypadkach zapobiegać w rzeczywistości naruszeniom prawa przez zamawiających, którzy wskutek tych działań nabędą stosowną wiedzę, niezbędną do prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Ustawodawca regulując zagadnienia, które poprzednio nie były ujęte w przepisach prawa, nie rozwiązał jednak wszystkich problemów związanych z metodami agregowania zamówień. Mianowicie w dalszym ciągu wątpliwości budzi kwestia (wspomniana w niniejszej pracy), która nie była jednoznaczna również w odniesieniu do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, a mianowicie stosowania ustawy Pzp do umów wykonawczych zawieranych na podstawie umowy ramowej, których wartość jednostkowa jest niższa niż kwota, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Po nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. nie wszystkie metody agregowania zamówień stanowią w równym stopniu instrument prawny, który może posłużyć zamawiającym do naruszania zasady uczciwej konkurencji, poprzez utrudnienie dostępu do zamówienia dla wykonawców o najmniejszym potencjale. Wydaje się, że szczególnie niekorzystne, jeżeli chodzi o MŚP może być przeprowadzanie przez zamawiających postępowań zagregowanych zarówno poprzez umowę ramową, jak i z użyciem centralnego zamawiającego. Ponadto, w mojej ocenie, te dwie instytucje mogą znacznie bardziej przyczyniać się do ograniczenia konkurencji wśród MŚP niż, co do zasady, wspólne udzielanie zamówień albo dynamiczny system zakupów. Powodów dla uzasadnienia takiej tezy jest co najmniej kilka. Po pierwsze, porównując agregowanie w znaczeniu podmiotowym, należy podkreślić, co było już wielokrotnie wskazywane, że umowa ramowa ma charakter zamknięty, a zatem w razie postawienia przez zamawiającego nieproporcjonalnych do potrzeb warunków udziału w postępowaniu możliwość uzyskania zamówienia jest *de facto* niedostępna dla wielu wykonawców przez nawet 4 lata. Z kolei dynamiczny system zakupów ma charakter otwarty, co może niewątpliwie działać jako instrument sprzyjający MŚP. Jeżeli chodzi natomiast o

porównanie zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego ze wspólnym udzielaniem zamówień na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, to według mnie ta pierwsza instytucja może ograniczać dostęp do zamówień dla MŚP w praktyce znacznie częściej. Chodzi w tym wypadku o fakt, że centralny zamawiający, według mnie, wielokrotnie nie wprowadza możliwości składania ofert częściowych, agregując zamówienia, a dopiero następnie redystrybuując je zgodnie z art. 4 pkt 11 ustawy Pzp. Z kolei w razie udzielania zamówienia wspólnie przez kilku zamawiających bardziej oczywistym wydaje się podział zagregowanego zamówienia na części dotyczące poszczególnych zamawiających. Należy oczywiście podkreślić, że możliwe jest wystąpienie sytuacji, gdy centralny zamawiający podzieli dane postępowanie, a zamawiający, którzy udzielają wspólnie zamówienia, nie dokonają przedmiotowej czynności. Chodzi jednak wyłącznie o wskazanie instrumentów prawnych, które wydają się być bardziej adekwatne do naruszenia w tym zakresie konkurencji niż pozostałe.

Na marginesie można także dodać, że w wyniku omawianej nowelizacji zmieniono również przepisy nie dotyczące bezpośrednio metod agregowania zamówień, ale ich wykorzystanie przez zamawiających podczas stosowania tych metod mogłoby utrudniać dostęp do zamówienia dla MŚP. Przykładowo, zmieniono wysokość minimalnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która przed zmianą ustawy Pzp wynosiła 2% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Przy zamówieniach zagregowanych zabezpieczenie w wysokości 2% wartości zobowiązania mogło stanowić dodatkowe utrudnienie dla MŚP, albowiem wymagało albo dysponowania przez wykonawcę ww. środkami finansowymi w gotówce, albo (najczęściej) dokonania zakupu stosownej gwarancji, co niosło wielokrotnie konieczność ponoszenia znacznych kosztów. Obecnie ustawodawca zrezygnował z określania minimalnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co oznacza, że zamawiający, zwłaszcza przy niskim ryzyku kontraktowym, może żądać zabezpieczenia na poziomie np. 0,1% wartości zobowiązania. Przedmiotową zmianę uważam za pozytywną z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze, może ona stanowić ułatwienie dostępu do zamówień, zwłaszcza przy zobowiązaniach zagregowanych. Po drugie, uważam, że odnośnie do zagadnień związanych z wadium oraz zabezpieczeniem należytego wykonania umowy zamawiający powinni mieć maksymalną swobodę w zakresie ustalania warunków postępowania. Nie można oczywiście pomijać kwestii, że w wielu przypadkach ryzyko kontraktowe będzie uzasadniało obciążenie wykonawcy 10-procentowym zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

