



**Lubelskie**  
*Smakuj życie!*

## SZKOLENIE

### POPRAWNOŚĆ UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ W RAMACH PROJEKTÓW DOFINANSOWANYCH ZE ŚRODKÓW UNIJNYCH

Twój pomysł, europejskie pieniądze



**PROGRAM  
REGIONALNY**  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



WOJEWÓDZTWO  
LUBELSKIE

UNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO



Szkolenie jest finansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013

## SPIS TREŚCI:

<b>1. ZASADY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</b>	<b>3</b>
a) Zasada uczciwej konkurencji	3
- Wybrane orzeczenia KIO	5
b) Zasada jawności	5
c) Zasada pisemności	11
d) Zasada pierwszeństwa trybu przetargowego	15
e) Skutki nie zastosowania właściwej procedury	22
f) Ograniczenia trybu przetargowego	25
<b>2. PRZYKŁADY NARUSZEŃ USTAWY PZP</b>	<b>27</b>
a) Przykład 1	27
b) Przykład 2	30
c) Przykład 3	32
d) Przykład 4	34
e) Przykład 5	35
f) Przykład 6	36
g) Przykład 7	38
h) Przykład 8	40
i) Przykład 9	45
j) Orzeczenia KIO	46
k) Szacowanie wartości zamówienia	52
<b>3. PRAWIDŁOWA REDAKCJA SIWZ I OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU</b>	<b>55</b>
a) Tryb udzielania zamówienia	56
b) Opis przedmiotu zamówienia	56
c) Termin wykonania zamówienia	56
d) Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków	57
e) Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków w postępowaniu	57
f) Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów	58
g) Wymagania dotyczące wadium	58
h) Termin związania ofertą	59
i) Opis sposobu przygotowywania ofert	59
j) Opis sposobu obliczania ceny oferty	60
k) Opis kryteriów	60
l) Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego	61
m) Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy	61
n) Istotne dla stron postanowienia	61
o) Pouczenie o środkach ochrony prawnej	62
p) Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych	62
q) Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających	62
r) Opis sposobu przedstawienia ofert wariantowych	63
s) Zapisy odnoszące się do aukcji elektronicznej	65
t) Zwolnienia z obowiązkowego stosowania niektórych zapisów art. 36	65
u) Postanowienia odnoszące się do podwykonawca	65
<b>4. BADANIE I OCENA OFERT</b>	<b>65</b>
a) Otwarcie ofert	66
b) Badanie i wyjaśnianie ofert	67
c) Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu	68
d) Porównanie i ocena punktowa ofert	70
e) Orzecznictwo KIO	70
<b>5. WARUNKI ZMIANY UMOWY</b>	<b>73</b>

Niniejsze materiały szkoleniowe zawierają najważniejsze stanowiska wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych, Krajową Izbę Odwoławczą oraz doktrynę.

1. **ZASADY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH** (zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada bezstronności, jawności, pisemności, pierwszeństwa trybów przetargowych)

Zasady udzielania zamówień publicznych stanowią podwaliny przejrzystego i sprawnego systemu wydatkowania publicznego pieniądza, a ponadto wyznaczają kierunki interpretacji i stosowania norm Prawa zamówień publicznych przez oddziaływanie na zachowanie uczestników systemu zamówień publicznych. Chodzi tu nie tylko o zamawiających (podmioty publiczne), lecz także o wykonawców oraz – co ważne – organy kontrolne, sądy oraz Krajową Izbę Odwoławczą, których zadaniem jest ocena prawidłowości decyzji podejmowanych podczas udzielania zamówienia. W doktrynie podkreśla się, że zasada prawa w ścisłym znaczeniu to obowiązująca norma prawna uznana za szczególnie ważną dla danego systemu prawa lub jego części.

### **ZASADA UCZCIWEJ KONKURENCJI**

Zgodnie z **art. 7 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) dalej p.z.p. lub ustawą, zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca wymienił tę zasadę w pierwszej kolejności nieprzypadkowo, bowiem jest ona jedną podstawowych reguł postępowania, a jej nieprzestrzeganie jest jednym z najczęściej występujących przesłanek do wzruszenia decyzji zamawiających.

Samo pojęcie uczciwej konkurencji nie zostało zdefiniowane w ustawie p.z.p. Analiza aktualnego systemu prawnego wskazuje, że żaden obowiązujący akt prawny nie wskazuje w sposób wyraźny czym jest konkurencja, ani też uczciwa konkurencja, niemniej jednak określone regulacje pozwalają przybliżyć znaczenie tych terminów.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej jako: u.o.k.k. Art. 4 pkt 11 u.o.k.k. stanowi, iż pod pojęciem konkurentów należy rozumieć przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym (rynek właściwy to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji).

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) dalej: u.z.n.k., określa z kolei sytuacje stanowiące podstawę do kwalifikacji danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie 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. Art. 3 ust. 2 wskazuje otwarty katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji, którymi mogą być w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

A *contrario*, uczciwa konkurencja jest działaniem lub zachowaniem przedsiębiorców będących w stosunku do siebie konkurentami, zgodnym z prawem lub dobrymi obyczajami, nie zagrażającym i nie naruszającym interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak już wyżej wskazano, zasada uczciwej konkurencji w prawie zamówień publicznych, sprowadza się do zobowiązania zamawiającego do takiego działania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zapewni uczciwą konkurencję i czuwania nad tym, aby wykonawcy biorący w nim udział postępowali wobec siebie uczciwie, zgodnie z zasadami obrotu gospodarczego i obowiązującym porządkiem prawnym. Nadto zamawiający, działający zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 p.z.p. nie może faworyzować żadnego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. W świetle zasady uczciwej konkurencji zamawiający został obciążony obowiązkami dwojakiego rodzaju.

Po pierwsze przygotowanie postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego oraz jego przeprowadzenie musi być zgodne z zasadą uczciwej konkurencji. W tym zakresie poszczególne rozwiązania ustawy dają zamawiającemu wskazówki, w toku których czynności powinien postępować z zachowaniem szczególnej ostrożności, aby nie naruszyć ustawy. Art. 29 ust. 2 p.z.p. stanowi, iż zamawiający ma obowiązek sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który w żaden sposób nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Przede wszystkim przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 p.z.p.). Wszelkie odstępstwa od reguły wskazanej w art. 29 ust. 3 p.z.p. będą prowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego, a tym samym stanowią podstawę do zakwestionowania i wzruszenia wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie zamawiający, czuwając nad prawidłowym przebiegiem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ma obowiązek przeciwdziałać zachowaniom stanowiącym czynny nieuczciwej konkurencji, eliminując z postępowania oferty wykonawców działających wbrew tej zasadzie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Problematyka zgodnej z Prawem zamówień publicznych redakcji treści opisu przedmiotu zamówienia (m. in. stosowanie znaków towarowych, równoważność)

### **Wybrane orzeczenia KIO**

W orzecznictwie KIO podkreśla się, iż nieprawidłowości przy opisie przedmiotu zamówienia **stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji**.

*Zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. [WYROK KIO z dnia 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt 54/12)]*

*Wskazanie nazwy konkretnego produktu, systemu, technologii lub indywidualnych i właściwych dla określonego produktu cech stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim wypadku nie jest wystarczające dopuszczenie rozwiązań równoważnych, lecz konieczne jest określenie zakresu równoważności. [Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2011 r. (sygn. akt 1772/11)]*

### **ZASADA JAWNOŚCI**

Zasada jawności, którą przewiduje ustawa, wpisuje się w prawo obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa (art. 61 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.; Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

Rozwinięciem przepisu konstytucyjnego jest ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.). Zakres podmiotowy zastosowania tej ustawy i p.z.p. jest w znacznym stopniu zbieżny. Jednak należy uznać, iż p.z.p. wprowadza odmienne rozwiązania dotyczące zasad i trybu udostępniania informacji o prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne, niż ustawa o dostępie do informacji publicznej.

## Jawność w zamówieniach publicznych

Analizując zasadę jawności postępowania możemy stwierdzić, że ma ona charakter zarówno wewnętrzny (tzn. wobec uczestników postępowania), jak i charakter zewnętrzny (tzn. wobec wszystkich osób zainteresowanych postępowaniem).

### Jawność ogłoszeń

Jawność postępowania oznacza przede wszystkim jawność wobec potencjalnych uczestników postępowania, tzn. szybki dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu.

Zamawiający:

1. może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na własnej stronie internetowej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych (art. 13 p.z.p.),

2. w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego:

- zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (art. 40 ust. 1 p.z.p.),
- zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 40 ust. 2 p.z.p.),
- przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 40 ust. 3 p.z.p.),
- może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim (art. 40 ust. 5 p.z.p.).

3. w trybie licytacji elektronicznej zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja (art. 75 ust. 1 p.z.p.),

4. ogłoszenie o konkursie:

- zamieszcza w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (art. 115 ust. 1 p.z.p.),
- zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 115 ust. 3 p.z.p.),
- przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 115 ust. 4 p.z.p.),
- może opublikować również w inny sposób, np. w postaci ogłoszenia w gazecie (art. 115 ust. 5 p.z.p.),

5. zamawiający sektorowy może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na własnej stronie internetowej okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach lub umowach ramowych (art. 135 ust. 1 p.z.p.).

### **Jawność podczas toczącego się postępowania**

Jawność postępowania polega na tym, że każdy, bez wyjątku, ma prawo dostępu do informacji i dokumentów w zakresie prowadzonego postępowania. Tylko przepisy ustawy mogą ograniczyć bądź wyłączyć jawność postępowania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.10.2004 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-1694/04).

Najważniejszy dokument w każdym postępowaniu, który przygotowuje zamawiający, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest przekazywana wykonawcom. Zamawiający może dodatkowo (tylko w przetargu nieograniczonym ma taki obowiązek) udostępnić specyfikację istotnych warunków zamówienia także na stronie internetowej (art. 37 i art. 42 ust. 1 p.z.p.). Niezamieszczenie przez zamawiającego na stronach internetowych kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmującej również dokumentację projektową, jak również udostępnianie wykonawcom dokumentacji projektowej wyłącznie do wglądu, stanowi naruszenie zasady jawności postępowania, równego traktowania i ogranicza krąg osób potencjalnie zainteresowanych zamówieniem i uchybia obowiązkowi wynikającym z art. 42 ust. 1 p.z.p. (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25.01.2007 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-61/07).

Na mocy art. 86 ust. 2 p.z.p. otwarcie ofert jest jawne. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 p.z.p.). Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 lutego 2005 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-312/05).

W orzecznictwie przyjmuje się także, iż jawne są oferty wstępne składane w trybie negocjacji z ogłoszeniem, pomimo iż nie wynika to wprost z ustawy. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co stanowi gwarancję weryfikacji czynności podejmowanych w toku postępowania przez zamawiającego. Przyjęcie stanowiska, iż do ofert wstępnych nie stosuje się zasady jawności, skutkowałoby rzeczywistym pozbawianiem możliwości stosowania środków ochrony prawnej przez wykonawców, których oferta wstępna została odrzucona (wyroki Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2007 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-687/07 i sygn. akt: UZP/ZO/0-706/07).

W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia. Protokół wraz z załącznikami jest jawny (art. 96 ust. 3 p.z.p.). Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie protokołu lub

załączników może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku. Bez zgody zamawiającego wnioskodawca w trakcie wglądu do protokołu lub załączników w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego nie może samodzielnie kopiować lub utrzymywać za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo o unieważnieniu postępowania. Powyższe rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 96 ust. 5 p.z.p.

### **Jawność wyników postępowania**

Zasada jawności dotyczy nie tylko samego przebiegu postępowania, lecz również jego efektów. Jawne są bowiem informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu wykonawcy, o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania (art. 92 i art. 93 ust. 3 p.z.p.).

Informacje, o których mowa w art. 92 p.z.p. są przejawem jednej z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady jawności. Zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 92 p.z.p. ma istotne znaczenie prawne, bowiem na czynność tą przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 107/08).

Umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (art. 139 ust. 3 p.z.p.).

Zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia:

- zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 95 ust. 1 p.z.p.),
- przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 95 ust. 2 p.z.p.).

Zamawiający ma także obowiązek przekazywać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacje o zawartych umowach zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu



o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. Nr 155, poz. 1110 ze zm.), wydanym na podstawie art. 98 ust. 4 p.z.p.

Zamawiający niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu ogłasza o jego wynikach:

- zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 126 ust. 1 p.z.p.),
- przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 126 ust. 2 p.z.p.).

### **Jawność w ramach środków ochrony prawnej**

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczany jest przez Prezesa Izby według kolejności wpływu odwołań z alfabetycznej listy członków Izby, jawnej dla stron postępowania odwoławczego (art. 188 ust. 2 p.z.p.). Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie (art. 189 ust. 5 p.z.p.). Ogłoszenie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą następuje również na posiedzeniu jawnym (art. 196 ust. 1 p.z.p.).

### **Konsekwencje naruszenia zasady jawności**

Naruszenie przez zamawiającego zasady jawności może spotkać się ze strony wykonawców z reakcją w postaci wniesienia środków ochrony prawnej (odwołanie i skarga).

Zamawiający, który podlega przepisom ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.) musi pamiętać, iż zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m.in. niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie, nagana, kara pieniężna oraz zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi (art. 31 ust. 1).

Zamawiający nieobjęty odpowiedzialnością na podstawie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odpowiada na podstawie przepisów p.z.p., która przewiduje, iż zamawiający, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności podlega karze pieniężnej (art. 200 ust. 2 pkt 3 p.z.p.). Wysokość kary pieniężnej ustala się w zależności od wartości zamówienia.

Należy także pamiętać, że jedną z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest sytuacja, gdy ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

## Wyjątki od zasady jawności

W ustawie p.z.p. przewidziane zostały wyjątki od zasady jawności. Zgodnie z art. 8 ust. 2 p.z.p. zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wyjątki od zasady jawności są zatem zapisane w poszczególnych przepisach ustawy.

Na mocy art. 8 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie (art. 38 ust. 1 i 2 p.z.p.).

Prowadzone negocjacje w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz w trybie negocjacji bez ogłoszenia mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami (art. 58 ust. 3 i art. 65 p.z.p.).

Prowadzony dialog w trybie dialogu konkurencyjnego ma również charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem (art. 60d ust. 7 p.z.p.).

Do momentu zamknięcia licytacji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców (art. 79 ust. 3 p.z.p.). Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej również nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców (art. 91c ust. 3 p.z.p.).

Załączników do protokołu nie udostępnia się do chwili dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 96 ust. 3 p.z.p.).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie. Od tej zasady jest jednak wyjątek. Otóż, na wniosek strony lub z urzędu Izba wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników (art. 189 ust. 6 p.z.p.).

## Reasumując

Zasada jawności przewija się przez całe postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, od momentu jego wszczęcia, poprzez cały jego przebieg, aż do momentu publikacji jego wyników. Zasada jawności ma gwarantować przejrzystość procedur udzielania zamówień publicznych, otwarty, publiczny i równy dostęp do zamówień, rzeczywistą konkurencję w ubieganiu się o zamówienia

zapewniającą wybór najkorzystniejszych ofert oraz możliwość kontroli prawidłowości działań osób i instytucji udzielających zamówień, a także nieskrępowany dostęp do zamówień dla przedsiębiorców.

## **ZASADA PISEMNOŚCI**

Prawo zamówień publicznych przewidując obowiązek zachowania formy pisemnej wskazuje, że pod tym pojęciem należy rozumieć przewidzianą przez art. 78 Kodeksu cywilnego zwykłą formę pisemną, dla zachowania, której wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 p.z.p. zamawiający, co prawda wybiera sposób porozumiewania się z wykonawcami, z tym jednak, że jego wybór ograniczony jest do trzech form: pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Ponadto w art. 27 ust. 3 p.z.p. ustawodawca przewidział kolejne ograniczenie wskazując, iż wybór formy przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Zatem zamawiający wybierając sposób porozumiewania się z potencjalnymi wykonawcami nie może wybrać sobie takiej formy, która eliminuje automatycznie część wykonawców. Tak, więc jeśli w małej, wiejskiej gminie, w której nie jest rozwinięta infrastruktura poczty elektronicznej, zamawiający wybierze, jako formę porozumiewania się tylko drogą elektroniczną, to naruszy zasadę konkurencji, gdyż uniemożliwi części potencjalnych wykonawców udział w postępowaniu. Ustawa nie dopuszcza ustnego porozumiewania się pomiędzy wykonawcami a zamawiającym. Natomiast zgodnie z art. 27 ust. 2 p.z.p., jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, każda ze stron może żądać od drugiej niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. W art. 27 ust. 4 p.z.p. przewidziano możliwość żądania przez zamawiającego, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzane pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednak takie zastrzeżenie musi być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Także umowa o zamówienie publiczne powinna być zawarta w formie pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Umowa zawarta w innej formie jest nieważna.

Art. 82 ust. 2 p.z.p. wskazuje, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Takie rozwiązanie związane jest z tym, że oferta jest stanowczą wolą wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym, o treści określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na wykonawcy spoczywa szczególny obowiązek przygotowania oferty z należytą starannością. Dotyczy to zwłaszcza obowiązku parafowania wszystkich stron złożonej oferty. Brak parafy lub podpisu powoduje, że taka oferta jest nieważna i podlega odrzuceniu. Rozwiązanie takie jest spowodowane tym, że podpis, bowiem nie tylko sygnalizuje tożsamość osoby składającej oświadczenie, ale także zamyka je, jako oświadczenie stanowcze. Swoim podpisem wykonawca wskazuje, że taka jest właśnie treść oferty i chce zawrzeć umowę z zamawiającym na przedstawionych warunkach. Zamawiający może dopuścić do składania

ofert w postaci elektronicznej, z tym, że taka oferta musi być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262). Art. 3 pkt 1 tej ustawy stanowi, że podpisem elektronicznym są dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Podpis powinien być bezpieczny, a więc powinien posiadać odpowiedni certyfikat wskazujący na jego użytkownika.

