

Rozdział I. Zasady prowadzenia postępowania *in-house* i czynności zamawiającego w postępowaniu

1. Zasady ogólne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego a tryb z wolnej ręki *in-house*

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie *in-house* powinno być poprzedzone odpowiednim przygotowaniem i analizami, których sporządzenie pozostaje po stronie zamawiającego. W niniejszym rozdziale zostaną omówione czynności związane z przeprowadzeniem postępowania według systematyki określonej ustawą – Prawo Zamówień Publicznych. W rozdziale zostały omówione czynności zamawiającego, które związane są z realizacją obowiązków wynikających z ustaw samorządowych oraz z ustawy o gospodarce komunalnej, i które również poprzedzają etap udzielenia zamówienia publicznego.

Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w Dziale I Rozdziale 2 ZamPublU znajdują również zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych w trybie z wolnej ręki. Reguły ogólne, wyrażone w tym rozdziale, są uszczegóławiane w przepisach dalszych, z których wynikają określone prawa i obowiązki stron postępowania (zamawiającego i wykonawców).

1.1. Zasada proporcjonalności, przejrzystości

Zasady te wynikają ze znowelizowanego art. 7 ust. 1 ZamPublU. Ich wyartykułowanie w przepisie, *expressis verbis* nie przesądza jednak o tym, że zasady te stanowią nowość na gruncie stosowania prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, zasady te zostały przez orzecznictwo TSUE wyinterpretowane wprost z prawa traktatów, wynikały z dyrektywy klasycznej (również poprzed-

niej, Nr 2004/18/WE), po wtóre, możliwe były do wyinterpretowania z innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, obowiązujących również przed nowelizacją z 22.6.2016 r. W odniesieniu do zamówień z wolnej ręki (w tym *in-house*) z zasad wynikają następujące aspekty:

- 1) konieczność doboru trybu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 2) obowiązek przeprowadzenia transparentnego postępowania;
- 3) zapewnienie niezmienności tych warunków;
- 4) konieczność wprowadzenia jednolitych, wiadomych dla wszystkich wykonawców dróg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1.2. Zasada zachowania uczciwej konkurencji

W sytuacji udzielania zamówienia w trybie pozakonkurencyjnym (z wolnej ręki) zasada ta może być głównie naruszona poprzez nieprawidłowy dobór trybu postępowania. Zasada ta może doznać jednak naruszeń spowodowanych nieprawidłowym określeniem przedmiotu zamówienia [w tym poprzez nieprawidłowe określenie zadania jako wchodzącego w zakres usług o charakterze użyteczności publicznej (świadczonego w ogólnym interesie gospodarczym) lub poprzez wprowadzenie usług niezwiązanych nierozzerwalnie ze świadczeniem głównym] lub oszacowaniem jego wartości.

1.3. Zasada jawności

Zasada jawności postępowania ma pełne zastosowanie do udzielania zamówień publicznych w trybie „z wolnej ręki”. Postępowanie jest jawne, a zamawiający zobowiązany jest do sporządzania protokołu postępowania oraz innych dokumentów związanych z postępowaniem (w tym potwierdzających ustalenia prawne i faktyczne istotne z punktu widzenia postępowania) w formie pisemnej (art. 9 ZamPublU). Zgodnie z art. 8 ust. 1 ZamPublU postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w sytuacjach określonych w ZamPublU.

Ustawodawca w celu zapewnienia maksymalnej transparentności wydatkowania środków publicznych, wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem jedynie w wyjątkowych sytuacjach.

Wyjątki w zakresie stosowania zasady jawności wynikające z ZamPublU odnoszą się:

- 1) do tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ZamPublU);
- 2) do informacji wyjawianych przez strony:
 - a) na etapie dialogu prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego (art. 60d ust. 7 ZamPublU) oraz
 - b) w trakcie negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 58 ust. 3 ZamPublU);
- 3) do informacji udzielanych przez wykonawców w trakcie postępowania prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 73 ust. 5 ZamPublU).

Wyjątki muszą być interpretowane ściśle.

Orzecznictwo

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (wyr. KIO z 12.1.2015 r., KIO 2784/14, Legalis).

1.3.1. Tajemnica przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ZamPublU nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca – najpóźniej w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu – zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ZNKU przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Kluczo-

wym elementem stwierdzenia, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie przesłanek:

- 1) nieujawnienia informacji,
- 2) podjęcia przez uprawnionego działań w zakresie zapewnienia poufności informacji,
- 3) wartość gospodarcza informacji.