-----ŹRÓDŁA-----

- 1) COMMISSION EUROPEAN Directorate General Internal Market and Services
EXPLANATORY NOTE – FRAMEWORK AGREEMENTS – CLASSIC DIRECTIVE,
Ref. Ares(2016)810203, 16/02/2016,
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explannotes/classic-dir-framework_en.pdf.
- 2) Dokument roboczy służb Komisji, *Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk ułatwiający dostęp MŚP do zamówień publicznych*, Bruksela, 25.6.2008, SEC(2008)2193,
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_pl.pdf.
- 3) *EUROPEAN BUSINESS TEST PANEL (EBTP) Cross-border public procurement*,
http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/2011/cross-border-public-procurement/report_en.pdf.
- 4) *Evaluation of Public Procurement Directives Markt/2004/10/D*, Final Report Europe.
- 5) *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, Bruksela 2016, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/22102/>.
- 6) Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pn. *Strategia na rzecz e-zamówień*,
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0179&from=PL>.
- 7) *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2012.
- 8) Najwyższa Izba Kontroli – Informacja o wynikach kontroli, *Udzielanie zamówień publicznych na usługi zewnętrzne przez podmioty sektora publicznego*, Warszawa, 26 czerwca 2015, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,10138,vp,12456.pdf>.
- 9) OECD (2011), *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, OECD Publishing.

- 10) Opinia Departamentu Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych (UZP/DA/AD/19142/4684/07), niepubl.
- 11) Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk 4173) z dnia 8 lipca 2005 r., <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/Opwsdr?OpenForm&4173>.
- 12) Opinia merytoryczna o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych wraz z autopoprawką (druki 127 i 127-A) z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie, czy projektowane przepisy realizują zakładane cele nowelizacji, 29 grudnia 2005 r., Warszawa, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opwsdr?OpenForm&127>.
- 13) Opinia prawna – *Wspólne udzielenie zamówienia – art. 16 ustawy Pzp*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, marzec 2011.
- 14) Opinia UZP pt. *Jak uzasadnić rezygnację z podziału zamówienia na części? Czy to, że zamawiającemu wygodniej jest mieć jedną umowę niż trzy na poszczególne części, jest wystarczającym uzasadnieniem?*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-na-czesci>.
- 15) Opinia UZP pt. *Udzielanie zamówień wielorodzajowych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/udzielanie-zamowien-wielorodzajowych>.
- 16) *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts COM (2000) 275 final – 2000/0115 (COD)* z 10 maja 2000 r., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52000PC0275>.
- 17) *Public Procurement in Europe. Cost and effectiveness*. Study prepared for the European Commission by PwC, London Economics and Ecorys, March 2011, <https://ukmin.lrv.lt/uploads/ukmin/documents/files/Studija%20d%C4%97l%20kainos%20ir%20efektyvumo%20vie%C5%A1uosiuose%20pirkimuose.pdf>.
- 18) *Raport – System Zamówień Publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, UOKIK, Warszawa 2013.