### **Dokumentowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Zamawiający na podstawie przepisów rozdziału 5 działu II p.z.p. są zobowiązani do dokumentowania swoich działań. Podstawowym dokumentem w tym zakresie jest protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek sporządzania protokołu powstaje w chwili wszczęcia postępowania. Wynika to wprost z regulacji art. 96 ust. 1 p.z.p., która stanowi, że protokół sporządza się w trakcie postępowania, czyli wraz z dokonywaniem poszczególnych czynności. Obowiązek prowadzenia protokołu na bieżąco oznacza także, iż informacje zawierane w protokole, które odnoszą się do czynności poprzedzających wszczęcie postępowania, powinny być w nim zamieszczone niezwłocznie po wszczęciu postępowania. Jak już wspomniano, protokół stanowi jedyny dokument utrwalający przebieg postępowania. Obowiązek jego sporządzenia istnieje niezależnie od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie, oraz od wartości przedmiotu zamówienia. W ustawie określono minimalny zakres informacji, które muszą być objęte treścią protokołu, natomiast szczegółowe określenie tego zakresu zostało dokonane — na podstawie upoważnienia ustawowego — w akcie wykonawczym, tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że protokół z każdego postępowania, niezależnie od jego wartości, musi zawierać informacje wskazane w art. 96 ust. 1 p.z.p. (obligatoryjny zakres informacji), tj.:

- 1) opis przedmiotu zamówienia;
- 2) informację o trybie udzielenia zamówienia;
- 3) informacje o wykonawcach;
- 4) cenę i inne istotne elementy ofert;
- 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert.

Protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 p.z.p. zawiera, w zależności od zastosowanego trybu postępowania, informacje dotyczące:

- 1) zamawiającego;
- 2) przedmiotu zamówienia publicznego, zwanego dalej "zamówieniem";
- 3) określenia wartości zamówienia, wartości umowy ramowej lub wartości dynamicznego systemu zakupów, wartości zamówienia udzielanego w częściach, wartości zamówień uzupełniających oraz daty i sposobu ich ustalenia;
- 4) powodów zastosowania przez zamawiającego innego trybu udzielenia zamówienia niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony;

5) osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia i złożenia przez nie oświadczenia na druku ZP-1;

6) ogłoszeń i zmiany treści ogłoszeń;

7) wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu, negocjacjach, składania ofert, ofert wstępnych lub ofert orientacyjnych;

8) zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia;

9) wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożyli oferty, oferty wstępne lub oferty orientacyjne;

10) wykonawców dopuszczonych do udziału w dynamicznym systemie zakupów;

11) miejsca i terminu składania ofert;

12) otwarcia ofert;

13) kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub części zamówienia;

14) zestawienia ofert;

15) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

16) wykonawców wykluczonych z postępowania;

17) ofert, które zostały odrzucone;

18) zastosowania aukcji elektronicznej;

19) wyboru najkorzystniejszej oferty;

20) zatwierdzenia wyniku postępowania;

21) zawiadomienia o wyborze albo unieważnieniu postępowania oraz powodów unieważnienia postępowania;

22) środków ochrony prawnej;

23) udzielenia zamówienia publicznego;

24) załączników do protokołu;

25) uwag do protokołu.

Jak wynika z regulacji Prawa zamówień publicznych, wszystkie dokumenty z postępowania stanowią załączniki do protokołu. W art. 96 ust. 2 p.z.p. został wskazany otwarty katalog dokumentów będących takimi załącznikami (są to m.in.: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania wykonawców, zawiadomienia, wnioski oraz umowa). Ten sam przepis wskazuje ponadto, że załącznikami będą również inne dokumenty oraz informacje składane zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców. W szczególności załącznikami stają się: wyjaśnienia dotyczące treści ofert (składane na podstawie art. 87 ust. 1), wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1), a także ocena tych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego. Załącznik do protokołu stanowią także wszelkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, w szczególności poświadczające powołanie komisji przetargowej i ewentualne zmiany w jej składzie, ale też notatki służbowe sporządzane w związku z prowadzonym postępowaniem.

Prawo zamówień publicznych ponadto nakłada na zamawiającego dwa obowiązki dotyczące okresu oraz sposobu przechowywania protokołu. Czteroletni okres przechowywania protokołu oraz załączników rozpoczyna się wraz z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc następnego dnia po zawarciu umowy. Ze względu na konieczność przechowywania poszczególnych dokumentów przez dłuższy okres zamawiający powinien stosować się do postanowień innych aktów prawnych, w szczególności ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 z późn. zm.) oraz aktów wykonawczych. W okresie przechowywania protokołu stanowi przedmiot czynności kontrolnych podejmowanych przez Prezesa UZP oraz innych właściwych organów kontrolnych, w szczególności NIK i RIO. Stanowi on materiał dowodowy i może być uwzględniany m.in. w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i odpowiedzialności z tego tytułu. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.), karalność za naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje, jeżeli od czasu popełnienia naruszenia minęły 3 lata, aczkolwiek wszczęcie postępowania przed upływem tego terminu może spowodować przedłużenie okresu karalności. W okresie przechowywania protokoły mogą być także wykorzystywane przez prokuraturę i sądy w przypadku postępowań karnych.

Szczególnym załącznikiem do protokołu jest umowa w sprawie zamówienia publicznego, która — tak jak pozostałe załączniki — powinna być przechowywana przez co najmniej 4 lata. Jeżeli jednak dotyczy ona zamówień realizowanych w dłuższym okresie lub z jej postanowień wynikają obowiązki lub roszczenia, które mogą wykraczać poza ten okres, powinna być przechowywana aż do zakończenia tego okresu. Za załącznik do protokołu nie będą natomiast uznane zmiany wprowadzane do umowy w trakcie jej wykonywania, ponieważ protokół dotyczy postępowania, a nie zamówienia, i nie obejmuje dokumentów sporządzanych po jego zakończeniu. Wskazać jednak należy, że w związku z przepisami o jawności umów oraz (w szczególności) o kontroli następczej zamawiający musi zachować przez co najmniej 4 lat wszystkie aneksy do umowy w sprawie zamówienia. Warto też dodać, że art. 86 § 1 Ordynacji podatkowej (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) stanowi, iż „podatnicy obowiązani do prowadzenia ksiąg podatkowych przechowują księgi i związane z ich prowadzeniem dokumenty do czasu upływu okresu przedawnienia zobowiązania podatkowego”. Umowa będzie przeważnie tego typu dokumentem. Z art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej wynika, iż „zobowiązanie podatkowe przedawnia się z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku”; w związku z tym zamawiający jest zobowiązany do przechowywania umowy oraz aneksów do umowy przez co najmniej ten okres.

Obowiązek przechowywania protokołu wraz z załącznikami oznacza, że zamawiający nie może zwrócić wykonawcy oferty po upływie terminu do ich składania, z wyjątkiem ofert złożonych z uchybieniem tego terminu. Protokół wraz z załącznikami powinien być przechowywany w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Zamawiający odpowiada zarówno za zniszczenie, jak i zagubienie protokołu oraz załączników, w szczególności złożonych ofert. Obowiązek przechowywania protokołu i załączników w stanie nienaruszalnym oznacza także, iż dołączone przez wykonawców do oferty oryginały dokumentów nie mogą być — np. po zakończeniu postępowania — zastąpione kopiami i zwrócone wykonawcy. Wyjątek od tej zasady stanowi jedynie prawo zwrotu wykonawcom, których

oferty nie zostały wybrane, niektórych dokumentów załączonych do ofert. Chodzi tu o złożone przez wykonawcę plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe lub inne podobne materiały, które mogą być zwrócone po złożeniu przez wykonawcę wniosku w tej sprawie. Z ustawowej listy elementów oferty, które mogą być zwrócone, wyraźnie wynika, że żądanie zwrotu może dotyczyć tylko tych elementów, które mają charakter prac twórczych lub są objęte ochroną praw autorskich albo praw wynikających z ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. — Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.).

## **ZASADA PIERWSZEŃSTWA TRYBU PRZETARGOWEGO W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Zasada pierwszeństwa postępowania przetargowego wśród trybów udzielania zamówień publicznych stanowi konsekwencję podobnych uregulowań na gruncie prawa wspólnotowego, które wskazują na cztery rodzaje procedur obowiązujących w prawie wspólnotowym (dyrektywa 2004/18/WE): 1) procedurę otwartą, 2) procedurę ograniczoną, 3) procedurę negocjacyjną, 4) procedurę dialogu konkurencyjnego. Dwie pierwsze traktowane są jako procedury podstawowe, a przepisy wspólnotowe nie ograniczają swobody ich wyboru. Trzecia z nich, która obejmuje procedurę negocjacyjną z uprzednim ogłoszeniem, oraz procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia; traktowana jest jako wyjątkowy tryb udzielania zamówień publicznych, a zatem dopuszczalny tylko w szczególnych okolicznościach. Przy czym każde z państw członkowskich ma prawo jeszcze zawęzić krąg przesłanek pozwalających stosować ten rodzaj procedur.

W niektórych przypadkach można także skrócić terminy w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego i wówczas mamy do czynienia z procedurą przyspieszoną (*accelerated procedure*). Z uwagi jednak na fakt, że skrócenie terminu składania ofert zmniejsza możliwości oferentów, co może prowadzić do ograniczenia zasady zachowania konkurencji, to uprawnienie zamawiającego należy wykorzystywać w sposób ograniczony, mający miejsce tylko w wyjątkowych przypadkach. Dotyczy to sytuacji, gdy z przyczyn obiektywnych i niezależnych od zamawiającego zachodzi pilna konieczność przeprowadzenia postępowania, a jednocześnie nie jest możliwe zachowanie standardowych terminów.

Procedura otwarta czyli *open procedure*, *offenes Verfahren*, *procédure ouverte*, umożliwia wszystkim zainteresowanym przedsiębiorcom składanie ofert, a jej odpowiednikiem w p.z.p. jest przetarg nieograniczony. Jako, że jest to procedura zapewniająca w sposób optymalny zachowanie zasady uczciwej konkurencji przepisy wspólnotowe nie wprowadzają żadnych rygorów ograniczających jej stosowanie. Z kolei procedura ograniczona czyli *restricted procedure*, *nichtoffenes Verfahren*, *procédure restreinte* umożliwia udział w postępowaniu tylko przedsiębiorcom zaproszonym przez zamawiającego do składania ofert. W polskich przepisach dotyczących zamówień publicznych jej odpowiednikiem będzie przetarg ograniczony.

Dopuszczalna jest także taka forma prawna na gruncie prawa krajowego, która dopuszcza ustanowienie tylko jednej z dwóch przedstawionych wyżej procedur, jako procedury podstawowej. Podstawowa różnica między nimi polega na tym, że w przypadku procedury otwartej ofertę może

złożyć każdy zainteresowany wykonawca, natomiast w przypadku procedury ograniczonej tylko krąg podmiotów zaproszonych przez zamawiającego. Dokonując wstępnej oceny podmiotów mogących stać się uczestnikami procedury ograniczonej, zamawiający posługuje się takimi kryteriami jak: wiarygodność podmiotu, sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawcy, możliwości techniczne. W przypadku wyboru mniejszej liczby wykonawców spełniających warunki minimalne zamawiający nie może stosować kryteriów dowolnych i arbitralnych, lecz musi się opierać jedynie o kryteria wskazane wcześniej. Zamawiający może na początku postępowania ustalić ilu kandydatów zamierza zaprosić do postępowania, ustalając tzw. „krótką listę” (od 5 do 20). Jednocześnie liczba ta ma zapewnić rzeczywistą konkurencję w prowadzonym postępowaniu. Jeśli zamawiający z góry nie określa liczby zaproszonych wykonawców, zdaniem Komisji Europejskiej liczbą zapewniającą rzeczywistą konkurencję, będzie co najmniej trzech wykonawców. Jednak zgodnie z orzeczeniem ETS liczba ta wynosić powinna w procedurze ograniczonej co najmniej pięciu wykonawców, ponieważ liczba mniejsza byłaby niewystarczająca dla zapewnienia rzeczywistej konkurencji.

Trzecia z procedur to procedura negocjacyjna obejmująca tak naprawdę dwie inne: procedurę negocjacyjną z uprzednim ogłoszeniem, procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia (z drobnymi różnicami między dostawami, a usługami i robotami budowlanymi. Podczas ich przeprowadzania zamawiający wybiera wykonawców i negocjuje z nimi warunki zamówienia, a ponadto są to procedury najmniej sformalizowane. Jednak nawet w przypadku takich procedur, zamawiający zobowiązany jest przestrzegać podstawowych zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, wyznaczenia w sposób obiektywny kryteriów oceny ofert oraz dokonania tej czynności w sposób obiektywny. Stosowanie tej procedury jest możliwe tylko jako wyjątek od procedur podstawowych. ETS wielokrotnie podkreślał, że przepisy zezwalające na odejście od trybów podstawowych muszą być interpretowane ściśle i dokładnie. Ponadto lista przesłanek upoważniających zamawiającego do przeprowadzenia postępowania w trybach negocjacyjnych jest ścisła i nie powinna być interpretowana rozszerzająco przy czym ciężar dowodu, że wyjątkowa sytuacja upoważniająca do zastosowania trybu negocjacyjnego faktycznie nastąpiła spoczywa na zamawiającym. Procedura negocjacyjna z uprzednim ogłoszeniem jest procedurą, w ramach której zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu przez publikację ogłoszenia, wybiera spośród zainteresowanych co najmniej trzech wykonawców, a następnie prowadzi z nimi negocjacje. W procedurze negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia z udziałem kilku wykonawców zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu co najmniej trzech kandydatów, prowadzi z nimi negocjacje i spośród przedłożonych ofert dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. W procedurze negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia z udziałem jednego wykonawcy zamawiający prowadzi rokowania z tylko jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę w sprawie wykonania zamówienia.

Procedura dialogu konkurencyjnego przewidziana dyrektywą składa się z trzech etapów: kwalifikacji kandydatów, dialogu technicznego czyli negocjacji, składania i oceny ofert. Zamawiający jest przy tym zobowiązany do zachowania zasady równości w trakcie prowadzenia dialogu konkurencyjnego, w szczególności nie może udzielać informacji w sposób dyskryminujący, który



pozwole na uzyskanie przewagi przez niektórych wykonawców. W procedurze tej zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

### **Zasada pierwszeństwa trybu przetargowego**

P.z.p. jest aktem implementującym przepisy wspólnotowe z zakresu zamówień publicznych (dyrektywy: 2004/17/WE i 2004/18/WE). Dokonując wykładni przepisów ustawy należy uwzględniać orzecznictwo polskich sądów oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS). Ustawa w art. 10 ust. 1 jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych wymienia przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, w trybie z wolnej ręki, zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie wyżej wymienionych trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić. Wymienione w art. 10 ust. 1 p.z.p. tryby przetargu nieograniczonego i ograniczonego to dwa najbardziej otwarte tryby udzielania zamówień publicznych w zakresie możliwości uczestniczenia w nich wykonawców. Jednocześnie są to postępowania, które w sposób najbardziej optymalny stosują zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na zamawiającego nałożony został obowiązek przestrzegania przedmiotowej zasady nie tylko na etapie przeprowadzania postępowania, ale również w fazie wstępnej czyli przygotowania. Wiąże się to z koniecznością stosowania omawianej zasady w szczególności w odniesieniu do tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wymagań stawianych wykonawcom przez zamawiającego w zakresie oczekiwań względem np. dostarczanego produktu czy wykonywanych usług. Zasada ta powinna być stosowana w szczególności na etapie opisu przedmiotu zamówienia. Na pewno w opisie przedmiotu zamówienia nie powinny się znaleźć wskazówki sugerujące konkretnego wykonawcę. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając równocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu (dość istotnym przykładem będzie tutaj określenie parametrów kupowanego sprzętu w taki sposób, że spełnia je tylko jeden producent). Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez właściwy opis przedmiotu zamówienia nie powinna jednak naruszać interesów zamawiającego i przesłaniać obiektywnych kryteriów tej czynności. Oznacza to, że fakt, iż niektóre podmioty gospodarcze nie są w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia nie powinno być automatycznie kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wyrazem tego jest orzeczenie KIO z dnia 17 stycznia 2008 r. zgodnie, z którym zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani

równego traktowania wykonawców. W świetle art. 29 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten również służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a zatem do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający naruszy zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jeśli w siwz wskaże na konkretny produkt, ale nie określi swoich minimalnych wymagań dających obraz oczekiwań w tym zakresie. Te minimalne wymagania odgrywają kluczową rolę w omawianym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w art. 44–48 Dyrektywy 2004/18/WE. Obowiązujące przepisy (art. 7 p.z.p.) obligują zamawiającego do zadbania, aby zasada uczciwej konkurencji została zachowana przez cały czas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasada równego traktowania, którą najlepiej oddają podstawowe tryby udzielania zamówień. oznacza, że zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności zamawiający jest zobowiązany do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców. Za niezgodne z przedmiotową zasadą będzie opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwił będzie dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Zasada ta stanowi prawny fundament systemu zamówień publicznych nie tylko w Polsce, ale także w krajach Wspólnoty Europejskiej. Po pierwsze zgodnie z art. 12(b) TWE cudzoziemcy pochodzący z Unii Europejskiej nie mogą być traktowani gorzej niż obywatele państwa członkowskiego. Przy czym chodzi w tym wypadku o dyskryminację bezpośrednią oraz pośrednią. Co ciekawe tak sformułowany przepis Traktatu oznacza, że taka sama ochrona nie przysługuje już podmiotom pochodzącym z krajów, które nie są członkami Unii. Żaden bowiem przepis nie wyraża wprost lub w sposób domyślny takowej ochrony. Omawiana zasada została wyrażona wprost w art. 2 Dyrektywy klasycznej i art. 10 Dyrektywy sektorowej. Przejawia się w szczególności w zakazie dyskryminowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na ich status prawny lub siedzibę wykonawcy i jego właściwości – dotyczy to w szczególności podmiotów zagranicznych ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Pierwszą procedurą pozaprzetargową w p.z.p., którą zaliczyć należy do grupy postępowań negocjacyjnych stanowią negocjacje z ogłoszeniem, w których po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie jeżeli zajdzie jedna z następujących okoliczności: 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione; 2) w

wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny; 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego; 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju; 5) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ten tryb postępowania opisany również w dyrektywie 2004/18 przewiduje w niej cztery przesłanki jego zastosowania: 1) w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym (otwartym, ograniczonym, dialogu konkurencyjnego) zamawiający nie udzielił zamówienia, ponieważ złożono jedynie oferty nieprawidłowe lub niemożliwe do przyjęcia, pierwotne warunki zamówienia zasadniczo muszą pozostać niezmienione w zakresie przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, ale wymóg ten nie obejmuje kryteriów kwalifikujących uczestników lub warunków proceduralnych; 2) sytuacje, gdy charakter robót budowlanych, dostaw lub usług, lub też ryzyka związanego z nimi nie pozwala na ustalenie z góry całkowitej ceny, w przypadku niektórych zamówień o złożonym charakterze ryzyko z nimi związane uniemożliwia wcześniejszą wycenę, a możliwa ona jest dopiero na etapie rozmów negocjacyjnych, czego przykładem mogą być usługi geologiczne; 3) w przypadku usług należących w szczególności do kategorii 6 załącznika II A (np. usługi bankowe i inwestycyjne, reklama, obsługa prawna) oraz usług intelektualnych, takich jak związane z projektowaniem obiektów budowlanych, w zakresie w jakim charakter tych usług uniemożliwia określenie specyfikacji zamówienia z dokładnością pozwalającą na udzielenie zamówienia poprzez zastosowanie procedury otwartej lub ograniczonej, można przyjąć, iż chodzi tutaj o przypadki, gdy wymagana jest pewna kreatywność, raczej niemożliwe jest precyzyjne określenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyboru wykonawców nie sposób dokonać na podstawie zbioru zasad rządzących daną procedurą, w efekcie nie zostałyby zabezpieczone interesy zamawiającego. 4) ostatnia przesłanka to udzielenie zamówień na roboty budowlane, jeżeli są one wykonywane wyłącznie w celach badawczych, eksperymentalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia rentowności lub zwrotu kosztów badań i rozwoju – wynika z tego zapisu, że po pierwsze przesłanka dotyczy tylko robót budowlanych, a po drugie cel badawczy lub rozwojowy musi być wyłączny.