1.3.2. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa spółki komunalnej

Możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wykonawców, z którymi zamawiający negocjuje na podstawie przesłanek dotyczących *in-house*, jako podmiotów publicznych lub podmiotów gospodarujących mieniem publicznym (środkami publicznymi), będzie ograniczona. W szczególności należy mieć na względzie brak możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych danych dotyczących spółek komunalnych, wynikającą z DostInfPubU. Nieprawidłowej odmowy udostępnienia informacji dotyczących miejskiej spółki komunalnej dotyczył wyrok WSA w Warszawie z 3.4.2014 r. (II SA/Wa 171/14, Legalis).

Orzecznictwo

W świetle art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. c i d DostInfPubU, udostępnieniu podlega informacja publiczna o majątku publicznym, w tym o majątku osób prawnych samorządu terytorialnego i podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5, pochodzących z zadysponowania majątkiem, o którym mowa m.in. w lit. c, oraz pożytkach z tego majątku i obciążeniach. W piśmiennictwie przyjmuje się, że informacje dotyczące majątku publicznego powinny obejmować między innymi dane dotyczące majątku jednostek samorządu terytorialnego, dane dotyczące spłat pożyczek udzielonych ze środków publicznych i otrzymanych pożyczek i kredytów. Informacje w tym zakresie powinny więc obejmować wszelkie procesy związane z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowaniem (*M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda*, Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji, Wrocław 2008, s. 186–187) (wyr. WSA w Warszawie z 3.4.2014 r., II SA/Wa 171/14, Legalis).

Wyrok został utrzymany w mocy wyr. NSA z 30.9.2015 r. (I OSK 1773/14, Legalis).

W szczególności zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa spółki komunalnej nie powinno prowadzić do niemożności ujawnienia faktów i okoliczności,

które były podstawą ustalenia przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie *in-house*.

1.3.3. Relacja przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych do przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej

Zgodnie z wyrokiem NSA z 9.10.2009 r. (I OSK 322/09, Legalis), ZamPublU, w szczególności art. 96 ZamPublU, stanowi *lex specialis* w stosunku do DostInfPubU. Jednocześnie należy mieć na względzie, że art. 96 ZamPublU nie należy wyklądać w ten sposób, że jedynie dokumenty wymienione w tym przepisie mogą zostać udostępnione. Zgodnie z wyrokiem WSA w Łodzi z 12.6.2012 r. (II SA/Łd 356/12, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>) „z zapisów powołanych przepisów jednoznacznie wynika, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozciąga się również na inne dokumenty, związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego” (a nie wymienione w art. 96 ZamPublU).

Orzecznictwo

Zastrzeżenie tajemnicy stanowi wyjątek od zasady jawności i z tego względu jednostka sektora publicznego nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, co do jej istnienia, ale powinna samodzielnie dokonać oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ZNKU. Złożone zastrzeżenie może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany do ujawnienia informacji, po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU. (...)

Tajemnica przedsiębiorcy, będąca wyjątkiem od zasady jawności umów zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych, nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, gdyż naruszałoby to przewidziane w art. 61 Konst oraz DostInfPubU prawo do informacji o działaniach władzy publicznej organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. (...) Warunkiem koniecznym do uznania istnienia tajemnicy przedsiębiorcy jest wskazanie konkretnych, posiadających wartość gospodarczą należących do niego informacji, które mają korzystać z poufności (Wyr. WSA w Łodzi z 9.6.2014 r., II SAB/Łd 50/14, Legalis).

1.3.4. Jawność negocjacji

Zgodnie z art. 8 w zw. z art. 96 ust. 2 ZamPublU protokół negocjacji jest jawny (ustawa nie przewiduje w tym przedmiocie wyjątku). Przepisy doty-

czące zamówień z wolnej ręki nie precyzują w takim stopniu, jak przepisy dotyczące trybu negocjacji z ogłoszeniem, przebiegu negocjacji. Ustawodawca również nie zawarł odniesienia do tych przepisów. Poufność negocjacji prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wynika m.in. ze specyfiki tych trybów, które z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia wymagają wymiany między zamawiającym a wykonawcą informacji na temat możliwości wykonania zamówienia w sposób najlepiej odpowiadający potrzebom zamawiającego. W tym stadium postępowania możliwe są do dyskusowania rozwiązania technologiczne i organizacyjne związane z zamówieniem. Mając na względzie zachowanie zasady jawności i przejrzystości, tylko w wyjątkowych przypadkach, dotyczących specyficznych zamówień publicznych, będzie można mówić o tajemnicach handlowych przedsiębiorcy będącego podmiotem publicznym (np. nie są objęte tajemnicą dokumenty finansowe wykazujące stopień zaangażowania wykonawcy w wykonywaniu zadań na rzecz zamawiającego, a także wykazujące zdolność do wykonania zamówienia). Składniki przedsiębiorstwa państwowego należy rozpatrywać jako składniki wchodzące w zasób majątku publicznego. Jednocześnie należy uznać, że traktowanie spółki komunalnej jako przedsiębiorcy działającego na rynku konkurencyjnym stoi w sprzeczności z ideą postrzegania takiej spółki jako podmiotu quasi-wewnętrzznego, co jest warunkiem udzielenia zamówienia w trybie *in-house*.