- 19) Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 22 maja 2007 r. w sprawie Europy w czasach globalizacji – zewnętrzne aspekty konkurencji, Dz.U. UE C 102 E, 24.04.2008.
- 20) *SMEs' access to public procurement contracts*, Executive summary, 2004.
- 21) *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, opracowanie przygotowane dla Komisji Europejskiej przez PwC, ICF GHK and Ecorys,
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/sm-es-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf.
- 22) Single Market Scoreboard, Performance per Policy Area, Public Procurement, lipiec 2017,
http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.
- 23) Sprawozdanie specjalne Europejskiego Trybunału Obrachunkowego nr 10/2015 pt. *Należy zintensyfikować wysiłki zmierzające do rozwiązania problemów dotyczących zamówień publicznych w obszarze unijnej polityki spójności*,
http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_PL.pdf.
- 24) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2010,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 25) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2011,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 26) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2012,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 27) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2013,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 28) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2014,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 29) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2015,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.

- 30) Sprawozdanie UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2016,
<http://uzp.bip.gov.pl/sprawozdania/sprawozdania-roczne-prezesa-uzp.html>.
- 31) Statut Centrum Zakupów dla Sądownictwa,
<http://www.czdsigb.gov.pl/attachments/article/119/Zarz%C4%85dzenie%20nr%207.16.IGB%20z%20dn.%2015.07.2016r.%20informuj%C4%85ce%20o%20zmianie%20Statutu%20CZDSIGB.pdf>.
- 32) *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2012,
<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-cost-of-different-goals-of-public-procurement.pdf>.
- 33) Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej z dnia 7 kwietnia 2006 r.,
<http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/127>.
- 34) Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 listopada 2003 r., druk sejmowy nr 2218.
- 35) Uzasadnienie rządowego projektu o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 366.
- 36) Wniosek Komisji Europejskiej KOM(2011) 896 wersja ostateczna 2011/0438 (COD) DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY w sprawie zamówień publicznych,
[publ.http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0896_/com_com\(2011\)0896_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0896_/com_com(2011)0896_pl.pdf).
- 37) Zadania i Kompetencje CUW,
http://www.bip.cuw.gov.pl/cuw/zadaniaikompeticje/1130,Zadania_i_kompeticje.html.
- 38) Zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji przedsiębiorstw mikro, małych i średnich, Dz.U. UE L 124 PL, 20.5.2003.
- 39) *Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*, Bruksela, dnia 27.1.2011, KOM(2011) 15 wersja ostateczna,
<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/PL/1-2011-15-PL-F1-1.Pdf>.

-----AKTY PRAWNE-----

I. Prawo unijne

- 1) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. WE L 134 z 30.4.2004).
- 2) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004).
- 3) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 1).
- 4) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014).
- 5) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 243).
- 6) Dyrektywa Rady 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników (Dz.U. UE L 294, 10.11.2001 P. 0022–0032).
- 7) Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. WE L 199/1 z 9.8.1993).
- 8) Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. WE L 199/54 z 9.8.1993).
- 9) Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. WE L 199/84 z 9.8.1993).

- 10) Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG) (Dz.U. UE L 199/1 1985).
- 11) Rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) (Dz.U. UE L 294/1 2001).
- 12) Rozporządzenie (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT) (Dz. Urz. UE L 210 z 31.7.2006, s. 19 ze zm.).
- 13) Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015).
- 14) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 326, 26.10.2012, s. 0001–0390).
- 15) Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 326, 26.10.2012, s. 0001–0390).

II. Prawo krajowe

- 1) Dekret z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz.U. z 1956 r. Nr 16, poz. 87).
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- 3) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231).
- 4) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320).

- 5) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 września 2010 r. w sprawie sposobu i trybu przekształcenia gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych w instytucje gospodarki budżetowej (Dz.U. z 2010 r. Nr 181, poz. 1217).
- 6) Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2479).
- 7) Ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowanych w gospodarce socjalistycznej (Dz.U. Nr 16, poz. 87).
- 8) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.).
- 9) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1875 ze zm.).
- 10) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).
- 11) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 827).
- 12) Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1868 ze zm.).
- 13) Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2096 ze zm.).
- 14) Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2017 r. poz. 328 ze zm.).
- 15) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.).
- 16) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.).
- 17) Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, (t. j Dz. U. z 2017 r., poz. 1311, ze zm.).