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Przesłanki zastosowania tego trybu są następujące: 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione; 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych; 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia

poniesionych kosztów badań lub rozwoju; 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Pierwsza z wskazanych powyżej przesłanek stanowi odpowiednik zastosowanej w dyrektywie 2004/18 i zaimplementowana została przez polskiego ustawodawcę w praktycznie niezmienionej formule. Natomiast druga posiada już brzmienie nieco odmienne, ponieważ art. 31 pkt 1 dyrektywy stanowi w tym przypadku o zamówieniach, które z powodów technicznych, artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą być udzielone tylko określonymu wykonawcy. Niemożność ta musi mieć charakter obiektywny, aby zamawiający mógł z tej przesłanki skorzystać np. wykonawca jest ze względu na fachową wiedzę techniczną jedynym zdolnym do wykonania zamówienia. Kolejna przewidziana dyrektywą przesłanka to fakt zaistnienia tzw. pilnej potrzeby wykonania zamówienia, która spowodowana została zdarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, terminy przewidziane dla procedury otwartej, ograniczonej i negocjacji z ogłoszeniem nie mogą być dotrzymane, przy czym zaistnienie tych okoliczności nie może być w żadnym wypadku przypisane zamawiającemu. Okoliczności niemożliwe do przewidzenia do wszelkiego rodzaju zdarzenia losowe i niezależne od zamawiającego np. niespodziewane wypadki, awarie, klęski żywiołowe. Ten tryb nie mógł być w szczególności zastosowany do rozbudowy pomieszczeń uniwersyteckich w Madrycie celem zapobieżenia nadmiernemu zatłoczeniu, ponieważ informacja ta była wiadoma władzom uczelni wcześniej, a zatem procedura podstawowa mogła zostać przeprowadzona. ETS stwierdził także, że warunki zawarte w tej przesłance muszą być spełnione łącznie dla stwierdzenia wyjątkowej pilności sprawy. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można natomiast mówić w sytuacji, kiedy mimo, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie to jego skala przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami. Za nieprzewidywalne nie mogą również zostać uznane sytuacje, w których zamawiający nie uzyska odpowiednich pozwoleń czy zatwierdzenia projektu od instytucji innych niż zamawiający. Fakt, że odpowiedni organ zobowiązany na mocy przepisów prawa krajowego do zatwierdzenia projektu lub wydania odpowiedniego pozwolenia może w określonym terminie zgłosić zastrzeżenia lub odmówić wydania pozwolenia nie stanowi okoliczności, której nie dało się przewidzieć. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o konieczność dochowania określonych terminów. Fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu.

Dyrektywa przewiduje ponadto przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, ale w odniesieniu do dostaw. Wśród nich znajduje się dostawa produktów wytwarzanych jedynie dla celów prowadzenia prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, co wyklucza produkty wytwarzane seryjnie mającej na celu utrzymanie rentowności lub pokrycie kosztów badań i rozwoju. Przesłanka ta znalazła się również w p.z.p. w art. 62 ust. 1 pkt 3.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Należy jednak zwrócić uwagę, że przesłanki upoważniające do zastosowania tego trybu na podstawie p.z.p. są jednocześnie przesłankami, które w

dyrektywie 2004/18 upoważniają do zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia odpowiednio na dostawy oraz usługi i roboty budowlane. W ocenie Sądu Najwyższego odstępianie od przetargu, jako podstawowego trybu udzielania zamówień publicznych, oraz udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie, w tym w szczególności także w trybie tzw. zamówienia z wolnej ręki, jest dopuszczalne jedynie w ustawowo określonych sytuacjach, gdy spełnione są wszystkie prawnie określone przesłanki realizacji zamówienia publicznego w tym trybie, mającym znamiona wyjątku od zasady. Zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki "tylko wtedy", gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, co oznacza, że przepis ten powinien być interpretowany w sposób ścisły, ponieważ wskazuje na sytuacje wyjątkowe w stosunku do ogólnej zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (*exceptiones non sunt extendendae*). Odnosząc się do konkretnych przesłanek stosowania tego trybu to zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 1 przesłanka związana z zamówieniem świadczonym tylko przez jednego wykonawcę nie może wynikać z subiektywnego zdania zamawiającego, ale musi mieć podstawy obiektywne np. monopol wykonawcy na danym rynku. Z całą nie może stanowić podstawy jej zastosowanie przekonanie, iż ten, konkretny wykonawca jest w stanie wykonać zamówienia w terminie i z należytą jakością, a jednocześnie na rynku tym działają inni wykonawcy, których zamawiający już nie bierze pod uwagę. Podobny obiektywizm w działaniach powinien zachować zamawiający, który wyraża wolę skorzystania z przesłanki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 3 w świetle, którego ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W tym przypadku chodzi naturalnie o okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne, tzn. takie których zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności, a których zaistnienie stwarza równocześnie konieczność niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego na realizację określonej usługi.

Procedura dialogu konkurencyjnego opiera się na założeniu, iż zamawiający po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Tryb ten może być zastosowany w przypadku łącznego spełnienia dwóch przesłanek: 1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 p.z.p. lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia; 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobnie tryb ten funkcjonuje w świetle dyrektywy 2004/18, w której przewidziano trzy jego fazy: kwalifikację kandydatów, negocjacji oraz składania i oceny ofert. Pierwszy z etapów to publikacja ogłoszenia o zamówieniu, w którym zamawiający określa swoje potrzeby i wymagania. Druga faza to zaproszenie wybranych kandydatów do dialogu w celu określenia środków, które zaspokoją potrzeby zamawiającego. W trakcie prowadzenia dialogu dyrektywa wymaga od zamawiającego zagwarantowania zasady równości oraz nieujawniania innym uczestnikom proponowanych rozwiązań i poufnych informacji. Ostatnia faza to składanie i ocena ofert. Ocena ofert nie stanowi jednak końca postępowania, bowiem zamawiający może poprosić wybranego wykonawcę o udzielenie wyjaśnień dotyczących oferty lub o potwierdzenie zobowiązań zawartych w ofercie, pod

warunkiem, że nie dojdzie przez to do modyfikacji treści oferty lub naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zapytanie o cenę to tryb, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Jednocześnie muszą być jednak spełnione dwie przesłanki jego zastosowania: 1) przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych; 2) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (progi unijne). Wynika więc z tego, że tryb ten może być stosowany wyłącznie do dostaw i usług.

Licytacja elektroniczna zgodnie z art. 74 to postępowanie, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

Dwa ostatnie z wymienionych trybów nie wymagają szczegółowego omówienia, ponieważ nie cieszą się specjalną popularnością wśród zamawiających. Zapytanie o cenę zostało, bowiem przez polskiego ustawodawcę niepotrzebnie sformalizowane chociażby poprzez wprowadzenie obowiązku sporządzania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który powinien dotyczyć trybów przetargowych, a nie tych prostszych, z założenia mniej sformalizowanych. Z kolei licytacja elektroniczna jest rzadko stosowana z uwagi chociażby na trudności techniczne wiążące się z jej wdrożeniem.

### **Skutki niezastosowania właściwej procedury**

Skutkiem niezastosowania właściwej procedury może być wszczęcie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli prowadzonego postępowania oraz podjęcie czynności, o których stanowi art. 168 p.z.p.: 1) nałożenie kary pieniężnej, o której mowa w dziale VII p.z.p.; 2) wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części. Zgodnie z art. 168a p.z.p., w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes Urzędu zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych znajduje silne umocowanie w obowiązujących przepisach. Zgodnie bowiem z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest w szczególności, udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszą: 1) osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia; 2) osoba, której można przypisać winę w czasie

popęnienia naruszenia; 3) osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych (art. 19). Naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Odpowiedzialność jest ponoszona zarówno za umyślne, jak i nieumyślne naruszenie dyscypliny. Naruszenie umyślne jest popełnione, jeżeli sprawca miał zamiar je popełnić - chciał je popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godził. Natomiast nieumyślne – jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia popełnił je jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przewidywał albo mógł przewidzieć. Ustawodawca przewidział, że nieświadomość działania lub zaniechania nie wyłącza odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny, ale z wyjątkiem przypadków gdy była ona usprawiedliwiona. Wyłącza się także odpowiedzialność osoby, która z powodu choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mogła w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Przepisu tego nie stosuje się, gdy zakłócenie czynności psychicznych zostało spowodowane wprawieniem się w stan nietrzeźwości lub odurzenia w wyniku własnego działania. Jeżeli natomiast osoba naruszyła dyscyplinę wskutek wykonania polecenia przełożonego, kierownika jednostki, dysponenta środków publicznych, organu nadzorującego lub organu założycielskiego, to nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli przed wykonaniem polecenia zgłosiła pisemnie zastrzeżenie, ale pomimo tego otrzymała pisemne potwierdzenie wykonania polecenia albo polecenie nie zostało odwołane albo zmienione. W tym przypadku odpowiedzialność ponosi osoba, która podpisała się pod pisemnym poleceniem wykonania polecenia, a przy braku takiego dokumentu - osoba, która wydała polecenie. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: 1) upomnienie; 2) nagana; 3) kara pieniężna; 4) zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Karę pieniężną wymierza się w wysokości od jednokrotności do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - obliczonego jak wynagrodzenie za czas urlopu wypoczynkowego - należnego w roku, w którym doszło do tego naruszenia. Jeżeli obliczenia wynagrodzenia nie jest możliwe to kara może być wymierzona w przedziale od jednokrotności do pięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia. Zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi wymierza się na okres od roku do 5 lat.

Karze pieniężnej podlega również sam zamawiający, ale na podstawie przepisów działu VII p.z.p. W art. 200 ust. 1 pkt 1a ustawodawca przewidział, że zamawiający, który udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielenia zamówienia negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki oraz zapytania o cenę, podlega karze pieniężnej. Wysokość kary pieniężnej ustala się w zależności od wartości zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia: 1) jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – kara pieniężna wynosi 3000 zł; 2) jest równa kwocie lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a jest mniejsza niż 10.000.0000 euro dla dostaw lub usług oraz 20.000.000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 30.000 zł; 3) jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro dla dostaw lub usług oraz 20.000.000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 150.000 złotych. Tego rodzaju karę

nakłada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej, której nie można jednak nadać rygoru natychmiastowej wykonalności. Skoro ustawodawca przyjął założenie, iż kara nakładana jest decyzją administracyjną to stosować należy do niej wszelkie rygory zawarte w przepisach k.p.a. Chodzi w szczególności o art. 107 § 1, który określa obligatoryjne elementy jakie powinna zawierać decyzja administracyjna: oznaczenie organu administracji publicznej, datę wydania, oznaczenie strony lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie, podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji lub, jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego, powinna być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub podpisem osobistym. Decyzja, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego lub skarga do sądu administracyjnego, powinna zawierać ponadto pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa lub skargi. Uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne - wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa.

Możliwość stwierdzenia nieważności umowy znajduje swoje źródło wprost w przepisach p.z.p. Taka konstrukcja prawna pozwala na stwierdzenie, iż obowiązuje względna nieważność umowy, a jej podstawę stanowić może konstytutywne orzeczenie unieważniające umowę z przyczyn określonych w przepisach ustawy. Rozwiązanie to odpowiada pod względem skutków instytucji „nieskuteczności umowy”, o której mowa w dyrektywie 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), zwanej dyrektywą odwoławczą. Wymaga ona, aby umowa w każdym przypadku, gdy istnieje do tego podstawa, uznawana była przez właściwy organ za nieskuteczną, tj. niewywołującą skutków prawnych. Spośród instytucji przewidzianych w prawie polskim zgodna z dyrektywą, zapewniająca pewność obrotu prawnego oraz skuteczna w stosunku do wszystkich zainteresowanych jest nieważność względna umowy. Charakteryzuje się ona tym, iż wystąpić o unieważnienie umowy mogą wyłącznie podmioty, którym zostało przyznane przez przepisy takie uprawnienie, unieważnienie następuje ze skutkiem *ex tunc*, tj. od dnia zawarcia umowy z wyjątkiem przypadku, gdy została ona zrealizowana w części, gdy unieważnienie może mieć charakter *ex nunc*, tj. od dnia wydania konstytutywnego wyroku przez organ orzekający. Stwierdzenie nieważności następuje w postępowaniu sądowym, ponieważ Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie ma kompetencji do stwierdzenia nieważności, sam natomiast na podstawie art. 168 pkt 3 w zw. z art. 144a ust. 1 p.z.p. może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części.

Warto też zastanowić się nad skutkami prawnymi stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne. Umowa bowiem, nie wywołuje wówczas skutków od samego początku. Wszelkie świadczenia wykonane na podstawie nieważnej umowy powinny zostać zwrócone, a ostateczne rozliczenie stron powinno zostać dokonane na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu z Kodeksu cywilnego. Znajdzie tu zatem zastosowanie art. 405 k.c., który przewiduje, iż uzyskana



korzyść majątkowa kosztem innej osoby, powinna zostać jej zwrócona albo w naturze, a jeśli to niemożliwe – zwrócona jej wartość. Zobowiązanie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia powstaje przy jednoczesnym zaistnieniu trzech przesłanek. Po pierwsze następuje sytuacja, w której ma miejsce przesunięcie majątkowe czyli przejście korzyści z majątku jednej osoby do majątku innej (chodzi zatem o relacje finansowe między zamawiającym, a wykonawcą jak również o wzajemne świadczenia w ramach realizacji umowy o zamówienie publiczne). Oznacza to, iż po jednej stronie następuje wzbogacenie, a po drugiej zubożenie. Po drugie między wzbogaceniem, a zubożeniem musi zaistnieć związek w postaci dwóch stron tego samego zjawiska (jedna strona to zamawiający, druga – wykonawca). Nie ma tu bowiem związku przyczynowego polegającego na następstwie oznaczającym przyczynę i skutek. Po trzecie, wzbogacenie następuje bez podstawy prawnej (umowa o zamówienie publiczne, której nieważność stwierdzono jest nieważna od początku, a zatem działania obu stron w ramach realizacji umowy tracą podstawę prawną).

### **Ograniczenia trybu przetargowego**

Omawiana zasada znajduje swoje ograniczenie w niektórych przepisach zawartych w samej p.z.p. W świetle art. 5 do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. W przypadku tych zamówień, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków; 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań; 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym; 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. W przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Jak widać ustawodawca daje w tym przypadku zamawiającemu możliwość wyboru trybu udzielania zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak wyłączenia w zakresie stosowania zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, w szczególności ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis ten jest konsekwencją podziału na usługi priorytetowe i niepriorytetowe, jakiego dokonuje dyrektywa 2004/18/WE. Podstawę rozróżnienia stanowi nie tyle charakter konkretnego działania, co raczej możliwość świadczenia tego rodzaju usług poza granicami

kraju, oraz fakt, że mogą one wpływać na handel między krajami Unii. Najlepiej widać to w przypadku usług, kiedy usługi wymienione w Części B jako niepriorytetowe, mogą przyciągać lokalną konkurencję, są w mniejszym stopniu wrażliwe na wpływ międzynarodowej konkurencji, czy to z racji charakteru samych usług (np. usługi prawnicze bądź administracyjne oparte na znajomości krajowych przepisów prawa i sądownictwa), czy to z powodu miejsca ich świadczenia (np. usługi hotelarskie i restauracyjne). Nie znaczy to jednak, że konkurencja na tego rodzaju rynkach jest niemożliwa na terenie lokalnym lub całego kraju - konkurencja istnieje - jednak ze względu na charakter usług i ich wartość jest ona mniej prawdopodobna. Dla usług niepriorytetowych przewidziano szereg wyłączeń, jednakże objęte są podstawową zasadą przejrzystości, wymagającą przestrzegania przepisów dyrektywy w zakresie stosowania niedyskryminacyjnych specyfikacji technicznych oraz obowiązku opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Kolejne ograniczenie wynika z art. 134 ust. 1 p.z.p., który stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Wybór ustawodawca pozostawił więc zamawiającemu, ale ustawa wprowadziła w tym względzie ograniczenie podmiotowe zastrzegając, że zamówień sektorowych mogą udzielać zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p., i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p., z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5.