1.4. Zasada pisemności

Stosownie do art. 9 ust. 1 ZamPublU postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Zasada ta dotyczy dokumentowania czynności podejmowanych przez zamawiającego w formie pisemnej, jak również obowiązku wymagania od wykonawców składania dokumentów w postępowaniu w tej samej formie. Ponieważ ZamPublU nie precyzuje definicji pisemności, pojęcie to należy rozumieć stosownie do rozumienia przyjętego na gruncie KC (art. 14 ust. 1 ZamPublU). Przepis art. 9 ust. 1 ZamPublU nie został znowelizowany ZmZamPublU16. W ramach nowych zasad prowadzenia postępowania doznawać on będzie zasadniczego ograniczenia regulacją Rozdziału 2a „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami” wprowadzającą jako zasadę elektroniczną formę wymiany dokumentów między stronami postępowania.

1.5. Zasada preferowania trybów przetargowych

Podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający udziela zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Sformułowanie pozaprzetargowych trybów jako wyjątku nakazuje ich ścisłą wykładnię. Należy wskazać, że wybór trybu udzielenia zamówień publicznych w wielu przypadkach podyktowany jest celami zamówienia, które zamawiający chce osiągnąć (dialog, partnerstwo innowacyjne). Należy wskazać, że odpowiedni ze względu na cel wybór trybu postępowania pomoże zakwalifikować wydatki zamawiającego poczynione w ramach zamówienia jako wydatki kwantyfikowalne w rozumieniu przepisów o współfinansowaniu projektów ze środków funduszy unijnych. Takimi wydatkami, zgodnymi z horyzontalnymi politykami UE, są w szczególności: równość kobiet i mężczyzn, niedyskryminacja, zrównoważony rozwój, w tym innowacje, aktywizacja wykluczonych grup społecznych, ochrona środowiska, społeczeństwo informacyjne [szerzej zob. Komunikat Komisji Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, KOM(2010) 2020, Bruksela 3.3.2010 r.]. Jednocześnie można wskazać, że nieprawidłowe bezpośrednie udzielenie zamówienia wykonawcy jest kwalifikowane w ocenie TSUE jako najpoważniejsze naruszenie wspólnotowego prawa zamówień publicznych.

2. Czynności Zamawiającego w postępowaniu

2.1. Szacowanie wartości zamówienia

2.1.1. Czynność oszacowania wartości zamówienia

Czynności oszacowania wartości zamówienia dokonuje zamawiający, który odpowiedzialny jest za przeprowadzenie postępowania. Czynność oszacowania wartości zamówienia jest czynnością związaną z przygotowaniem postępowania, do której odnoszą się art. 32–35 ZamPublU. W przypadku planowanych przez zamawiających zleceń na rzecz podmiotów powiązanych zamawia-

jący powinni stosować się do zasad ogólnych dotyczących szacowania wartości zamówienia.

Zamawiający, by ustalić, czy w stosunku do planowanego przez niego zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ZamPublU, w pierwszej kolejności powinien ustalić, jaką wartość będzie prezentować przedmiotowe zamówienie. Nawet jeśli zamówienie z założenia nie powinno przekroczyć wartości 30 000 euro wyrażonych w złotych, w celu dokonania samokontroli i wykluczenia zarzutu błędnego oszacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien zastosować się do treści art. 32–35 ZamPublU. Zapisy art. 32–35 ZamPublU regulują odpowiednio:

- 1) ogólne zasady ustalania wartości zamówienia,
- 2) zasady ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane,
- 3) zasady ustalania wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo,
- 4) termin ustalania wartości zamówienia wraz z ewentualną zmianą wartości zamówienia.

Punktem wyjścia do prawidłowego zastosowania procedury ustalenia wartości zamówienia jest art. 32 ZamPublU. W art. 32 ust. 1 ZamPublU wskazano, że podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez VAT, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Ustęp 2 w art. 32 ZamPublU stanowi natomiast, że Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Natomiast w art. 33 ust. 1 ZamPublU wskazano, że wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych albo planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Podstawa szacowania wartości zamówienia w przypadku robót budowlanych zależy zatem od dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia, to jest, czy zamówienie ograniczone jest jedynie do wykonania robót budowlanych, czy jest związane także z zaprojektowaniem robót.