- 18) Ustawa z dnia 5 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2142).
- 19) Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551).
- 20) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm.).
- 21) Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. Nr 82, poz. 560).
- 22) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1834).
- 23) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.).
- 24) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778).
- 25) Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012 r. poz. 1271).
- 26) Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1045).
- 27) Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).
- 28) Ustawa z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1579).
- 29) Zarządzenie Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 stycznia 2012 r. w sprawie utworzenia Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucji Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie, niepubl.
- 30) Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 lutego 2013 r. w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie

zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych (Dz.U. MS z 2013 r. poz. 122).

- 31) Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 16 września 2014 r. w sprawie wskazania zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na rzecz sądów powszechnych (Dz.U. MS z 18.04.2014 r. poz. 153).
- 32) Zarządzenie nr 16 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 października 2010 r. w sprawie utworzenia instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych przez przekształcenie gospodarstwa pomocniczego oraz nadania statutu.
- 33) Zarządzenie nr 20 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie zmiany nazwy instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych na Centrum Obsługi Administracji Rządowej oraz nadania mu statutu, <http://bip.centrum.gov.pl/cuw/status-i-podstawa-prawn/1129,Status-i-podstawa-prawna.html>.
- 34) Zarządzenie nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazania jednostek administracji rządowej zobowiązanych do nabywania zamówień od centralnego zamawiającego (M.P. z 31.08.2017 r., poz. 832).
- 35) Zarządzenie Prezesa Rady Ministrów nr 16 z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej, https://centrum.gov.pl/wpcontent/uploads/2017/02/Zarzadzenie_Nr_16_Prezesa_Rady_Ministrow_z_30_03_2011.pdf.

-----LITERATURA-----

1. Andrecka M., *Framework agreements, EU procurement law and the practice*, 2015 no 2, <http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-2-Andrecka%20-%20S%C3%A4rtryck.pdf>.
2. Arrowsmith S., *Public Procurement Regulation: An Introduction*, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.
3. Arrowsmith S., *The Law of Public Utilities Procurement*, 2014.
4. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2013.
5. Baehr J., Czajkowski T., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
6. Bielikow-Kucharska M., *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
7. Bubnowski M., *Ustawa prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, Legalis.
8. Bura A., *Umowy ramowe, Przetargi Publiczne* 2017, nr 5.
9. Chmaj M. (red.), *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2005.
10. Chmaj M. (red.), Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne*, wyd. 2, Warszawa 2010.
11. Dolecki J., *Podział zamówienia na części*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, nr 1.
12. Domański G., *Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski*, Warszawa 1989.
13. Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
14. Dzierżanowski W., *Proporcjonalność jako zasada*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 3.
15. Fernández Martín J.M., *The EC Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford 1996.
16. Filipowicz T., *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015.
17. Gill N., *Zamówienia publiczne. Aspekty praktyczne w komentarzach*, Poznań 2015.

18. Gołaczyński J., *Prawo Mediów Elektronicznych 4/2006*, Dodatek do „Monitora Prawniczego” 2006, Nr 2.
19. Gordon Z., *Podział zamówienia publicznego na części*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, Legalis.
20. Goska H. i in., *Uchwały i zarządzenia organów samorządu terytorialnego dotyczące spraw finansowych*, wyd. 4, 2016, Legalis,
21. Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2014, Legalis.
22. Granecki P., *Ustawa prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016, Legalis.
23. Gudowski J. (red.), T. Bielska-Sobkowicz, G. Bieniek, T. Wiśniewski, H. Ciepla, P. Drapała, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, C. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2013, Lex.
24. Hartung W., Baglaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
25. Hauser R., Niewiadomski Z. (red.), Dominowska J., Jaroszyński K., Piątek W., Skoczylas A., Sawczyn W., Złakowski Ł., *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011.
26. Hoc S., *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
27. Horubski, K. *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, Legalis.
28. Hryc-Ląd A., Smerd A., Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych 2016. komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016.
29. Jachowska K., *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2013, nr 4.
30. Jakacka-Sitek B., *Pełnomocnictwa i upoważnienia w sektorze publicznym. Wzory dokumentów z wyjaśnieniami*, wyd. 2, Warszawa 2016, Legalis.
31. Jarnicka J., Jaworska M., *Udzielanie zamówienia w częściach a zakaz dzielenia zamówienia i łączenia zamówień*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, Nr 6, Legalis.
32. Jaworska M. (red.), Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2017, Legalis.