Zamówienia sektorowe mogą dotyczyć tylko określonych rodzajów działalności: 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych; 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym; 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych; 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego; 7) świadczenia usług pocztowych. Uregulowanie to stanowi przeniesienie na grunt prawa krajowego zapisów dyrektywy 2004/17, która objęła swoim zakresem zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane, udzielane przez podmioty działające w sektorach energetyki, transportu, gospodarki wodnej i usług pocztowych, pod warunkiem, że zamówienie ma związek z działalnością w jednej z wymienionych dziedzin. Zakresem podmiotowym dyrektywy sektorowej 2004/17 objęte są: tzw. organy zamawiające organy państwowe, samorządowe, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z tych organów lub osób prawa publicznego, jeżeli wykonują jedną z działalności zdefiniowanych w dyrektywie, przedsiębiorstwa publiczne przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które organy publiczne mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ, jeżeli wykonują jedną z działalności określonych w dyrektywie, inne podmioty, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki wykonują jedną z działalności wymienionych w dyrektywie oraz działają na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych.

## Resumując

Zasada pierwszeństwa postępowania przetargowego pełni istotną rolę w procedurze udzielania zamówień publicznych. Stanowi swego rodzaju gwarancję poszanowania innych zasad obowiązujących w tej gałęzi prawa, w szczególności: zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tylko bowiem postępowanie przetargowe zapewnia optymalny dostęp wykonawców do zamówień i jest ono procedurą najbardziej otwartą.

Zamawiający powinien w związku z tym pamiętać, iż każde odstępstwo od priorytetowych form prowadzenia postępowania, powinno mieć solidną podstawę prawną, a przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pozaprzetargowym powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Ten pogląd został już utrwalony w orzecznictwie sądów europejskich i przyjęty jako dominujący.

## **2. PRZYKŁADY NARUSZEŃ USTAWY PZP WYKRYWANYCH W TOKU KONTROLI PRZEPROWADZANEJ PRZEZ PREZESA UZP W OPISIE SPOSOBU DOKONANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU**

Stosownie do treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, przez co stanowi wyraz podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, a także zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie *ad casum*, w realiach danego przypadku.

**W toku kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP i zakończonych w latach 2011 - 2013 stwierdzono następujące nieprawidłowości w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (poniższe przykłady dotyczą postępowań prowadzonych zgodnie ze znowelizowanymi w 2009 r. przepisami, jedynie przykład nr 1 odnosi się do naruszenia art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2009 r., zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję):**

### **Przykład nr 1 (UZP/DKUE/KN/14/12)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 9 maja 2008 r. było *wykonanie zmian do systemu ... wynikających z rozporządzenia z dnia 9 października 2007 zmieniającego rozporządzenie w sprawie rejestru zakładów opieki zdrowotnej wraz z 9 miesięcznym nadzorem autorskim.*

W rozdziale IV pkt I ppkt 2 SIWZ zamawiający sformułował następujący opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy:

„w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności:

a) wykonawca zrealizował, co najmniej dwie modyfikacje oprogramowania wykorzystującego sieć internetową i zapewniającego bezpieczeństwo dwustronnej elektronicznej wymiany dokumentów przy użyciu infrastruktury klucza publicznego, których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każdej,

b) wykonawca zrealizował, co najmniej dwie modyfikacje systemu informatycznego obsługującego rejestr publiczny (definicja rejestru publicznego wg ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne), których wartość była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto każda,

c) wykonawca wykonał, co najmniej dwie modyfikacje systemów informatycznych umożliwiających przetwarzanie danych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto) każda.”

Zamawiający, wzywany do wskazania podstaw dla określenia ww. opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu (...) wskazał jedynie, iż warunki udziału w postępowaniu nie mogły być określone w sposób zbyt niski, na co zamawiający wymienił kilka wyroków KIO, mających zawierać zakaz zbyt niskiego szacowania wymagań, oraz iż jego zdaniem wartość 500 tys. zł była powiązana z wartością prac zrealizowanych przez wykonawców w omawianym postępowaniu a zakres oczekiwanych doświadczeń odpowiadał zakresowi prac, które powinny być zrealizowane.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższa norma wynika także z podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przepis ten zawierał ogólną normę dotyczącą warunków udziału w postępowaniu, wymagającą doprecyzowania w opisie sposobu spełniania warunku dokonany przez zamawiającego w danym postępowaniu.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Oderwanie opisanych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania.

(...). W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w aspekcie jego zgodności z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię.

Biegły stwierdził m.in., iż w jego ocenie, o ile posiadanie doświadczenia w zakresie prac nad systemami o specyfice wymienionej przez zamawiającego w SIWZ, a wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu (jest ona podobna do systemu będącego przedmiotem prac objętych zamówieniem), jest uzasadnione specyfiką zamówienia, o tyle zapis, iż doświadczenie to ma dotyczyć konkretnie modyfikacji systemów o wskazanej w SIWZ specyfice, w połączeniu z wymaganą wartością zrealizowanych zamówień tego typu (minimum 500 tys. zł) ogranicza konkurencję nadmiernie. Zamówienia na tak duże kwoty i dotyczące modyfikacji systemu związanego z ochroną zdrowia mógł bowiem realizować w okresie poprzedzającym opiniowane postępowania jedynie podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ramach przeprowadzonej kwerendy biegły nie stwierdził by zamówienia tego typu, na wskazane w siwz kwoty minimalne lub wyższe, były udzielane wcześniej innym podmiotom. Modyfikacja istniejącego systemu informatycznego nie różni się bowiem istotnie od realizacji systemu (nowego). A zatem domaganie się posiadania doświadczenia w wykonaniu modyfikacji systemu nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia większej, aniżeli dawałoby po prostu posiadanie doświadczenia w realizacji systemów o specyfice wskazanej przez zamawiającego w opiniowanym postępowaniu.

W opinii uzupełniającej biegły podkreślił, iż zasadniczo konkurencję ograniczał fakt, iż wymagane było koniunktywne spełnienie wymagania posiadania doświadczenia w modyfikowaniu systemów będących rejestrami publicznymi, i w modyfikowaniu systemów wykorzystujących infrastrukturę klucza publicznego, i w modyfikowaniu systemów przetwarzających dane z zakresu ochrony zdrowia. Taka koniunkcja wymaganego doświadczenia w połączeniu z wymaganiem, by dotyczyło ono modyfikacji, a nie wykonania systemów o wskazanej specyfice powodowała, wg opinii biegłego, iż konkurencja została ograniczona, a jedynym znanym biegłemu wykonawcą spełniającym tak postawione wymagania mogło być konsorcjum P-U (...).

W ocenie biegłego złagodzenie wymagań poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się wytworzeniem systemów o wskazanej w siwz specyfice dawałoby innym firmom szanse spełnienia tego typu wymagań.

Z ww. stwierżeń zawartych w opinii biegłego wynika, co następuje:

Po pierwsze należy zaznaczyć, że łączne postawienie przez zamawiającego wymogów co do realizacji usług dotyczących rejestrów publicznych, usług wykorzystujących strukturę klucza publicznego oraz usług w zakresie systemów przetwarzających dane z zakresu ochrony zdrowia w połączeniu z warunkiem wykonania jedynie modyfikacji takich systemów, a bez możliwości wykazania się doświadczeniem w wytworzeniu tego typu systemów, ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu do tego stopnia, iż jedynym znanym biegłemu wykonawcą będącym w stanie spełnić tak określone wymagania w czasie prowadzenia niniejszego postępowania było konsorcjum, które złożyło jedyną ofertę w postępowaniu. Po drugie, ograniczenie warunku jedynie do modyfikacji określonych systemów nie było uzasadnione specyfiką zamówienia i celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawców do jego realizacji. Różnica pomiędzy wykonaniem modyfikacji a wytworzeniem nowego systemu jest bowiem nieistotna dla ustalenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowej modyfikacji systemu, gdyż w danej sytuacji wykazanie się doświadczeniem w wytworzeniu nowego systemu dawało podobną gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Tym samym złagodzenie opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez możliwość wykazania się wytworzeniem systemów o wskazanej w siwz specyfice stworzyłoby szansę udziału w przedmiotowym postępowaniu większej liczbie wykonawców, a jednocześnie odpowiadałoby charakterowi zamówienia i zapewniało dobór wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie niezbędne do jego wykonania. W związku z tym, że opis warunków udziału w postępowaniu został sporządzony w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję, tj. bez uzasadnienia specyfiką zamówienia dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem jedynie w modyfikacji wskazanych w siwz systemów, nie uwzględniając doświadczenia w ich wytworzeniu, należy uznać, iż zamawiający, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.

### **Przykład nr 2 (UZP/DKUE/KN/7/12)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 30 kwietnia 2010 r. było *pełnienie obowiązków Zastępstwa Inwestycyjnego i sprawdzenie dokumentacji projektowej podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa obiektu wielofunkcyjnego ekspozycyjno-szkoleniowego na terenie G.*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt V siwz opisał m.in. warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi określone w pkt V ppkt 1.1 siwz uprawnienia budowlane: „O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wymaganych uprawnień budowlanych: osoba posiadająca uprawnienia do nadzorowania (kierowania) robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (sanitarnych), osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, osoba posiadająca uprawnienia w specjalności drogowej. Osoby posiadające ww. kwalifikacje lub uprawnienia powinny być zatrudnione przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu”.

Wykonawca A. - w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp – zwrócił się do zamawiającego „o wyjaśnienie i skorygowanie” ww. zapisu siwz. W ocenie wykonawcy, jest on sprzeczny z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję. Ponadto wskazał, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 oraz 7 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) nie jest uzasadnione żądanie wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Analogiczne pismo wpłynęło również od wykonawcy D.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pisma stwierdził, że nie przewiduje zmiany warunku zatrudnienia przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu do wykonania zamówienia. Ww. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku zamawiający uzasadnił faktem, iż stosunek zatrudnienia określonych osób daje dalej idące

zabezpieczenie właściwego pełnienia obowiązków Inwestora Zastępczego niż umowy cywilnoprawne. Wyjaśnił również, że ww. warunek stosunku pracy z osobami posiadającymi uprawnienia budowlane stanowi doprecyzowanie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie oczekiwań potrzeb zamawiającego wobec wykonawcy. Ponadto, zamawiający przytoczył orzecznictwo uzasadniające jego stanowisko.

Wykonawca A. złożył wniosek, w którym zażądał uznania za zgodną z warunkami zamówienia ofertę każdego wykonawcy, który dysponuje osobami o kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnym do wykonania zamówienia, bez względu na podstawę do dysponowania tymi osobami.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, przy czym zamawiający - powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - odrzucił oferty złożone przez wykonawców A. i M., jako „nie spełniające wymogów siwz rozdział V p 1.1.”, tj. z powodu nie spełnienia przez tych wykonawców warunku zatrudnienia ww. osób w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony w wymiarze co najmniej ½ (pół) etatu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę droższą od ww. odrzuconych ofert.

(...). W świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach, czy uprawnieniach, bez konieczności wykazywania faktu zatrudniania ww. osób, na podstawie stałych umów o pracę. Za słuszością tego stanowiska jednoznacznie przemawia aktualne orzecznictwo KIO oraz stanowisko Głównej Komisji Orzekającej. W wyroku GKO z dnia 15 września 2008 r., wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego, ale zachowującym aktualność na dzień wszczęcia postępowania (sygn. DF/GKO/4900/38/36/08/1580) wskazano, iż „gramatyczna wykładnia art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jednoznacznie wskazuje na możliwość spełnienia warunku w przypadku dysponowania własnymi pracownikami, jak również poprzez uzupełnienie potencjału osobowego w ramach umów cywilnoprawnych. Zapisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, stawiającego wykonawcy wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zadania, nie należy rozumieć jako konieczność zatrudnienia przez wykonawcę określonej ilości osób, niezbędnej do wykonania zadania, na podstawie umowy o pracę. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było postawienie takiego warunku, to z pewnością wyraźnie by go zapisał poprzez użycie zwrotów takich jak: "pracowników", "zatrudnionych na umowę o pracę". Skoro w ustawie użyto zwrotu "dysponują (...) osobami zdolnymi do wykonania zadania", to znaczy, że chodzi tu o możliwość wykorzystania do realizacji zadania określonej ilości osób (fachowców), ale niekoniecznie pracowników”. Ponadto nie sposób nie zwrócić uwagi także na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w którym stwierdzono, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”. Jak wynika z powyższego przepisu, w celu potwierdzenia spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca nie musi nawet dysponować własnymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, choćby zatrudnionymi na podstawie umowy cywilnoprawnej. Za wystarczające do spełnienia warunku uważa się dysponowanie takimi osobami za pośrednictwem podmiotu trzeciego składającego zobowiązanie o udostępnieniu zasobów osobowych (wraz z ewentualnymi dokumentami).

Tym samym w świetle przywołanego stanu prawnego oraz orzecznictwa, należy uznać za błędną argumentację zamawiającego, który w piśmie wyjaśniającym z dnia 10 maja 2010 r., dowodził iż: „(...)

zakreślony pkt V ppkt 1.1. siwz warunek stosunku pracy z osobami posiadającymi uprawnienia budowlane stanowi doprecyzowanie art. 22 ust. 1 pkt 3 ust. Prawo Zamówień Publicznych, w zakresie oczekiwań i potrzeb Zamawiającego wobec Wykonawców, do czego Zamawiający jest uprawniony”. Dodatkowo należy zauważyć, że taki sposób oceny spełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis warunku powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ramach opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest zatem określić poziom, od którego uzna np. potencjał kadrowy wykonawcy za wystarczający do prawidłowego wykonania zamówienia. W niniejszej sprawie można uznać, że wykonawca dysponujący kadrą na innych podstawach prawnych niż umowy o pracę, nie byłby w stanie należycie zrealizować zamówienia. Dla wykonania zamówienia istotne bowiem są kwalifikacje danych osób, nie zaś rodzaj umowy, w oparciu o którą wykonują swoje zadania. W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że zamawiający był informowany przez wykonawców o niezasadności takiego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże nie zmienił ww. opisu i w konsekwencji odrzucił dwie najtańsze oferty. Na marginesie jedynie należy dodać, że w przypadku uznania, że wykonawca nie spełnia warunku, zamawiający jest zobowiązany wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zanim podejmie decyzję o jego ewentualnym wykluczeniu. Niemniej jednak istotą przedmiotowej sprawy jest nieprawidłowy opis warunku.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w przypadku opisanego ww. warunku w sposób nie naruszający treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. bez wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zamawiający nie mógłby odrzucić najtańszej oferty z powołaniem się na opis spełniania tego warunku. Wykonawca A. nie tylko nie podlegałby wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu, jeśli warunek zostałby opisany w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale także biorąc pod uwagę cenę oferty (120 658,00 zł brutto) jego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą.

Tym samym, podkreślić należy, że ww. opis warunku z naruszeniem treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp doprowadził do odrzucenia najkorzystniejszej oferty i wyboru oferty o 154.844,84 zł droższej.

### **Przykład nr 3 (UZP/DKUE/KU/227/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 5 sierpnia 2011 r. była *rozbudowa stacji 400/110 kV*. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści siwz, zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia w następujący sposób: wykonawca miał wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wybudował lub zmodernizował co najmniej 5 pól na rozdzielni 220 kV lub 400 kV. Za modernizację pola uznane



zostanie dokonanie wymiany (zabudowy) nadmierny (czyli jest proporcjonalny) – dopuszczając możliwość wykazania się pracami na sieciach przesyłowych o napięciu 220 kV, czyli takich jakie funkcjonują w polskim systemie elektroenergetycznym (którego element jest przedmiotem zamówienia) i które są sieciami o najniższym napięciu stosowanym do przesyłu. Dodatkowo odnosząc się do oceny oferty E. S.A. wskazuję, że zamawiający uznał prace, które łączyły w sobie element prac wykonywanych na sieci o napięciu 220 kV i 330 kV tj. na przebudowie pół stacji o napięciu 220 kV i ich dostosowaniu do napięcia 330 kV.”

Odnosząc się do powyższego (...) uznać należy, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dokonany przez zamawiającego był nieproporcjonalny. Jak bowiem wynika z wyjaśnień zamawiającego wykonawca, który posiada doświadczenie również w zakresie prac wykonywanych na sieci o napięciu 330 kV, posiada odpowiednie doświadczenie do tego, aby wykonać przedmiot niniejszego zamówienia. Zatem w świetle wyjaśnień zamawiającego należy uznać, iż brak wskazania napięcia 330 kV w ww. opisie warunku (obok wymienionego w nim napięcia 220 kV lub 400 kV) powoduje nieproporcjonalność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia do przedmiotu kontrolowanego zamówienia. Zamawiający argumentował powyższy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku tym, że wartości napięć funkcjonujące w Polsce wynoszą 220kV i 400 kV i na takich napięciach będzie pracować wyłoniony wykonawca. Niemniej jednak, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego ma on świadomość, że „w Rosji, niektórych krajach byłego ZSRR (m.in. Litwie, Łotwie, Estonii i Białorusi) oraz Norwegii funkcjonują oprócz sieci 220 kV również sieci przesyłowe o wyższej wartości napięcia tj. wynoszącej 330 kV.” Dodatkowo, sam zamawiający stwierdził, że wykonanie instalacji o różnych napięciach, w tym także 330 kV, charakteryzuje się podobnym poziomem trudności. Oznacza to, że wykonawcy, którzy posiadali doświadczenie w zakresie instalacji o napięciu 330 kV również byliby w stanie wykonać niniejsze zamówienie, a jednak zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania się takim doświadczeniem w opisie warunku. Tym samym opis sposobu spełniania tego warunku nie jest proporcjonalny do celu, jakim jest wybór oferty wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

W świetle powyższego twierdzenie zamawiającego, że „warunek bez wątplenia nie jest nadmierny (czyli jest proporcjonalny) – dopuszczając możliwość wykazania się pracami na sieciach przesyłowych o napięciu 220 kV, czyli takich jakie funkcjonują w polskim systemie elektroenergetycznym (którego element jest przedmiotem zamówienia) i które są sieciami o najniższym napięciu stosowanym do przesyłu” nie znajduje odzwierciedlenia w dokonanym przez zamawiającego opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku. Należy bowiem zauważyć, że zamawiający nie żądał od wykonawców doświadczenia przy instalacjach o napięciu minimum 220 kV, ale o napięciu konkretnie: 220 lub 400 kV. Innymi słowy, zamawiający w żaden sposób nie zakomunikował szerszemu kręgowi wykonawców, że akceptuje również doświadczenie w pracach na napięciach innych niż 220 kV oraz 400 kV, czym mógł ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że zamawiający dokonując opisu sposobu spełniania warunku doświadczenia nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia naruszył przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

#### **Przykład nr 4 (UZP/DKUE/KU/47/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 31 maja 2010 r. było *zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie części napowierzchniowej Podziemnego Magazynu Gazu (PMG) K. wraz z kolumną wydmuchową.*

O udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wymagane było m.in. wykazanie się przez wykonawców uzyskaniem w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych poprzedzających dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przychodu o równowartości minimum 50 000 000 PLN, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, wówczas za ten okres.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wymagane było przedstawienie sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z którego będzie wynikać w każdym roku przychód o równowartości minimum 50 000 000 PLN.