Działania zamawiających nie powinny zmierzać do dzielenia zamówienia na części, czy też zaniżania wartości zamówienia. Takie działania jednoznacznie postrzegane będą jako omijanie obowiązków ustawowych, a Zamawiający powinni liczyć się z konsekwencjami swoich działań, które polegać mogą choćby na podejmowaniu przez podmioty uprawnione środków ochrony prawnej.

2.1.2. Wartość umowy ramowej i dynamicznego systemu zakupów

Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej (art. 32 ust. 7 ZamPublU). Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów (art. 32 ust. 6 ZamPublU). Zgodnie z art. 5 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE w odniesieniu do umów ramowych i dynamicznych systemów zakupów uwzględnia się **maksymalną** szacunkową wartość, bez VAT, wszystkich zamówień przewidywanych przez cały okres obowiązywania umowy ramowej lub okres ważności dynamicznego systemu zakupów.

2.1.3. Szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane

Sposoby szacowania wartości zamówienia obejmującego roboty budowlane określa art. 33 ZamPublU oraz KosztorysInwestR.

2.1.4. Postępowanie, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, dla których wykonania niezbędne będą dostawy

Zgodnie z art. 33 ust. 2 ZamPublU przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót. Jeżeli zatem przedmiotem zamówienia będą np. różne rodzaje roboty budowlane w ramach jednego obiektu budowlanego, np. połączone z wymianą okiem, wówczas dla obliczenia wartości takiego zamówienia należy podsumować całość wydatków dokonanych w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji (zob. *Bazan Aneta*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2015).

2.1.5. Szacowanie wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się

Szacowanie wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się określa art. 34 ZamPublU. Przez zamówienia tego samego rodzaju rozumie się usługi lub dostawy przeznaczone do tego samego lub zbliżonego celu, funkcji lub zbliżone do siebie pod względem cech głównych [zob. A. Wiśniewska, Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych. Część ogólna ustawy (cz. I), Radca Prawny 2006, Nr 3, s. 40; P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, s. 395 i nast.].

2.1.6. Termin ustalenia wartości zamówienia

Zgodnie z art. 35 ZamPublU w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Moment wszczęcia postępowania określony został w art. 2 ust. 7a ZamPublU, a w przypadku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki będzie to moment przesłania wykonawcy zaproszenia do negocjacji.

2.1.7. Aktualizacja ustalenia wartości zamówienia

Stosownie do art. 35 ust. 2 ZamPublU, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zmagający zobowiązany jest, przed wszczęciem postępowania, dokonać zmiany wartości zamówienia.

2.1.8. Należyta staranność

W zakresie udzielania zamówień publicznych zamawiający działa w granicach tzw. sfery dominium (kompetencji właścicielskich), a nie imperium (władztwa publicznego). Zamawiający powinien zatem ocenić, jakie działania powinien podjąć w celu oszacowania wartości zamówienia w sposób odpowiadający stosunkom danego rodzaju. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może skorzystać z pomocy biegłego.

2.1.9. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym

Obok zasad ogólnych, wynikających z art. 32–35 ZamPublU, oszacowanie wartości zamówienia powinno uwzględniać unijne zasady przyznawania przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym rekompensaty z tytułu świadczeń.

2.1.10. Przykładowe orzecznictwo

Orzecznictwo

Izba (...) stwierdza, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy dokonywaniu czynności szacowania wartości zamówienia. Podkreślić należy, że obowiązek prawidłowego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia wynika z faktu, iż w jego następstwie następuje określenie wymagań ustawowych Prawa zamówień publicznych, które będą miały zastosowanie w przygotowywanym postępowaniu. Nie zawsze w wyniku dokonywania oszacowania wartości zamówienia, Zamawiający otrzyma konkretną wartość całości zamówienia, lecz z zasady otrzymuje pewien przedział wartości, dotyczących przyszłego ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy, czy wykonawców planowanego zamówienia. Istotnym jest przede wszystkim ustalenie czy udzielone zamówienie w całości bądź w częściach będzie o wartości poniżej progu stosowania ustawy, czy będzie zamówieniem poniżej, czy powyżej stosowania tzw. progów unijnych. Tym samym za całkowicie niezasadny należy uznać argument Zamawiającego podniesiony w zastrzeżeniach, że biorąc pod uwagę czasookres trwania tego zamówienia objęty trzema umowami Zamawiający nie miał możliwości opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ust. 1 ZamPublU Opis przedmiotu zamówienia, a oszacowanie jego wartości o którym mowa w art. 32 ustawy ZamPublU to dwie różne czynności w postępowaniu. Podkreślić należy, że możliwość dokładnego oszacowania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia zależy niewątpliwie od jego specyfiki (uchw. KIO z 11.2.2016 r., KIO/KD 14/16, Legalis).