33. Jerzykowski J., *Klauzule rewizyjne*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10.
34. Jerzykowski J., *Zmiany podmiotowe (cz. 1)*, „Przetargi Publiczne”, 2018, nr 1.
35. Kidyba A., *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2014, Lex.
36. Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
37. Kluszczyńska T., *Centralny zamawiający*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 8.
38. Koba D., *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
39. Kocowski T., *Wspólni zamawiający i wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, Wrocław 2012.
40. Koch A., *Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie*, Poznań 1982.
41. Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, Lex.
42. Kwaśnicki R. (red.), Falkiewicz K., Mika I., Przygodzka M., Rataj A., Wierzbicki P., Woźniak A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2005.
43. Kulawik-Dutkowska J., *Prawidłowe określenie statusu MŚP w kontekście korzystania z pomocy publicznej przez przedsiębiorstwa*, „IKAR” 2014, nr 9, Legalis.
44. Kunicki J., *Centralny Zamawiający i zamówienia wspólne*, „Przetargi Publiczne” 2010, nr 4.
45. Kuźma M., *Zamówienia publiczne po implementacji dyrektyw 2016*, Lex.
46. Lemke M., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001.
47. Lemke M. (red.), Sołtysińska A. i in., *Wprowadzenie w zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności publicznej*, Warszawa 2000.
48. Lipiec-Warzecha L., *Dyscyplina finansów publicznych w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2016, Legalis.
49. Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.
50. Łapecki F., *Funkcje i metody szacowania wartości zamówienia*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 2.

51. Łapecki F., *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1.
52. Łopianowska H., Packo A., *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo Sądów Okręgowych w latach 2010–2015 z komentarzem*, Warszawa 2016.
53. Ługowski W., *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 3.
54. Ługowski W., *Wspólne udzielanie zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 6.
55. Marra M., *Innovation in E-Procurement. The Italian Experience*, November 2004.
56. Matejczuk G., *Powody niedokonania podziału*, „Przetargi Publiczne”, 2018, nr 1.
57. Mazurek G., *Zasada równego traktowania w prawie UE i jej implementacja do prawa krajowego*, Lex.
58. Michałowska M., Grabowska-Szweicer E., Mazurek G., Ziarniak I., *Aukcje i licytacje elektroniczne w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2014.
59. Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015.
60. Niedziela H., *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2011.
61. Niemiec T., *Zakupy centralne*, „Przetargi Publiczne” 2012, nr 8.
62. Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
63. Nowicki H., Nowicki P., *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.
64. Nowicki P., *Stosowanie dyrektyw wprost*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 11.
65. Olejarsz M. (red.), Pożarowska J. i in., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014.
66. Olszowska H., *Dynamiczny system zakupów*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 4.
67. Pacek B., *Przedmiot objęty umową ramową*, „Przetargi Publiczne” nr 7, 2011.
68. Padrak K., *Umowa ramowa*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2008, nr 7, Lex.

69. Pawelec J., *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis.
70. Pawelec J. (red.), Dąbrowska A., Goławski M., Horelik P., *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis.
71. Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001.
72. Piel R., *Kłopotliwy podział*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 4.
73. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, Legalis.
74. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis.
75. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis.
76. Płużański M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, Legalis.
77. Raczkiewicz Z., *Najnowsze orzecznictwo TSUE dotyczące zamówień publicznych*, „Zamawiający” 2014, nr 3.
78. Raczkiewicz Z., *Nieznane aspekty umowy ramowej*, „Prawo zamówień publicznych” 2010, nr 2, Legalis.
79. Raczkiewicz Z., *Techniki i instrumenty w zakresie zamówień elektronicznych w ramach dyrektywy 2014/24/UE*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 9.
80. Raczkiewicz Z., *Zamówienia ponadgraniczne*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 6.
81. Raczkiewicz Z., *Zamówienia publiczne a sektor MŚP*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 10.
82. Raczkiewicz Z., *Unijna polityka spójności*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 2.
83. Rogoń D., *Komentarz do przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Lex.
84. Sadowy J. i in., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013.
85. Safjan M., Bosek L. (red.), Tuleja P. i in., *Konstytucja RP, t. I, Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.
86. Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.