W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokumenty potwierdzające spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu wymagane są od co najmniej jednego z podmiotów ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 9 lipca 2010r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy stwierdzając, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców warunek dotyczący uzyskania w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych przychodu o równowartości minimum 50 000 000 PLN musi być spełniony przez co najmniej jednego z wykonawców. Ponadto, z wyjaśnień zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2011r. wynika, iż wymagał, aby warunek posiadania przychodu w wysokości 50 000 000,00 zł spełniał w całości co najmniej jeden z członków konsorcjum. (...). Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby także jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. osiągnięcia odpowiedniego przychodu, należy brać pod uwagę łączny przychód, jaki osiągnęły podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla spełnienia powyższego warunku wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego warunku przez jednego nich (tj. jeden członek konsorcjum osiągnął przychód w wysokości 50 000 000,00 zł), ale także spełnienia go w ten sposób, że wszyscy lub niektórzy członkowie konsorcjum łącznie osiągnęli przychód roczny w wysokości 50 000 000,00 zł (np. jeden – 25 000 000,00 zł, drugi 20 000 000,00 zł, a trzeci 5 000 000,00 zł) co w konsekwencji będzie wypełniało wymóg postawiony przez zamawiającego. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy uznać, że zamawiający nie może wymagać osiągnięcia przychodu w całości przez co najmniej jednego z członków konsorcjum, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że warunek dotyczący uzyskania w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych przychodu o równowartości minimum 50 000 000 PLN musi być spełniony przez co najmniej jednego z wykonawców narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **Przykład nr 5 (UZP/DKUE/KN/47/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 4 marca 2011 r. był *remont strażnicy OSP z przeznaczeniem na cele społeczno – kulturalne*.

Jak wynika z siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg udokumentowania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej 3 roboty w zakresie (budowy) obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m2 każdy obiekt.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia (zakres prac) obejmował: wymianę pokrycia dachu i ścian piętra; wymianę stolarki okiennej i drzwiowej; izolację termiczną ścian; remont pomieszczeń sanitarnych i gospodarczych; remonty

wykończeniowe; wykonanie elewacji; wykonanie instalacji gazowej, elektrycznej, centralnego ogrzewania i wykonanie kotłowni; wykonanie zbiornika na ścieki i przyłącze kanalizacyjne; wykonanie instalacji zimnej i ciepłej wody, instalacji kanalizacji sanitarnej.

(...). W tym miejscu należy wskazać, iż wszystkie ww. prace wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia mogą być wykonywane w różnego rodzaju obiektach i nie ma powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. prac zrealizowanych w obiekcie innym niż obiekt użyteczności publicznej, nie mógł ich wykonać także w przedmiotowym postępowaniu. Wymóg wykazania przez wykonawcę zadań wykonanych na obiektach użyteczności publicznej uniemożliwił ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy mają doświadczenie w remontach obiektów innego rodzaju, ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze, których sposób realizacji i poziom skomplikowania jest taki sam, jak w przypadku inwestycji objętej niniejszym zamówieniem.

Reasumując należy uznać, że dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do świadczenia określonych robót budowlanych, lecz nie posiadających doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej. Innymi słowy: ww. opis sposobu spełniania warunku doświadczenia uniemożliwił złożenie ofert wykonawcom, którzy posiadali doświadczenie w zakresie odpowiednich robót budowlanych, ale nie realizowanych na obiektach użyteczności publicznej. Wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu należy uznać za nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy nie wykonywali robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej. Wymóg taki mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający dokonując w powyższy sposób opis oceny spełniania warunku doświadczenia naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Przykład nr 6 (UZP/DKUE/KN/44/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 11 maja 2011 r. było *zorganizowanie i przeprowadzenie usług o charakterze szkoleniowym i edukacyjnym wraz z zapewnieniem usług opieki dla 15 dzieci na czas trwania zajęć.*

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i siwz, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych usług szkoleniowych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, dofinansowanych ze środków Unii Europejskiej, o wartości co najmniej 100 000 zł brutto, o charakterze i złożoności tożsamej z przedmiotem zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, iż usługi te zostały należycie wykonane.

(...). Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 19 stycznia 2012 r., „postawiony warunek nie tyle miał się odnosić wprost do posiadania doświadczenia w realizacji

zamówienia publicznego, którego źródła finansowania znajdują się w funduszach UE, lecz przede wszystkim posiadania doświadczenia w realizacji zamówień na analogiczne usługi, których przedmiot obejmował, poza merytoryczną kwestią (tu usługa edukacyjno-szkoleniowa), również wiele kwestii „okołomerytorycznych”, których wymogi i charakter realizacji określone są w całym szeregu dokumentów, takich jak: „Wytyczne dotyczące oznakowania projektów w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”, „Strategia Komunikacji Funduszy Europejskich w ramach Narodowej Strategii Spójności na lata 2007-2013 wraz z załącznikiem Nr 1” i „Wytyczne w zakresie informacji i promocji”. (...). Doświadczenie zamawiającego płynące z doboru wykonawców do realizowanych projektów współfinansowanych ze środków UE wskazuje, że kwestie przejawiające się chociażby w oznaczeniu i oznakowaniu pomieszczeń, certyfikatów, wszelkich dokumentów przygotowywanych na potrzeby realizacji usługi, materiałów szkoleniowych przekazywanych uczestnikom oraz wszelkich aspektów związanych z metodologią rozliczania wykonywanej usługi charakterystycznych dla projektów współfinansowanych ze środków UE w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, niejednokrotnie traktowane były przez wykonawców jako mało istotne. Komisja Europejska zaś, bezpośrednio lub za pośrednictwem Instytucji Pośredniczących w realizacji projektów współfinansowanych ze środków UE, wskazywała w szeregu dokumentów na wagę i znaczenie wymienionych, niejednokrotnie podnosząc ich rangę powyżej prawidłowości merytorycznej realizacji projektów”.

Odnosząc się do przywołanych powyżej argumentów zamawiającego należy przede wszystkim wskazać, iż zamawiający nie wykazał, że przedstawiony opis sposobu oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że inni wykonawcy posiadający doświadczenie w świadczeniu tego samego rodzaju usług, ale niewspółfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, nie byłoby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Stwierdzić bowiem należy, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamy do przedmiotu zamówienia, tj. usług szkoleniowych oraz usług z zakresu doradztwa zawodowego, dają rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, bez względu na sposób finansowania danego zamówienia. O doświadczeniu wykonawcy świadczy bowiem rodzaj, wielkość i złożoność usługi, której realizacją może się wykazać, nie zaś sposób jej finansowania.

Należy także zwrócić uwagę na wyniki audytu Komisji Europejskiej z 2005 r. dotyczącego projektów Funduszu Spójności, w którym Komisja Europejska m.in. podniosła niezasadność stawiania przez beneficjentów warunku doświadczenia w projektach współfinansowanych ze środków UE.

Niezależnie od powyższego, w celu zapewnienia właściwej realizacji tej części zamówienia, która odnosi się bezpośrednio do czynności związanych z pozamerytoryczną częścią usługi, tj. do oznaczenia poszczególnych elementów logo Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki oraz do rozliczenia projektu współfinansowanego ze środków UE, zamawiający mógł też opisać warunek w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą doświadczenie w tego rodzaju czynnościach. Pozwoliłoby to na złożenie ofert przez wykonawców posiadających doświadczenie w usługach podobnych do będących przedmiotem zamówienia, ale niewspółfinansowanych ze środków UE, a zatem nie ograniczałoby konkurencji jedynie do firm realizujących usługi dofinansowywane ze środków unijnych. Jednocześnie wykonawca sam nie posiadający doświadczenia w usługach z

udziałem środków UE, ale dysponujący na dowolnych zasadach ww. osobą, byłby zdolny do prawidłowego wykonania pozamerytorycznej części zamówienia. Jak ponadto wskazał sam zamawiający, wytyczne dotyczące projektów współfinansowanych ze środków UE zostały określone w dokumentach, które są dostępne dla wszystkich wykonawców. Należy zatem stwierdzić, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamy do przedmiotu zamówienia, jednak niewspółfinansowanych ze środków UE, który byłby zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia, mógł zapoznać się z odpowiednimi regulacjami i w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Ponadto, nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że posiadanie doświadczenia w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE stanowi gwarancję, że wykonawca nie będzie traktował „pozamerytorycznych” elementów usługi jako mniej istotnych.

Dokonany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opis sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia należy zatem uznać za nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję, ponieważ zawęził krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy mieli doświadczenie w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE, mimo że inni wykonawcy również byliby w stanie świadczyć ww. usługi. Dla prawidłowego wykonania usług szkoleniowych nie jest bowiem istotne źródło finansowania usług, które wykonawca dotąd wykonywał i wymóg taki nie jest niezbędny do dokonania wyboru wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie zamówienia. Tym samym, opis ww. warunku nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Reasumując, powyższym opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy.

#### **Przykład nr 7 (UZP/DKUE/KN/43/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 13 października 2010 r. było *wykonanie robót budowlano-montażowych dla projektu pn. "Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej G."*

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 5 ppkt 5.1.2 siwz zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy poprzez wymaganie wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia - co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 36 mln PLN netto, polegającej na:

- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków o średniej dobowej przepustowości co najmniej 2800 m<sup>3</sup>/dobę i
- budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej o zapotrzebowaniu na wodę o wielkości co najmniej 2000 m<sup>3</sup>/dobę i
- budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 5000 mb i
- budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej o długości co najmniej 5000 mb.

Za ukończone uznaje się roboty budowlane dla których zostało wydane minimum Świadectwo Przejęcia w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC (Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów - Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) lub dokument równoważny potwierdzający zakończenie robót, np. protokół odbioru końcowego.

W trakcie postępowania wykonawcy (...) zwracali się do zamawiającego o interpretację i zmianę tak dokonanego opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu, poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w realizacji wyżej opisanych robót wykonanych łącznie, w ramach więcej niż jednej umowy. Wykonawcy kwestionowali nieuznawanie przez zamawiającego referencji z zakresu wykonania robót budowlanych, mimo iż wykonali podobne roboty, ale w ramach oddzielnych zadań (np. wybudowali dużo większą oczyszczalnię ścieków z dużo większą długością kanalizacji sanitarnej, ale w tym zadaniu nie wykonali budowy stacji wodociągowej, którą mają wykonaną w innym zadaniu łącznie z budową sieci wodociągowej, czy też każdy z tych zakresów wykonali o większych parametrach, ale oddzielnie) oraz podnosili, iż doświadczenie zgromadzone przy realizacji odrębnych zamówień inwestycyjnych przy realizacji przedmiotowego warunku niczym nie różni się od doświadczenia przy realizacji przedmiotowego warunku wyłącznie na jednym zadaniu inwestycyjnym, jak również że tak określony warunek ogranicza konkurencję preferując wielkie firmy jako potencjalnych wykonawców ww. zamówienia. Z dokumentacji postępowania wynika, iż pomimo ww. wniosków wykonawców, zamawiający pozostawił sposób oceny warunku bez zmian. Tym samym wykazanie się robotami budowlanymi we wskazanym zakresie, wykonanymi w ramach oddzielnych zamówień, nie spełniałoby warunku udziału w postępowaniu.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że powyższy warunek zamawiający sformułował kierując się przedmiotem i wartością zamówienia. (...). W związku z tym, iż ww. zamówienie jest złożone i będzie realizowane na terenie miasta, w wielu przypadkach w miejscach o intensywnej zabudowie, powodując jednocześnie duże utrudnienia w ruchu komunikacyjnym, niezwykle istotnym jest, aby wykonawca, który miałby realizować przedmiotowe zamówienie, dysponował niezbędnym doświadczeniem i wiedzą w zakresie jednoczesnej realizacji robót polegających na budowie/rozbudowie/modernizacji/przebudowie oczyszczalni ścieków i budowie /rozbudowie/modernizacji/przebudowie stacji wodociągowej i budowie i/lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej i budowie i/lub przebudowie sieci wodociągowej (przedmiotowe zamówienie jest w ostatnich latach największym co do zakresu rzeczowego i finansowego przedsięwzięciem w G.). Zdaniem zamawiającego brak ww. doświadczenia spowodowałby, iż zamówienie zostałoby zrealizowane w sposób nieprawidłowy. Zważywszy na rodzaj i znaczenie obiektów, których dotyczy zamówienie, m.in. oczyszczalnia ścieków, niezwykle istotnym jest, aby przedmiotowe zamówienie zostało wykonane w sposób należyty. Realizacja zamówienia w sposób nienależyty wygenerować może wysokie koszty społeczne, w szczególności związane z ochroną środowiska, zanieczyszczeniem przepływającej przez G. rzeki stanowiącej rezerwat przyrody oraz źródło wody pitnej dla dalej położonych aglomeracji.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, że (...) wymaganie wykazania się wykonaniem w ramach jednej umowy robót budowlanych takich jak budowa/ rozbudowa/ modernizacja/ przebudowa oczyszczalni ścieków i stacji wodociągowej oraz budowa i/lub przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali wiele takich inwestycji o porównywalnej wartości w ramach różnych umów.

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do stwierdzenia, że tylko tak opisany warunek daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, uzasadniając to złożonością zamówienia, które będzie realizowane na terenie miasta, w wielu przypadkach w miejscach o intensywnej zabudowie, powodując jednocześnie duże utrudnienia w ruchu komunikacyjnym. Powyższych wyjaśnień nie można uznać za wystarczające dla tak obostrzonego opisu warunku udziału w postępowaniu, bowiem właściwe wykonanie zamówienia byłby w stanie zapewnić wykonawca, posiadający doświadczenie w realizacji inwestycji o odpowiednim stopniu skomplikowania, jednak niekoniecznie obejmującym swoim zakresem wszystkie wymagane przez zamawiającego zadania, czy też w realizacji wskazanych robót łącznie w ramach kilku inwestycji budowlanych. Fakt wykonywania wszystkich ww. robót łącznie jako jednej roboty budowlanej, tj. na podstawie jednej umowy nie ma bowiem związku z wykonywaniem tego rodzaju robót w terenie miejskim przy ruchu komunikacyjnym. W szczególności ww. roboty łącznie mogły być przez danego wykonawcę realizowane w całości lub w części na terenie wiejskim, co oznaczałoby, że taki wykonawca nie dysponowałby doświadczeniem w realizacji robót przy dużym ruchu komunikacyjnym. Niezależnie od powyższego dla prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia największe znaczenie ma doświadczenie wykonawcy i jego kadry w zakresie wykonywania robót tego samego rodzaju, nie zaś doświadczenie w wykonywaniu tych robót w określonym terenie. Opis sposobu spełniania ww. warunku nie odnosi się zresztą do rodzaju środowiska, w którym roboty te były wykonywane, tylko do wymogu, aby roboty te były wykonywane w ramach jednej umowy. Taki opis warunku nie jest natomiast niezbędny do zbadania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, a zatem nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego należy uznać, że dokonując opisu sposobu dokonywania oceny warunku udziału w postępowaniu poprzez wymaganie wykonania wszystkich ww. robót w ramach jednej umowy, zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy również wskazać, że naruszenie to skutkowało wykluczeniem wykonawcy konsorcjum M. Sp. z o.o., który złożył najkorzystniejszą ofertę, ze względu na wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu wskazanych robót w zakresie znacznie przekraczającym wymagania zamawiającego, wykonanych na rzecz jednego inwestora lecz w ramach kilku umów. Ponadto pozostali wykonawcy wnoszący o zmianę opisu sposobu oceny przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie złożyli ofert, co również świadczy o tym, że ww. opis warunku utrudniał dostęp do zamówienia, a w konsekwencji - utrudniał uczciwą konkurencję.