Orzecznictwo

Zdaniem Izby należy zauważyć, iż sama czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia dokonywana jest w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynają bowiem w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postano-

wień takiej umowy (art. 2 pkt 7a ustawy ZamPublU) (postanowienie KIO z 28.6.2012 r., KIO 1277/12).

2.1.11. Analiza rynku

Krajowa Izba Odwoławcza w jednym ze swoich wyroków uznała, że wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń Zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania (wyr. KIO z 25.11.2010 r., KIO 2453/10, Legalis). Trafny pogląd KIO pozwala dostrzec, że oczekiwania zamawiającego względem kosztów pewnej inwestycji mogą się różnić od rzeczywistych reguł rynku. W przypadku zastosowania się do procedur wskazanych w art. 32–35 ZamPublU zamawiający w znaczny sposób minimalizuje ryzyko niewłaściwego oszacowania wartości zamówienia, zwłaszcza w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane oraz usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, w stosunku do których zasady obliczania wartości zamówienia wymagają podjęcia przez zamawiających określonych działań. Zastosowanie się przez zamawiających do podstawowych przepisów ZamPublU, nawet w sytuacji, gdy pierwsze wrażenie co do kosztów zamówienia sprawia, że konieczność przeprowadzenia procedury nie zachodzi, pozwoli wyeliminować ryzyko niewłaściwie przeprowadzonej analizy ekonomicznej, a tym samym podważenia prawidłowości wyboru procedury.

W odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w celu uniknięcia naruszenia przepisów o dozwolonej pomocy publicznej, należy upewnić się, czy przewidywane wynagrodzenie wykonawcy spełnia tzw. IV kryterium Altmark.

2.2. Reżim prawny udzielania zamówień w zależności od wartości zamówienia

2.2.1. Zamówienie podprogowe. Wartość zamówienia a stosowanie przepisów ZamPublU

Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia odgrywa zasadniczą rolę w procedurze udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim od wartości zamówienia zależy, czy do udzielenia przez zamawiającego określonego

zamówienia w ogóle będą miały zastosowanie przepisy ZamPublU. Przepisów ZamPublU nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro – tzw. kwota progowa (art. 4 pkt 8 ZamPublU). Oznacza to, że przepisów ZamPublU nie będzie się stosować również do zamówień o wartości równej 30 000 euro. Sprawdzenia dokonujemy biorąc pod uwagę rozporządzenie wydane na podstawie art. 35 ust. 3 ZamPublU, w którym określono średni kurs złotego w stosunku do euro. Rozporządzenie to powinno być wydawane co najmniej raz na 2 lata. W przypadku gdy wartość zamówienia będzie równa lub niższa od równowartości kwoty 30 000 euro, mamy do czynienia z tzw. zamówieniem podprogowym (bagatelnym). Zamówienia te nadal są zamówieniami publicznymi. Zgodnie z art. 2 pkt 13 ZamPublU przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne, zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Do zamówień tych będą miały zastosowanie ogólne zasady wydatkowania środków publicznych, w szczególności sformułowane w rozdziale 5. FinPubU.

2.2.2. Zamówienia poniżej i powyżej progów unijnych

Gdy wartości zamówienia przekroczą kwoty, o których mowa w art. 4 pkt. 8 ZamPublU, wiąże się to bezpośrednio z koniecznością stosowania ZamPublU. W procedurze udzielenia zamówienia in-house zamawiający zobowiązany jest stosować przepisy ogólne udzielania zamówień publicznych, przepisy dotyczące zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki, a także przepisy szczegółowe dotyczące zamówień, które udzielane są jako zlecenia bezpośrednie w systemie „in-house”. Prawa i obowiązki stron postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego uzależnione są m.in. od tego, czy wartość zamówienia przekracza progi unijne lub czy nie sięga tych progów. Okoliczność ta będzie miała na wpływ m.in. na sposoby i terminy publikacji ogłoszeń, przysługujące wykonawcom środki odwoławcze oraz obowiązki notyfikacyjne względem podmiotów zewnętrznych (Komisja Europejska, Prezes UZP). Podstawą dokonania oceny relacji wartości zamówienia do progów unijnych jest KwotyZamKonkR.