87. Sieradzka M., *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015.
88. Sieradzka M., *Przestępstwo z umowy przetargowej*, Warszawa 2016.
89. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, Legalis.
90. Sieradzka M., Kohutek K., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, Lex,
91. Smyk M., *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010.
92. Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004.
93. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2014.
94. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2018, Lex.
95. Starek J., Rybak E., *Umowa ramowa w świetle dyrektyw*, „Przetargi Publiczne”, 2015, nr 9.
96. Starzyńska W., Kornecki J., Wiktorowicz J., Szymański J., *Zamówienia publiczne a innowacyjność MSP*, Warszawa 2013.
97. Strzępka J., *Umowy ramowe w typologii umów*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, nr 3.
98. Surówka K., *Planowanie zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013 nr 4.
99. Szostak R., *Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7.
100. Szostak R., *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych*, cz. II, „Finanse Komunalne” 2016, nr 12.
101. Szostak R., *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2017, nr 10.
102. Szostak R., *O urzędowej koncepcji nowego prawa zamówień publicznych – krytycznie*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2015, nr 6.
103. Szostak R., *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007.

104. Szostak R., *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.
105. Szostak R., *Udzielanie zamówień publicznych w trybie powtarzalnego przetargu elektronicznego – dynamiczny sposób dokonywania zakupów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1.
106. Szostak R., *Umowy ramowe po nowelizacji*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2007, nr 5.
107. Szostak R., *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.
108. Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, Legalis.
109. Szulakowska A., *Planowanie zamówień publicznych i sporządzanie obowiązkowego rocznego sprawozdania*, Wrocław 2015.
110. Szustakiewicz P., *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011.
111. Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
112. Szulc P., *Umowy ramowe po nowelizacji*, „Przetargi Publiczne” 2007, nr 7.
113. Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego* PWN, Warszawa 1995.
114. Śledziwska M., *Proces udzielania zamówień publicznych po nowelizacji Prawa zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem*, Warszawa 2017.
115. Talago-Sławoj H., Sołtysińska A., *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych*, Warszawa 2016.
116. Tarnawa A., Zadura-Lichota P. (red.), Chaber P., Kalinowska K. i in., *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2011–2012*, Warszawa 2013.
117. Tarnawa A., Zadura-Lichota P. (red.), *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2013–2014*, Warszawa 2015.
118. Tomalik C., *Wspólne zakupy energii elektrycznej*, „Przetargi Publiczne” 2013, nr 3.
119. Tyniec A., I. Wyżgowska, *Centralny Zamawiający i oferta elektroniczna*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10.

120. Wicik G., *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, Legalis.
121. Wicik G., *O usprawnieniach dotyczących umów ramowych w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3.
122. Wicik G., *Treść umów ramowych w praktyce zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, nr 4, Legalis.
123. Wicik G., *Umowa ramowa w zamówieniach publicznych – główne problemy interpretacyjne oraz postulaty de lege ferenda*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, Legalis.
124. Wicik G., Wiśniewski P., *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
125. Wiktorowska E., *Umowy ramowe*, „Przetargi Publiczne” 2006, nr 4.
126. Wiktorowska E., *Zasadność podziału*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 9.
127. Włodyka S., *Porozumienia gospodarcze*, Warszawa 1978.
128. Wysocki J., *Podział zamówienia a szacowanie wartości*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 9.
129. Ziarniak I., *Elektronizacja zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2017, nr 10.