#### **Przykład nr 8 (UZP/DKUE/KN/35/11)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 25 maja 2010 r. było *zarządzanie projektem wraz z promocją*.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.3) oraz w siwz (pkt VII) zamawiający określił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazując, iż:

1) Doświadczenie zawodowe – wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał z należytą starannością:



□ w zakresie Zadania nr 1:

co najmniej dwa kontrakty wykonywane na rzecz Jednostek Samorządu Terytorialnego, w ramach projektów realizowanych przez te Jednostki Samorządu Terytorialnego ze środków unijnych, polegające na:

- a) przygotowywaniu niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej jak również pomocy w rozliczaniu projektu realizowanego z wykorzystaniem środków unijnych,
- b) wykonywaniu zadań związanych z zarządzaniem projektem, w tym: analiza i monitorowanie ryzyka w projekcie, monitorowanie oraz nadzór nad prawidłową realizacją projektu, uczestniczenie w procedurach odbioru projektów,
- c) sporządzaniu dokumentacji przetargowej (minimum treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia),

dla projektów o wartości co najmniej 5 mln zł netto każdy, których przedmiotem było wdrożenie systemu informatycznego, w tym co najmniej jeden z tych projektów obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

□ w zakresie Zadania nr 2:

a) co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji prac przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

2) Potencjał kadrowy – wykonawca musiał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, odpowiadające minimalnym warunkom określonym poniżej:

□ w zakresie Zadania nr 1:

a) Zespół ekspertów unijnych - minimum 3 specjalistów posiadających wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej dwoma projektami dofinansowanymi ze środków unijnych, w tym co najmniej jednym projektem wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego, o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego, w tym:

- minimum jeden ekspert ds. architektury, posiadający wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne oraz kwalifikacje w zakresie tworzenia architektur systemów informatycznych klasy Enterprise, potwierdzone certyfikatem TOGAF lub równoważnym,
- minimum jeden ekspert ds. finansów, posiadający wykształcenie wyższe ekonomiczne oraz doświadczenie w całościowym rozliczaniu projektów dofinansowanych ze środków unijnych,
- minimum jeden ekspert ds. prawa unijnego, posiadający wykształcenie wyższe prawnicze;

b) Zespół kierowników projektów - minimum 2 specjalistów posiadających wykształcenie wyższe informatyczne lub ekonomiczne i doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, potwierdzone uczestnictwem w całościowym zarządzaniu przynajmniej dwoma projektami informatycznymi oraz

certyfikat PRINCE2 Foundation lub równoważny, w tym co najmniej jeden ze specjalistów posiada doświadczenie w zakresie zarządzania co najmniej jednym projektem dofinansowanym ze środków unijnych wykonywanym na rzecz Jednostki Samorządu Terytorialnego o wartości projektu co najmniej 5 mln zł netto, którego przedmiot obejmował budowę lub rozwój systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

□ w zakresie Zadania nr 2:

a) minimum jeden ekspert ds. informatycznych, który:

- ukończył studia wyższe o kierunku informatyka o specjalizacji systemy operacyjne i sieci komputerowe lub ukończył studia wyższe o kierunku informatyka w zakresie systemy i sieci komputerowe,
- posiada doświadczenie w koordynowaniu pracami przy wdrożeniu lub rozwoju zcentralizowanego systemu informatycznego w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego,
- posiada wiedzę w zakresie konfiguracji szkolnych sieci komputerowych, potwierdzoną co najmniej jednokrotnym prowadzeniem szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych, w akredytowanych ośrodkach MEN.

(...). W celu ustalenia, czy zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem dnia 20.09.2011 r. wystąpił do Eksperta o sporządzenie opinii w przedmiotowym zakresie.

Poddawszy analizie dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Ekspert w opinii z dnia 21.10.2011 r., w odniesieniu do warunku doświadczenia wskazał (pkt 2.2.2 opinii), iż *w zakresie Zadania nr 1 zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie przygotowania niezbędnych sprawozdań i raportów dla Instytucji Pośredniczącej oraz pomocy w rozliczaniu projektu unijnego, zarządzania projektem oraz sporządzania dokumentacji przetargowej w projektach o wartości co najmniej 5 mln zł netto, których przedmiotem było wdrożenie systemu zarządzania oświatą w co najmniej 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną Jednostkę Samorządu Terytorialnego.*

*Wg najlepszej wiedzy Biegłego opisane tu czynności związane z raportowaniem, sprawozdawczością i rozliczaniem projektu unijnego, jak i sporządzaniem dokumentacji przetargowej (tym bardziej, iż "wsad merytoryczny" zostanie opracowany w ramach drugiego z opiniowanych tu projektów) nie różnią się istotnie w zależności od beneficjenta projektu, lecz o ich kształcie decydują wymagania adresatów tego typu dokumentacji (np. Instytucji Pośredniczącej) a w zakresie dokumentacji przetargowej uniwersalne przepisy Prawa Zamówień Publicznych. Tym samym samo wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji tego typu czynności jest oczywiście uzasadnione przedmiotem zamówienia, lecz wymaganie posiadania doświadczenia we wskazanych wyżej czynnościach wykonywanych w projektach adresowanych do oświaty podlegającej JST nie znajduje już uzasadnienia. Podkreślić należy, że rękojmię należytego wykonania zamówienia dawałyby tutaj*

podmioty generalnie posiadające doświadczenie w doradztwie w prowadzeniu "projektów unijnych" (sprawozdawczość, rozliczenia, dokumentacja projektu unijnego) o odpowiedniej wielkości, niekoniecznie realizowanych na zamówienie instytucji państwowych lub samorządowych. (...).

W zakresie zadania nr 2 zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał co najmniej jeden kontrakt polegający na wsparciu merytorycznym i koordynacji przy rozwoju scentralizowanego systemu informatycznego obejmującego co najmniej 150 placówek oświatowych prowadzonych przez Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

W ocenie Biegłego wymaganie posiadania wskazanego powyżej doświadczenia w koordynacji projektów informatyzacji oświaty samorządowej jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, w którym nadzór techniczny nad realizacją projektu wymaga (np. w aspekcie oprogramowania aplikacyjnego wspierającego działanie placówki oświatowej) wiedzy o funkcjonowaniu jednostek oświatowych, a jej posiadanie może zagwarantować przede wszystkim uczestnictwo w podobnych projektach na rzecz podobnych jednostek. Jak wynika z treści p. 2.3 sformułowane wymaganie, by projekt dotyczył min. 150 placówek oświatowych jest jednak zbyt wyśrubowane, brak mu logicznego uzasadnienia i zasadniczo ogranicza konkurencję.

W przywołanym powyżej punkcie 2.3 opinii Ekspert udzielił również odpowiedzi na pytanie, ile projektów informatycznych polegających na budowie lub rozbudowie systemu zarządzania oświatą w co najmniej (...) 150 placówkach oświatowych prowadzonych przez jedną jednostkę samorządu terytorialnego o wartości minimum 5 mln zł netto (...) zrealizowanych zostało w Polsce w terminie 3 lat przed upływem terminów składania ofert (chodzi o projekty, które mogły być wykazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniach)?

Odpowiadając na powyższe Ekspert wskazał, iż generalnie rozwój zainteresowania systemami zarządzania oświatą nastąpił w ostatnich latach. Projekt tej wielkości mógł dotyczyć przede wszystkim największych miast w Polsce - tj. miast wojewódzkich. Wg przeprowadzonej kwerendy Internetowej, która nie daje 100% gwarancji, iż wykryto wszystkie możliwe przedsięwzięcia (...), jedyny zakończony projekt tej skali to projekt zrealizowany w latach 2005 - 2007 w Krakowie, za ok. 8 mln zł. Do podobnego projektu przystąpił w tym roku Gdańsk (191 placówek, koszt ok. 11 mln zł). Zrealizowano natomiast wiele projektów w mniejszych miejscowościach.

Tak ostre wymagania w mej ocenie znacząco i w sposób nieuzasadniony ograniczyły konkurencję w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienia. Podkreślić należy, iż liczba placówek objętych projektem nie jest głównym czynnikiem rękojmi należytego wykonania przedmiotowych zamówień, gdyż co do zasady konstrukcja systemów tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy, która jednak jest w swej istocie podobna w projekcie obejmującym np. 30 placówek wszystkich typów, co w projekcie obejmującym 100, czy 150 placówek.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w opinii Eksperta, w zakresie Zadania nr 1, o ile wszystkie wskazane role ocenić należy jako potrzebne przy realizacji zamówienia (...), o tyle wymagania w zakresie kompetencji i doświadczenia są w mej ocenie w istotnej części nie uzasadnione przedmiotem zamówienia i specyfiką projektu, w ramach którego są one udzielane, szczególnie w kontekście ustaleń zawartych w punkcie 2.3.

Generalnie oceniam wymaganie posiadania doświadczenia w projekcie oświatowym za nieuzasadnione - specyfika branży edukacyjnej, przedmiot zamówienia i projektu, w ramach którego jest ono udzielane nie uzasadniają posiadania takiego doświadczenia. W szczególności:

□ Zarządzanie projektem jest realizowane w oparciu o uniwersalne metodyki (np. PRINCE2, PMBOK czy IPMA) - wystarczające jest więc doświadczenie w zarządzaniu projektem, co najwyżej projektem współfinansowanym ze środków UE;

Dokumentowanie projektu współfinansowanego ze środków UE i związana z tym sprawozdawczość nie zależy od branży tylko od wymagań określonych przez jednostki zajmujące się dystrybucją przydziałem i dystrybucją funduszy (m.in. jednostki pośredniczące) – w tym zakresie z pewnością wystarczy doświadczenie w projekcie współfinansowanym ze środków UE;

□ Kwestie architektury i technologii informatycznych są niezależne od branży edukacyjnej. Wymaganie posiadania certyfikatów z obszaru architektury korporacyjnej opisanej w TOGAF również nie wydaje się potrzebne - trudno zrozumieć do czego wiedza na temat tego ogólnego podejścia (nie zawierającego de facto wytycznych konstrukcyjnych) może się przydać w realizacji zadań objętych zamówieniem tym bardziej, iż jego stosowanie nie jest wymagane w dokumentacji przetargowej.

W zakresie Zadania nr 2, o ile niewątpliwie ekspert ds. informatycznych jest niezbędny przy nadzorze technicznym nad projektem, o tyle wymagania co do kwalifikacji tej osoby budzą zasadnicze wątpliwości odnośnie wszystkich wymaganych pozycji opisujących kompetencje i doświadczenia takiej osoby. Nie jest w ogóle zrozumiałe dlaczego wymagana jest tak specyficzna specjalność ukończonych studiów (co do zasady - absolwenci większości wiodących uczelni nie spełniają tak określonego wymagania z uwagi na brak takich specjalności w ofercie dydaktycznej tych uczelni) zamiast np. konkretnej znajomości technologii sieciowych i systemów operacyjnych potwierdzonych odpowiednimi szkoleniami/certyfikatami; doświadczenie w koordynacji prac może mieć tu pewne znaczenie, ale tak zasadnicze wyśrubowanie wymagań co do specyfiki i wielkości projektu nie ma uzasadnienia (zwłaszcza w kontekście ustaleń z p. 2.3), podobnie, jak trudno uznać, za uzasadnione wymaganie prowadzenia szkolenia dla administratorów szkolnych sieci komputerowych - szkolne sieci komputerowe nie stanowią jakiegś wyodrębnionej kategorii sieci komputerowych (mieszczą się generalnie w kategorii sieci lokalnych i to wiedzy z tego zakresu należałoby tu wymagać), nawet, jeśli MEN prowadzi pewne działania standaryzacyjne, to wystarczająca do realizacji zamówienia polegającego na koordynacji merytorycznej prac jest odpowiednia wiedza z zakresu sieci komputerowych potwierdzona szkoleniami, czy certyfikatami.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny oraz prawny, w szczególności treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania zauważyć należy, iż zamawiający opisał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję.

Nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia było odwołanie się przy opisie warunku doświadczenia (w zakresie obydwu zadań) do realizacji projektów oświatowych podlegających pod jedną jednostkę samorządu terytorialnego, gdyż również podmioty posiadające doświadczenie w realizacji projektów na rzecz innych instytucji dawały rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy. Jak wskazał bowiem biegły, czynności należące do zadań wykonawcy określone są przez instytucje przyznające

środki (np. Instytucje Pośredniczące), natomiast ich charakter nie zależy od rodzaju beneficjenta. W tym kontekście wykonawca, który posiadał doświadczenie w zarządzaniu projektem unijnym na rzecz podmiotów innych niż wskazane w opisie warunku, również byłby w stanie wykonać zamówienie.

W przedmiotowej sprawie za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające konkurencję uznać również należy odwołanie się zamawiającego przy opisie warunków (doświadczenia oraz dysponowania personelem) do projektu obejmującego zcentralizowany system informatyczny dla 150 placówek oświatowych. Jak podniesiono w opinii eksperckiej, co do zasady konstrukcja systemów informatycznych tego typu cechuje się dużą powtarzalnością, a przez to większa liczba placówek zwiększa jedynie nakład pracy. Tym samym nie ma uzasadnienia dla odwołania się w opisie warunku do aż 150 placówek oświatowych, skoro wiedza i doświadczenie wykonawcy lub jego kadry byłyby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia już przy liczbie np. kilkudziesięciu takich placówek. Argumentem przemawiający za stwierdzeniem, iż powyższe ograniczało konkurencję jest przeprowadzona w ramach sporządzania opinii kwerenda z której wynika, iż jedynym zakończonym projektem tej skali na dzień składania i otwarcia ofert był zrealizowany w latach 2006-2007 projekt „Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w Krakowie” na rzecz Miasta Krakowa. Niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania – ww. projekt z Krakowa ujęty został w wykazie doświadczenia wykonawcy – N., który jako jedyny złożył ofertę na Zadanie nr 1.

Jak wskazano powyżej, również część wymagań w zakresie kompetencji i doświadczenia członków personelu przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia oraz specyfice projektu. W szczególności wymóg posiadania przez eksperta ds. architektury certyfikatu TOGAF lub równoważnego oraz wymogi posiadania opisanego w warunku wykształcenia nie były niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ww. wymogi stanowiące część opisu sposobu oceny spełniania warunków nie były zatem niezbędne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie tak opisane wymogi mogły utrudniać dostęp do ww. zamówienia, o czym świadczy fakt, że w obu częściach postępowania złożono po 1 ofercie.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamawiający dokonując w ww. sposób opisu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Przykład nr 9 (UZP/DKUE/KN/71/10)**

Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 19 lutego 2010 r. była *przebudowa dawnej Synagogi na potrzeby Ośrodka Kultury etap II*.

Jak wynika z dokumentacji kontroli zamawiający na potwierdzenie zdolności ekonomicznej wymagał, aby ze sprawozdania finansowego z okresu dwóch lat obrotowych (2007 r. i 2008 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wynikało, że wykonawca osiągnął łączny wynik dodatni, a także jego obrót łączny w robotach budowlanych za te lata wyniósł ponad 20 mln zł.

W toku kontroli skierowane zostało do zamawiającego pismo z prośbą o wyjaśnienie jak zamawiający rozumiał postawiony w siwz (część III.2.2.2 lit. a)) wymóg wykazania przez wykonawcę osiągnięcia w latach 2007 i 2008 łącznego wyniku dodatniego. Czy zamawiający rozumiał wynik dodatni jako zysk osiągnięty przez wykonawcę, czy też jako inny wynik ekonomiczny (jeśli tak to jaki).

Zamawiający wyjaśnił, iż miał na myśli wynik dodatni jako zysk osiągnięty przez wykonawcę.

(...). Jednym z kryteriów oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia jest jego kondycja ekonomiczna (por. art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Zamawiający, konkretyzując warunki udziału w postępowaniu, może żądać od wykonawców spełnienia pewnych minimalnych wymogów odnoszących się do ich sytuacji ekonomicznej, które będą gwarantować realizację zamówienia do czasu otrzymania zapłaty za wykonanie umowy. Zamawiający może zatem określić potencjał ekonomiczny, który na podstawie obiektywnej oceny można uznać za niezbędny dla prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia.

Wymogiem tego rodzaju nie będzie jednak żądanie, by wykonawcy wykazali się zyskiem, osiągniętym w określonym czasie. Ocena kondycji ekonomicznej wykonawcy na podstawie kryterium dodatnich wyników finansowych jest nieuzasadniona w celu prawidłowego oszacowania jego zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest bowiem właściwym dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa, które jest w fazie rozwoju lub poczyniło znaczne inwestycje, które mogą przynieść zyski w przyszłości. Ponadto wskaźnik ten ogranicza udział przedsiębiorców krócej działających na rynku.

(...). Na ustalenie przez zamawiającego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i naruszającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ekonomiczno – finansowego warunku udziału w postępowaniu wskazywać również może fakt, iż wykonawca B. pismem z dnia 23.02.2010 r., złożył protest na warunki dotyczące wymaganej zdolności ekonomicznej. Na powyższe wskazuje również złożone w toku postępowania pytanie o wyjaśnienie treści siwz, w zakresie warunku dotyczącego ekonomicznej i finansowej zdolności wykonawców i prośba o dopuszczenie wykazania przez wykonawcę zdolności ekonomicznej w inny sposób.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej nie jest bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

## **Orzeczenia KIO**

**Wyrok** KIO z dnia 29 lipca 2013 r. [sygn. akt KIO 1743/13]

1. Przepisy rozporządzenia 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. 1817) przesądzają, iż obowiązkiem wykonawcy, tak aby można było uznać, iż wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jest złożenie zarówno wykazu, jak i dowodów do niego załączonych potwierdzających należyte wykonanie ujętych w wykazie prac.

2. Niezbędnym jest, aby to wykonawca składający ofertę, złożył wraz z nią własne, odpowiedniej treści, pisemne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu – wyraźne wskazanie na usługi, które w ocenie wykonawcy odpowiadają swym zakresem wymogom określonym przez zamawiającego w treści warunku. Nie jest wystarczającym przedstawienie wyłącznie referencji, tj. dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci – podmiotu na rzecz którego wykonywana była wykazywana przez wykonawcę usługa.

**Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2013 r. [KIO 1439/13]**

1. Przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia 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) wymaga podania szczegółowych elementów relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać "zobowiązania podmiotu trzeciego", tj. podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu – czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby, okresu tego świadczenia, a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy).

2. Wszystkie elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 powołanego rozporządzenia mają służyć przekonaniu zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny (przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku, co mieści się w pojęciu "charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem"), pozwala na jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Elementy treści dokumentu wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, ale – jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim – by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim – dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób i wykonawcy, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie na taką relację.

3. Niezależnie od formy dokumentu, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie

zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez powołany przepis rozporządzenia oraz SIWZ elementy.

4. Zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Nie może powyższego zastąpić oświadczenie własne wykonawcy składane wobec zamawiającego, jakim jest formularz oferty – ten dokument kreuje określone zobowiązanie wykonawcy wobec zamawiającego, podczas gdy wykazanie, że wykonawca dysponuje określonymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego musi nastąpić na podstawie dokumentu opisującego relację między tymi podmiotami.

5. Tylko dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą a podmiotem udostępniającym mu określone zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego świadczenia. Tylko dokument pochodzący od tych podmiotów pozwala na ocenę, czy udostępnienie zasobów ma charakter realnego.

#### **Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2013 r. [KIO 1276/13]**

*1. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jeśli odnosi się do podstawowych elementów przedmiotu zamówienia.*

*2. Takiego wymogu nie spełnia warunek, dla spełnienia którego wykonawcy zobowiązani są legitymować się zarówno doświadczeniem, jak i wiedzą tożsamą z przedmiotem zamówienia. Nie musi przy tym zachodzić pełna tożsamość sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a wystarczy jedynie dobranie niektórych elementów, które ograniczają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.*

*3. Nie można żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać takiego opisu warunku udziału w postępowaniu, aby nie ograniczał on możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego wykonania.*

#### **Sposób stosowania art. 22 ust. 5 ustawy Pzp**

By zrozumieć i w sposób właściwy zastosować przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w pierwszej kolejności sięgnąć należy do norm prawa europejskiego.

Zgodnie z motywem 39 dyrektywy 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 (zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”), weryfikacja predyspozycji wykonawców i ich kwalifikacja powinna mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji wykonawców oraz



środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełniły wymagane kryteria. W celu zapewnienia przejrzystości postępowania, niezwłocznie po jego wszczęciu instytucja zamawiająca powinna wskazać kryteria kwalifikacji, które będzie stosowała i szczególnie poziom kompetencji, jakiego może ona żądać w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w procedurze udzielania zamówień.

Z kolei w świetle art. 44 ust. 1 dyrektywy klasycznej „zamówień udziela się (...) po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych (...)”. Ponadto, na podstawie art. 44 ust. 2 dyrektywy instytucje zamawiające mogą żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, kwalifikacji technicznych i zawodowych a więc wiedzy, potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej, zdolność wykonawców może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. W tym miejscu warto podkreślić, iż regulacja ta umiejscowiona została w przepisie poświęconym kwalifikacjom technicznym i zawodowym, a więc odnosi się co do zasady do art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie zatem z normami dyrektyw, zamawiający bada predyspozycje (zdolność) wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na podstawie kryteriów dotyczących sytuacji finansowej, wiedzy, możliwości zawodowych i technicznych. W tym zakresie Zamawiający prócz kryteriów mogą żądać spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności. Kryteria i wymagania w zakresie wiedzy, możliwości zawodowych i technicznych (ale nie sytuacji finansowej i ekonomicznej) mogą dotyczyć kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Kryteria weryfikacji predyspozycji wykonawcy i określenie wymagań dotyczących minimalnych jego zdolności muszą mieć charakter przejrzysty.

Odnosząc powyższe do ustawy Pzp, a szczególnie mając na względzie nowy przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, można wskazać, iż:

**a.** Celem warunków i ich opisu jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego w SIWZ.

**b.** Zamawiający może w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określać kryteria weryfikacji predyspozycji wykonawcy i określać wymagania dotyczące minimalnych jego zdolności w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. W sprawach 27-29/86 *CEI i Bellini* Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał za dopuszczalną możliwość weryfikowania wykonawcy w oparciu o zakres zobowiązań realizowanych przez niego równocześnie. Trybunał wskazał, że łączna wartość zamówień na roboty budowlane udzielonych danemu wykonawcy może być użytecznym czynnikiem przy ustalaniu kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w odniesieniu do jego przyszłych obowiązków (w trakcie wykonywania zobowiązań umownych). Innymi słowy, zamawiający może dokonywać oceny zdolności finansowej wykonawcy przez pryzmat zaciągniętych przez niego zobowiązań finansowych, związanych z realizacją wielu przedsięwzięć równocześnie, co z kolei ma zapobiegać podejmowaniu się przez indywidualnych

wykonawców realizacji zamówień wykraczających poza ich możliwości. W kontekście powyższego, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp stanowić ma instrument dzięki któremu zamawiający będzie uprawniony do badania różnych aspektów działalności zawodowej wykonawcy, w tym jego renomy.

**c.** Spełnianie warunków wiedzy, zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp) może być oceniane poprzez kryteria i wymagania odnoszące się do jego kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. wydanym w sprawie prejudycjalnej C- 465/11 *Forposta i ABC Direct Contact* wskazał, iż nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, może być brane pod uwagę przy ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia świadcząc o jego niższych kompetencjach zawodowych. W ocenie Trybunału, niewykonywanie zobowiązań umownych może stanowić zatem kryterium weryfikacji predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jako świadczących o jego niższym poziomie kompetencji, a ocena kompetencji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia powinna zostać poprzedzona indywidualizowaną oceną jego sytuacji podmiotowej. Tym samym, Trybunał potwierdził, iż rzetelność może stanowić kryterium służące ocenie sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

**d.** Kryteria weryfikacji i wymagania dotyczące minimalnych zdolności wykonawcy dokonane w opisie sposobu oceny spełniania warunków muszą mieć charakter przejrzysty, a więc powinny być znane wykonawcy od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

**e.** Kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków powinny być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

**f.** Ustawa Pzp jak i dyrektywa klasyczna nie wymaga, by kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków musiały zostać wyrażone liczbowo, mogą mieć one zatem charakter przesłanek lub wytycznych, które zamawiający przyjmie przy weryfikacji informacji zawartych w dokumentach złożonych przez wykonawcę.

**g.** Jeżeli wykonawca nie wykazał odpowiedniego poziomu wiedzy, potencjału technicznego, osobowego i finansowego wskazującego na jego zdolność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, przesłankę wykluczenia wykonawcy stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a więc nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Warto zwrócić uwagę, iż katalog kryteriów za pomocą których zamawiający będzie oceniał zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jest katalogiem otwartym, o czym przesądza użyty w przepisie zwrot „w szczególności”. Nie ulega wątpliwości, iż możliwość kierowania się kryteriami o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosi się do wszystkich zamówień na usługi oraz roboty budowlane a w przypadku dostaw dotyczy szczególnie świadczeń związanych z instalacją lub rozmieszczeniem.

Z zasady prymatu wykładni literalnej wynika, iż dokonując interpretacji przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp należy sięgnąć do znaczenia użytych w jego treści wyrażen.

Zgodnie z literalnym znaczeniem „rzetelny” to „1. «wypełniający należycie swe obowiązki» 2. «taki, jaki powinien być, odpowiadający wymaganiom» 3. «zgodny z prawdą, wiarygodny»”<sup>19</sup>. Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy wyłonionego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności związany z profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią. W związku z powyższym, niewywiązanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych zobowiązań może być oceniane w aspekcie nieposiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę do realizacji danego zamówienia publicznego, gdyż aspekt wiedzy i doświadczenia powinien być analizowany nie tylko w kontekście należyście wykonanych zobowiązań potwierdzonych stosownymi dokumentami, ale również zamówień nienależyście zrealizowanych, które podważają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warto bowiem podkreślić, iż samo wykazanie przez wykonawcę dysponowania wymaganym potencjałem w oderwaniu od innych aspektów wykonywanej przez niego działalności gospodarczej nie daje gwarancji należytego wykonania zobowiązania.

„Efektywność”, zgodnie z literalnym znaczeniem, to dawanie dobrych wyników, wydajność<sup>20</sup>. Poprzez kryterium „efektywności”, o której mowa w art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, zamawiający może zatem uwzględniać m.in. efekty dotychczasowej realizacji zamówienia publicznego wynikające np. z organizacji pracy wykonawcy, użytej przy realizacji zamówienia technologii, czy też przyjętego sposobu zarządzania przedsięwzięciem. Innymi słowy, poprzez kryterium efektywności zamawiający będzie mógł badać potencjał, jakim wykonawca dysponuje, a także niezawodność i sprawność dotychczas realizowanych przez wykonawcę zamówień. W ten sposób zamawiający będzie w stanie ocenić, czy wykonawca zapewni efektywność realizacji zamówienia, o udzielenie którego się ubiega.

Z uwagi na ramowy charakter przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zamawiający posiada uprawnienie do podania kryteriów, którymi będzie się kierował przy badaniu wykonawcy pod kątem spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ich spełnienia w świetle kryteriów, o których mowa w zdaniu drugim art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i pozostawać z nim w związku. Powyższe oznacza, że zamawiający nie może opisywać sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przedmiotu i zakresu danego zamówienia. Natomiast wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez zamawiającego kryteriów nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia.

W kontekście regulacji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający będzie mógł żądać od wykonawców przedłożenia wykazu zawierającego informacje o robotach budowlanych, dostawach lub usługach

niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Dopiero bowiem uzyskanie przez zamawiającego wiedzy w zakresie całokształtu aktywności wykonawcy na rynku umożliwi mu dokonanie oceny czy wykonawca ten daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

## **PROBLEMATYKA SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA**

Przepisy art. 32 ustawy Pzp ustalające zasady dotyczące szacowania wartości zamówienia publicznego, stanowią kluczową regulację służącą prawidłowemu stosowaniu przez zamawiających przepisów z zakresu zamówień publicznych. W oparciu o przepisy ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Zamawiający może więc z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych podzielić zamówienie (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzić kilka odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrzonej). Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące części o wartości poniżej 14 000 euro będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który zamierza skorzystać z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie wyrażonej w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

Określony w art. 6a ustawy Pzp maksymalny próg, dopuszczający udzielanie zamówień w częściach w uproszczony sposób, odnoszący się do 20 % wartości przedmiotu zamówienia, dotyczy planowanego przez zamawiającego zamówienia. Jeśli zamówienie ma być udzielone na czas oznaczony nie dłuższy niż 12 miesięcy, zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit a w zw. z art. 6a ustawy Pzp, próg 20 % będzie dotyczył wartości zamówienia ustalonej z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia. Jeśli zamówienie ma obejmować okres dłuższy niż 12 miesięcy, próg ten będzie również ustalony z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia, z wyjątkami wynikającymi z zamówień których przedmiotem są umowy dzierżawy, najmu lub leasingu.

W przypadku planowania określonych wydatków, o tym czy mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami przesądza posłużenie się przez zamawiającego przynajmniej trzema kryteriami: przedmiotem, czasem zamówienia oraz możliwością wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wymienionych kryteriów, pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Czas zamówienia, jako jeden z tych elementów, umożliwia ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze, udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację

określonego projektu. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 5 października 2000 r., C-16/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, LEX nr 83004, czas zamówienia oceniamy na chwilę wszczęcia procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego. Jeśli więc na chwilę wszczynania procedury, jest możliwe ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, możliwego do wykonania przez jeden podmiot, co do zasady możemy mówić o jednym zamówieniu.

### **Szacowanie wartości zamówienia**

Podstawowym elementem prawidłowego i efektywnego stosowania ustawy jest właściwe planowanie przez zamawiających zamówień i szacowanie ich wartości. Jest to szczególnie istotne w kontekście do przewidzianego w art. 32 ust. 2 Pzp zakazu dzielenia zamówienia publicznego lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przesądzenie czy w przypadku określonego rodzaju zapotrzebowania planowanego w perspektywie roku budżetowego lub wieloletniego w przypadku umów długoterminowych, mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami wymaga posłużenia się przynajmniej trzema następującymi kryteriami:

- a) przedmiotu zamówienia, umożliwiające zidentyfikowanie zapotrzebowania o zbliżonym rodzaju i przeznaczeniu,
- b) czasu zamówienia, umożliwiające ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,
- c) możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wyżej wymienionych kryteriów planowanego przez zamawiającego wydatku pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Tylko do tak ustalonego zakresu zamówienia publicznego odnosi się określony przez ustawodawcę w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (Pzp). Zamawiający, który podzieli tak wyodrębnione zamówienie na części o wartościach przedmiotu poszczególnych zamówień mniejszych niż 14 000 euro netto i udzieli z pominięciem stosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp (z zastrzeżeniem art. 6a ustawy Pzp, o czym szerzej w punkcie III), narusza wskazany wyżej zakaz dzielenia zamówienia na części. Możliwe i zgodne z przepisami ustawy Pzp jest jednak takie działanie zamawiającego, które zmierza do podziału zamówienia z obiektywnie uzasadnionych przyczyn albo przeprowadzenia postępowań w ramach poszczególnych części zgodnie z reżimem przewidzianym dla pełnej wartości zamówienia.

Pewne odrębności dotyczące szacowania wartości zamówienia są przewidziane w stosunku do obliczania wartości przedmiotu zamówienia, udzielanego na czas nieoznaczony przy uwzględnieniu planowanej długości udzielania zamówienia (art. 34 ust. 3 pkt 1 Pzp), dla zamówień powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 Pzp). Wielość możliwych stanów faktycznych, które wiążą się z

określanie szacunkowej wartości zamówienia, uniemożliwia jednak szczegółowe opisanie każdego potencjalnego przypadku.

Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym ustalenia właściwego trybu, w jakim powinno być ono udzielone, ustala wartość zamówienia w stosunku do zamówień *planowanych*. Zamówieniem planowanym będzie więc który zamawiający przewiduje (lub powinien przewidzieć) w odpowiedniej perspektywie czasowej. Odpowiednią perspektywą dla zamawiającego, umożliwiającą mu rzeczywiste zaplanowanie wydatków, będzie np. rok budżetowy (obrachunkowy) albo okres realizacji danego projektu (np. finansowanego ze środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Przystępując do szacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien z należytą starannością ustalić co i w jakiej ilości będzie mu konieczne do realizacji jego gospodarczo-organizacyjnych celów.

Przez planowanie zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp rozumie się w zasadzie dwa procesy:

- 1) planowanie wstępne, przewidziane w art. 13 ustawy Pzp, oraz
- 2) planowanie konkretnego zamówienia.

Zgodnie z art. 13 ustawy Pzp, zamawiający posiadający wiedzę o wysokości środków finansowych którymi będzie dysponował (tj. w zależności od przepisów którym podlega, po zatwierdzeniu planu finansowego lub po sporządzeniu planu wydatków) może upublicznić swoje zamierzenia wydatkowe na najbliższe 12 miesięcy, przekazując wstępne ogłoszenie informacyjne Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczając je na swojej stronie internetowej. Upublicznienie takich informacji przez zamawiającego, służyć ma skróceniu terminów składania ofert w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Bez względu jednak na fakt sporządzania wstępnego ogłoszenia informacyjnego czy też jego braku ustalenie wartości zamówień publicznych następuje zawsze w odniesieniu do zamówień planowanych przez zamawiających. Jeśli więc zamawiający planuje zamówienia na dany okres, powinien przygotować postępowania oceniając czy nie zachodzi potrzeba łącznego szacowania wartości zamówień w aspektach przedmiotu, czasu oraz podmiotu potencjalnego wykonawcy. Nie podlega natomiast sumowaniu z innymi udzielonymi, zamówienie którego wartość zamówienia zamawiający nie był w stanie przewidzieć wcześniej w okresie roku budżetowego, nawet jeżeli jest to zamówienie o zbliżonym charakterze do udzielonych już zamówień. Szeroko rozumiane pojęcie planowania postępowań o zamówienie publiczne, ma bowiem służyć przede wszystkim prawidłowej ocenie przez zamawiającego jaki reżim wyboru wykonawcy zastosować w konkretnym przypadku. Nie ma zatem uzasadnienia by zamawiający szacując z należytą starannością przedmiot zamówienia, którego nie mógł wcześniej przewidzieć, brał pod uwagę wydatki już przez siebie poniesione.

Na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Może się zdarzyć, iż zamawiający z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych zdecyduje, że bardziej odpowiednie jest dla niego podzielenie zamówienia (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzenie kilku odrębnych

postępowania (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrożonej). Aby zamawiający nie musiał dla każdej z wyodrębnionych części stosować przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia, ustawodawca w art. 6a ustawy Pzp przewidział normę szczególną. Jeśli zamówienie jest udzielane w częściach o wartościach poniżej 80 000 euro dla dostaw i usług lub 1 000 000 euro dla robót budowlanych, zamawiający przeprowadzając postępowanie dla każdej z takich części, może zastosować przepisy właściwe dla każdej z wyodrębnionych części. Łączna wartość części zamówienia do których może znaleźć zastosowanie art. 6a nie może przekroczyć 20 % wartości całego zamówienia.

W praktyce może zdarzyć się, iż część zamówienia do której znalazł zastosowanie art. 6a ustawy Pzp, będzie miała wartość poniżej 14 000 euro. Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące tej części będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który skorzysta z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy. Ponieważ konsekwencje zastosowania powyższych regulacji mogą być daleko idące: zamawiający w skrajnych przypadkach nie stosuje ustawy Pzp do postępowań na części obejmujące łącznie do 20 % wartości zamówienia, podział zamówienia na części musi być obiektywnie uzasadniony (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

### **3. PRAWIDŁOWA REDAKCJA SIWZ I OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU**

#### **1. Wstęp**

Celem funkcjonowania przepisu art. 36 ustawy, jest uporządkowanie kwestii zawartości podstawowego dokumentu, stosowanego w większości trybów udzielenia zamówienia, jakim jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Na tle składni i zawartości SIWZ dochodzi niejednokrotnie do sporów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Dlatego uregulowanie zawartości SIWZ jak również właściwe jej rozumienie ma fundamentalne znaczenie dla poprawności (zgodności z prawem) oraz wydajności (skuteczności) prowadzonych procedur przetargowych.

Dla zachowania przejrzystości interpretacyjnej oraz łatwości stosowania, ustawodawca uszeregował zagadnienia według konieczności stosowania oraz oddzielił wykaz obowiązujących punktów SIWZ, które zawarł w art. 36 ust. 1 i 2, od zwolnień odnoszących się do zamówień o wartości niższej od kwot progowych oraz instrukcji postępowania dotyczącej podwykonawstwa.

### **Tryb udzielenia zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 2)**

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) jest obowiązkowym dokumentem w następujących trybach postępowania:

- przetarg nieograniczony
- przetarg ograniczony
- negocjacje z ogłoszeniem
- dialog konkurencyjny
- negocjacje bez ogłoszenia
- zapytanie o cenę

Doboru trybu dokonuje zamawiający mając na uwadze zapisy art. 10 ust. 1 i 2 p.z.p.