-----ORZECZNICTWO-----

I. Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i sądów krajowych

- 1) Postanowienie SN z dnia 5 marca 2002 r., sygn. akt I CZ 4/02, Lex nr 55233.
- 2) Postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2005 r., sygn. akt WK 22/04, Legalis nr 67742.
- 3) Postanowienie SO w Warszawie z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3341/12, Legalis nr 1327506.
- 4) Uchwała NSA z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt I OPS 3/12, Orzecznictwo NSA i WSA z 2013 r. nr 2, poz. 21.
- 5) Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt V ACa 5/12, Lex nr 1171259.
- 6) Wyrok SA w Poznaniu z dnia 14 września 2012 r., sygn. akt I ACa 527/12, Lex nr 1237400.
- 7) Wyrok SN z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93, OSNC 1994/3/69.
- 8) Wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., sygn. akt IV CKN 821/00, Legalis nr 65083.
- 9) Wyrok SN z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt V CSK 42/09, Legalis nr 178948.
- 10) Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt I CSK 207/14, Legalis nr 1245341.
- 11) Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt V CSK 277/15, Legalis nr 1460678.
- 12) Wyrok SO w Słupsku z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt IV Ca 409/13, niepubl.
- 13) Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V CA 1213/02, LEX nr 126514.
- 14) Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, Lex nr 1713249.
- 15) Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16.10.2014 r., sygn. akt SK 20/12, OTK-A 2014/9/102, Dz.U. z 2014 r., poz. 1458.
- 16) Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1201/14, Legalis nr 1186067.
- 17) Wyrok WSA w Białymstoku z 22 grudnia 2015 r., sygn. akt I SA/Bk 677/15, Lex nr 1957468.

- 18) Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt I SA/Gl 68/17, Legalis nr 1597789.
- 19) Wyrok WSA w Kielcach z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt II SA/Ke 119/13, Lex nr 1299528.
- 20) Wyrok NSA z 30 marca 2017 r., sygn. akt II GSK 1899/15, Legalis nr 1637715.

II. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Zespołu Arbitrów oraz Głównej Komisji Orzekającej w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych

- 1) Orzeczenie GKO z dnia 22 października 2009 r., BDF1/4900/50/50/09/1809, BNDFP 2009, nr 4, poz. 13.
- 2) Orzeczenie GKO z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt BDF1.4800.145.2015, Legalis nr 1640626.
- 3) Uchwała KIO z dnia 28 września 2011 r., sygn. akt KIO/KD 74/11, Legalis nr 761165.
- 4) Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 26/14, Legalis nr 1245571.
- 5) Uchwała KIO z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt KIO/KD 21/14, Legalis nr 993088.
- 6) Uchwała KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 47/15, Legalis nr 1352488.
- 7) Uchwała KIO z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 29/16, Legalis nr 1469382.
- 8) Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 311/08, Legalis nr 304745.
- 9) Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08, Lex nr 485633.
- 10) Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1876/09, Legalis nr 804031.
- 11) Wyrok KIO z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 99/10, Legalis nr 218199.
- 12) Wyrok KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1874/10, Legalis nr 364414.
- 13) Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 617/11, Legalis nr 361377.
- 14) Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 680/11, Legalis nr 402678.
- 15) Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2545/11, Legalis nr 432933.
- 16) Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 777/12, Legalis nr 524520.

- 17) Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1069/12; KIO 1082/12, Lex nr 1168928.
- 18) Wyrok KIO z dnia 25 września 2012 r., sygn. akt 1946/12, Lex nr 1219486.
- 19) Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r., sygn. akt KIO 452/13, KIO 457/13, Legalis nr 741465.
- 20) Wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r., sygn. akt KIO 83/13, Legalis nr 742188.
- 21) Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 827/13, Legalis nr 745955.
- 22) Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1184/13, Legalis nr 741587.
- 23) Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1711/13, Legalis nr 747276.
- 24) Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r., sygn. akt KIO 453/14, Legalis nr 834309.
- 25) Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 517/14, Legalis nr 863219.
- 26) Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 557/14, Legalis nr 863218.
- 27) Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1584/15, Legalis 1086958.
- 28) Wyrok KIO z dnia 5 września 2014 r., sygn. akt KIO/KU 74/14, Legalis nr 1245542.
- 29) Wyrok KIO z dnia 20 października 2014 r., sygn. akt KIO 1987/14, Legalis nr 1163636.
- 30) Uchwała KIO z dnia 28 listopada 2014 r., sygn. akt KIO/KD 103/14, Legalis nr 1473549.
- 31) Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO/KU 106/14, Legalis nr 1245540.
- 32) Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2742/14, Legalis nr 1213857.
- 33) Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 66/15, Legalis nr 1213944.
- 34) Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 208/15, Legalis nr 1218954.
- 35) Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt 398/15, Legalis nr 1241390.
- 36) Wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt KIO 469/15, Legalis nr 1242303.
- 37) Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 517/17, Legalis nr 1242354.
- 38) Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt 192/16, Legalis 1446916.
- 39) Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt 196/16, Legalis 1446914.
- 40) Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 476/16, Legalis nr 1457013.

- 41) Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 775/15, Legalis nr 1327070.
- 42) Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1563/15, Legalis nr 1361061.
- 43) Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1037/16, Legalis nr 1507374.
- 44) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2018/16, Legalis nr 1546259.
- 45) Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2124/16, Legalis nr 1538490.
- 46) Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17, Legalis nr 1576645.
- 47) Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 101/17, Legalis nr 1580620.
- 48) Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1093/17, Legalis nr 1665777.
- 49) Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1206/17, Legalis nr 1657277.
- 50) Wyrok ZA z dnia 23 września 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1531/04, Legalis nr 91509.
- 51) Wyrok ZA z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-648/05, Legalis nr 1472188.
- 52) Wyrok ZA z dnia 30 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-861/06, Legalis nr 82641.
- 53) Wyrok ZA z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1175/07, Legalis nr 1396390.

III. Orzeczenia zagraniczne

- 1) Wyrok ETS z dnia 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass v. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, ECLI: ECLI:EU:C:1980:238.
- 2) Wyrok ETS z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie C 199/85, Komisja przeciwko Republice Włoskiej, Zb. Orz. 1987, s. 1039.
- 3) Wyrok ETS z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C6/90 i C9/90 Francovich i Bonifaci, ECLI:EU:C:1991:428.
- 4) Wyrok ETS z dnia 4 maja 1995 r. w sprawie C-79/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, Zb. Orz. 1995.
- 5) Wyrok ETS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas- Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, ECLI:EU:C:1999:562.

- 6) Wyrok ETS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98, *Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari*, Zb. Orz. 1999, s. I-8607.
- 7) Wyrok ETS z dnia 5 października 2000 r., C-16/98, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, Zb. Orz. 2000, s. I-8315.
- 8) Wyrok ETS z dnia 5 października 2000 r., C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377.
- 9) Wyrok ETS z 5 października 2000 r. w sprawie *Komisja Europejska przeciwko Republice Francji* (C-16/98), *European Court Report* z 2000 r., s. I- 08315.
- 10) Wyrok ETS z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99, *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, s. I-03801.
- 11) Wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consortio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de Botti*, Dz.Urz. C 217 z 3.09.2005 r.
- 12) Wyrok ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605.
- 13) Wyrok ETS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, ECLI:EU:C:2005:644.
- 14) Wyrok ETS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo SpA i Consortio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308.
- 15) Wyrok ETS z dnia 18 stycznia 2007 r., C-220/05, *Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne*, ECLI:EU:C:2007:31.
- 16) Wyrok ETS z dnia 29 listopada 2007 r., w sprawie C 119/06, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, Zb. Orz. 2007.
- 17) Wyrok ETS z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06, *Bayerischer Rundfunk i inni v. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, Zb. Orz. 2007, s. I-11173.
- 18) Wyrok ETS z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d’Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621.

- 19) Wyrok ETS z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg, Zb. Orz. 2009, s. I-4779.
- 20) Wyrok ETS z dnia 23 grudnia 2009 r., wydany w sprawie Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano, sygn. akt C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808.
- 21) Wyrok ETS z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-574/10, Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2012:145.
- 22) Wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2008 r. presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund) i in., wydany w sprawie C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351.
- 23) Wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2013 r. w sprawie Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801.
- 24) Wyrok TSUE z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja p-ko Grecji, Legalis nr 139344.
- 25) Wyrok TSUE z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C 91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182.
- 26) Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C 160/08 Komisja przeciwko RFN, ECLI:EU:C:2010:230.
- 27) Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA, ECLI:EU:C:2014:2345.
- 28) Wyrok ETS z 16 września 1999 r. w sprawie C – 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, nr 8–9A, s. I-5585.
- 29) Wyrok TSUE z dnia 18 października 2012 r., w sprawie C 218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukováíz), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe, przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, przy udziale: Vegyészépítő és Szerelő Zrt, MÁVÉPCELL Kft, ECLI:EU:C:2012:643