### **Opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3)**

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń (art. 29 ust. 1), przy użyciu cech technicznych i jakościowych oraz respektując polskie normy przenoszące normy europejskie (art. 30), z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2). W treści SIWZ zamawiający musi stworzyć opis na tyle oczywisty, że dla wykonawców jasnym jest, czego dotyczy. Oczywiście występują różnice wynikające z rodzaju zamówienia. W przypadku robót budowlanych występuje konkretna regulacja art. 31. Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, wówczas przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego. Zgodnie z poglądem doktryny, dla dostaw i usług, zamawiający może zastosować również opis za pomocą cech funkcjonalnych. Niezależnie od rodzaju zamówienia, zgodnie z treścią art. 30 ust. 7, do opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający jest zobowiązany zastosować nazwy i kody określone we wspólnym słowniku zamówień publicznych CPV.

### **Termin wykonania zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 4)**

Termin ten może być kształtowany zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego. Art. 110-116 kodeksu cywilnego stanowią, iż termin może być wyrażany w dniach, tygodniach, miesiącach, latach. Regulują one również sposób ich obliczania.

Oczywiście w takim przypadku terminy należy liczyć od daty udzielenia zamówienia (zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). Istotną podpowiedzią, jak kształtować termin realizacji zamówienia, może być treść druku „Ogłoszenie o zamówieniu”.

Prawodawca europejski uznał, iż termin może być ustalany jako:

- okres w miesiącach (od udzielenia zamówienia) lub
- okres w dniach (od udzielenia zamówienia) lub
- termin rozpoczęcia/zakończenia (dd/mm/rrrr).



Podejście wspólnotowe odnośnie kształtowania terminów realizacji zamówienia, jest w pełni zbieżne z polskim prawodawstwem w przedmiotowej sprawie. Zamawiający ustalając termin realizacji zamówienia musi mieć na uwadze obiektywne warunki wykonania zamówienia, w szczególności terminy wynikające z merytorycznych potrzeb zamawiającego oraz obowiązki zachowania terminów związane z realizacją zamówień w określonych projektach pomocowych, środków celowych, których wydatkowanie jest oznaczone czasem, po upływie którego finansowanie ustanie.

Ustalenie terminu realizacji podlega nadzorczej funkcji art. 7 ust. 1. Termin zbyt krótki, może być przyczyną zastosowania przez wykonawców środka ochrony prawnej.

### **Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5)**

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 5 zamawiający ma obowiązek zawarcia w SIWZ warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu kształtuje zamawiający w oparciu o przepis art. 22 ust. 1 p.z.p. z uwzględnieniem okoliczności wynikających z rodzaju, zakresu oraz wartości zamówienia.

Wskazanie warunków udziału w postępowaniu ma na celu porównanie właściwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z minimalnymi właściwościami ustalonymi przez zamawiającego.

Ustalając warunki udziału, zamawiający określa poziom minimalnych standardów.

Dokonując opisu warunków należy pamiętać o tym, że uprzednio czynność ustalenia warunków udziału w postępowaniu została wykonana w ogłoszeniu o zamówieniu. Warunki wskazane w SIWZ muszą być identyczne z warunkami zawartymi w ogłoszeniu. Pogląd taki znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. - wyrok KIO z dnia 11 lutego 2008 r., sygn. KIO/UZP 49/08).

Ustalając warunki udziału, zamawiający nie może naruszyć zasady uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Począwszy od 24 października 2008 r., dzięki zmianom wprowadzonym przez nowelizację p.z.p., warunki udziału w SIWZ mogą być zmieniane w trakcie postępowania na takich samych zasadach jak inne informacje istotne dla postępowania zawarte w SIWZ.

### **Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6)**

Wykaz ten stanowi dopełnienie logiczne warunków udziału w postępowaniu. Badanie spełniania warunków odbywa się jednak na podstawie dokumentów i oświadczeń (art. 25 ust. 1). Katalog dokumentów zawiera 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. poz. 231). Zamawiający ma obowiązek żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawsze, gdy wartość zamówienia jest

równa lub przekracza kwoty, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń do publikatora europejskiego („od progu”). W zamówieniach o niższej wartości („do progu”), zamawiający może żądać dokumentów.

Często popełnianym błędem jest mieszanie katalogu dokumentów z warunkami udziału. W postępowaniach „do progu”, zamawiający niezwykle często nie określają warunków udziału sądząc, że będąc zwolnieni z żądania dokumentów, są zwolnieni z ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzeniem spełniania warunków może zawsze być oświadczenie wykonawcy. Zatem nawet gdy zamawiający nie żąda dokumentów, musi ustanowić warunki udziału, do potwierdzenia oświadczeniem.

Podobnie jak w przypadku warunków udziału, należy pamiętać o obowiązku zapewnienia integralności pomiędzy dokumentami opisanymi w SIWZ i ogłoszeniu o postępowaniu.

### **Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami (art. 36 ust. 1 pkt 7)**

Sposób porozumiewania się w postępowaniu został uregulowany przepisem art. 27. W myśl tego przepisu zamawiający wybiera formę porozumiewania się:

- pisemną
- faksem
- elektroniczną

I tu znajdujemy jednoznaczne ostrzeżenie (art. 27 ust. 2). Wybrany przez zamawiającego elektroniczny sposób porozumiewania się nie może ograniczać konkurencji. Forma pisemna jest zawsze dostępna.

Należy pamiętać o tym, że w przypadku przekazywania informacji faksem lub drogą elektroniczną, odbiorca informacji na żądanie przekazującego, ma obowiązek potwierdzić jej otrzymanie. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że informacja dostarczona do godziny 24.00 danego dnia, jest informacją doręczoną w tym dniu.

Jednocześnie, wystarczy doręczenie informacji pracownikowi adresata, co do którego nie ma wątpliwości, że nim jest.

### **Wymagania dotyczące wadium (art. 36 ust. 1 pkt 8)**

Zostały one zawarte w treści art. 45, zaś sposób postępowania z wadium został określony w art. 46 p.z.p. Należy pamiętać, że w SIWZ zamawiający musi podać numer rachunku bankowego, na który należy dokonać wpłaty środków. Powszechnym zwyczajem stało się opisywanie w SIWZ treści wymaganej przez zamawiającego od wadium wnoszonego w postaci niepieniężnej. Niezależnie od opisu w SIWZ – wadium w postaci pieniężnej uważać się będzie za wniesione, jeżeli wpłynęło ono na rachunek zamawiającego przed upływem terminu do złożenia ofert. Odwrotnie, jeżeli dowód

wniesienia wadium znajduje się w ofercie, lecz rachunek zamawiającego nie został uznany – wadium nie może być uważane za wniesione w terminie. Wadium w postaci niepieniężnej musi zostać wniesione skutecznie. Jakkolwiek załączanie dowodu wniesienia wadium jest uważane za warunek konieczny poddania oferty ocenie, to w świetle orzecznictwa, udzielenie gwarancji (np. przez bank lub towarzystwo ubezpieczeniowe) jest skuteczne nawet gdy jego potwierdzenie nie znalazłoby się w ofercie. Wątpliwości może nastręczać sposób wyjaśnienia faktu wniesienia wadium. Brak jednoznacznych narzędzi uzupełnienia. Jednak zakaz wykluczenia w takim przypadku wydaje się być oczywisty i mieć znaczenie nadrzędne. W praktyce oznacza to, że jeżeli w ofercie nie znajduje się dowód wniesienia wadium w postaci niepieniężnej i Zamawiający wykluczy wykonawcę w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zaś wykonawca wniesie odwołanie albo nawet jeżeli wykonawca - przed wykluczeniem lub po wykluczeniu - przedstawi dokument, z którego wynikać będzie, że wadium było skutecznie wniesione przed upływem terminu składania ofert, wówczas Zamawiający będzie zmuszony powtórzyć czynność oceny ofert. Inaczej rzecz ma się, gdy udzielenie gwarancji czy też poręczenia nie nastąpiło przed upływem terminu. Wówczas wykluczenie wykonawcy jest konieczne, oczywiste i skuteczne.

Jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny, wadium ustala się w odniesieniu do każdej części z osobna zastrzegając, że w przypadku składania ofert na kilka części, wadium musi stanowić sumę kwot wadium wymaganych dla poszczególnych części.

#### **Termin związania ofertą (art. 36 ust. 1 pkt 9)**

Kwestie terminów związania ofertą uregulowane zostały w art. 85 ust. 1 pkt 1-3.

Ustawa ustala maksymalne terminy związania ofertą:

1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa

lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro,

a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro;

3) 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

#### **Opis sposobu przygotowywania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 10)**

Dla zachowania ogólnego porządku prowadzonej procedury, ustawodawca zobowiązał zamawiających do przekazywania wykonawcom w SIWZ, instrukcji, jak przygotować ofertę. Zamawiający mogą zamieścić w tej części SIWZ zapisy opisujące na jakich drukach oczekuje przygotowania oferty, jaki powinien być jej opis, oznaczenie, jak powinna być składana, przekazywana, zamieniana, wycofywana.

Ta część SIWZ posiada obecnie wymiar wyłącznie uznaniowy. Nie zastosowanie się wykonawcy do proponowanego przez zamawiającego sposobu przygotowania oferty nie może skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Opisując sposób przygotowania oferty, zamawiający opisuje wyłącznie formę oferty. Ugruntowane, jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zabrania odrzucania ofert z uwagi na ich formę.

#### **Opis sposobu obliczenia ceny oferty (art. 36 ust. 1 pkt 12)**

Zamawiający jest zobowiązany opisać jednakowy dla wszystkich wykonawców sposób obliczenia ceny. Musi to uczynić w taki sposób, aby wszystkie złożone oferty były porównywalne.

Według definicji legalnej znajdującej się w treści art. 2 pkt 1 p.z.p., jest to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385)

Art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach mówi, że cena jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Zatem obliczenie ceny dotyczy końcowej kwoty do zapłaty, zawierającej najczęściej podatek VAT. Podając sposób obliczenia ceny oferty, zamawiający niejednokrotnie musi uwzględniać ceny jednostkowe oraz liczby jednostek miar.

W tym przypadku warto zapoznać się z definicją legalną ceny jednostkowej zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 2 przywoływanej już ustawy o cenach:

cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach.

#### **Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13)**

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 p.z.p., kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jest to oczywiście katalog otwarty. Zamawiający może ustalać również inne kryteria pod warunkiem że, z zastrzeżeniem art. 5 p.z.p., będą odnosić się one do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podaje kryteria oceny ofert wraz z ich znaczeniem procentowym w treści ogłoszenia o zamówieniu. Te same kryteria należy podać w SIWZ.

Jednak samo przytoczenie kryteriów zawartych w ogłoszeniu jest niewystarczające. Należy dokonać szczegółowego opisu każdego z nich. Orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz KIO wskazuje,

iż opis kryteriów musi być na tyle jasny i czytelny aby zapewnić przejrzystą i czytelną punktację a co za tym idzie jednoznaczny wybór najkorzystniejszej oferty. Preferowane jest stosowanie kryteriów opisanych wzorami matematycznymi albo kryteria tabelaryczne, gdzie podaje się wówczas liczbę punktów za poszczególne oceniane parametry. Całość punktacji dla każdej ocenianej oferty jest przeliczana względem oferty z najwyższą liczbą punktów w ramach danego kryterium w uwzględnieniu założonych wag procentowych. Warto zauważyć, że ustalenie kryterium oceny ofert podlega nadzorowi art. 7 ust. 1 oraz, w niektórych sytuacjach, również art. 29 ust. 2 p.z.p.

W opisie kryteriów oceny ofert nie dopuszcza się żadnych nieścisłości, które powodowałyby, że w procesie oceny, zamawiający musiałby tworzyć jakieś dodatkowe klasyfikacje, nie opisane uprzednio w SIWZ. Podczas oceny zamawiający musi kierować się wyłącznie kryteriami opisanymi w SIWZ (art. 91 ust. 1 p.z.p.).

#### **Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 36 ust. 1 pkt 14)**

W punkcie tym, zamawiający powinien opisać czynności formalne, które są niezbędne do zawarcia umowy, a których nie można było wykonać na etapie składania ofert, lub których wykonania nie żądano na etapie składania ofert. Należą do nich między innymi: dostarczenie umowy konsorcjum, wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, doręczenie dowodu ubezpieczenia placu budowy. Z pewnością nie wolno tu włączać takich czynności jak porównanie towaru (próbki) z wzorcem, badanie współpracy oferowanego urządzenia z układem innych urządzeń, dla których jest ono dedykowane.

#### **Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 36 ust. 1 pkt 15)**

Wymagania ustawowe odnoszące się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy znajdują się w art. 147-151a p.z.p. W SIWZ zamawiający musi opisać wysokość żadanego zabezpieczenia. Podobnie jak w przypadku postępowania z wadium, zamawiający musi podać numer rachunku bankowego, na który należy dokonać wpłaty środków w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w postaci pieniężnej. Zabezpieczenie w postaci pieniężnej uważać się będzie za wniesione, jeżeli wpłynęło ono na rachunek zamawiającego przed upływem oznaczonego terminu – terminu zawarcia umowy. Zabezpieczenie w postaci niepieniężnej wnosi się również przed upływem terminu. Istotne jest, iż zabezpieczenie może zostać wniesione w jednej lub kilku dopuszczonych ustawą formach. Formy zabezpieczenia mogą zmieniać się w toku obowiązywania zabezpieczenia. Żądanie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest fakultatywne.

#### **Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 16)**

Zamawiający w tym przypadku ma wybór, czy podawać opisowo istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, czy też załączyć wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, dla którego pisana jest SIWZ. Obydwa sposoby są dopuszczalne, jakkolwiek częściej stosowanym, jak również bardziej przejrzystym jest załączanie wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma on również tę zaletę, iż już w chwili składania ofert nie ma wątpliwości co do kształtu i szczegółów umowy.

#### **Pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 17)**

Punkt ten ma charakter porządkowy. Brak jednoznacznej wykładni co do jego pożądanej treści. Jego zadaniem jest przypomnienie wykonawcom o przysługujących im środkach ochrony prawnej.

#### **Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (art. 36 ust. 2 pkt 1)**

Definicja legalna zawarta w art. 2 pkt 6 p.z.p. mówi, iż przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego. Zatem o uznaniu prawidłowości złożonej oferty częściowej decyduje precyzyjny i jednoznaczny opis części zamówienia w SIWZ. O szczegółowości opisu decyduje zamawiający. Należy zwrócić uwagę, że podział zamówienia na części lub jego brak może być przyczyną stosowania przez wykonawców środków ochrony prawnej w oparciu o przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 p.z.p.

#### **Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (art. 36 ust. 2 pkt 3)**

Zjawisko zamówień uzupełniających pojawiło się w ustawie p.z.p. już ponad dwa lata temu. Jest to odpowiedź na potrzebę realizacji takich samych usług i robót budowlanych jak poprzednio realizowane, zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego oraz świadczenia unikalnych, powiązanych technicznie z poprzednio dostarczonym przedmiotem zamówienia dostaw przez dotychczasowego wykonawcę.

Warunkami podstawowymi udzielenia z wolnej ręki, zamówienia dotychczasowemu wykonawcy są:

- udzielenie zamówienia podstawowego w trybie podstawowym to jest w zamówieniach „klasycznych” w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego zaś w zamówieniach sektorowych również w trybie negocjacji z ogłoszeniem
- publikacja informacji o zamówieniu uzupełniającym była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu (dla usług i robót budowlanych) lub w SIWZ (dla dostaw)

Wielkość zamówień uzupełniających jest ograniczona do:

1. dla zamówień „klasycznych”

- 50% zamówienia podstawowego dla usług i robót budowlanych

- 20% zamówienia podstawowego dla dostaw

2. dla zamówień sektorowych - 50% zamówienia podstawowego dla wszystkich rodzajów zamówień.

Zamówienie uzupełniające może zostać udzielone w ciągu trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ musi zamieścić jedynie informację o treści: „zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających”

lub

„zamawiający nie przewiduje udzielania zamówień uzupełniających”

Oczywiście, jeżeli zamawiający posiada jakąś wiedzę na temat tych przyszłych zamówień, p.z.p. nie zabrania jej zamieścić w SIWZ jednak należy z góry przyjąć założenie, iż na etapie udzielania zamówienia podstawowego, udzielenie zamówień uzupełniających jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym.

**Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie (art. 36 ust. 2 pkt 4)**

Definicja legalna art. 2 pkt 7 stanowi, iż przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. O zakwalifikowaniu oferty jako wariantowej decydować będzie więc udowodnienie w jej treści, iż spełnia warunki wariantowości nakreślone w SIWZ przez zamawiającego.

Należy pamiętać, iż wariantowość dotyczy wyłącznie sposobu realizacji zamówienia a nie odmienności samego przedmiotu zamówienia. Ofertą wariantową będzie więc mogła być oferta przewidująca wykonanie np. robót ziemnych inną metodą niż podstawowa, ale nie będzie mogła być nią oferta w której zamiast np. radiotelefonu, zaoferowana zostanie radiostacja choć za pomocą obydwu urządzeń można nawiązać łączność bezprzewodową. Dla uzyskania zamierzonego celu, którym może być np. otwarcie się na nowe metody, należy jasno i jednoznacznie nakreślić obszar i ramy wariantowości.

### **Zapisy odnoszące się do aukcji elektronicznej (art. 36 ust. 2 pkt 7)**

W związku z funkcjonowaniem przepisów art. 91a, art. 91b, art. 91c p.z.p., w składni SIWZ znalazły się zapisy dotyczące aukcji elektronicznej. Warto zauważyć, że zamieszczenie informacji na temat aukcji elektronicznej jest uzależnione od zamawiającego. Obowiązuje jedynie wówczas, gdy zamawiający przewiduje poprzedzenie wyboru oferty najkorzystniejszej aukcją elektroniczną.

W takiej sytuacji jest zobowiązany zamieścić w SIWZ:

a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,

b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,

c) informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej

Podobnie jak to się dzieje z innymi zapisami art. 36, również opis aukcji musi być na tyle jasny i wyczerpujący, aby na jego podstawie, można było przystąpić do aukcji.

### **Zwolnienia z obowiązkowego stosowania niektórych zapisów art. 36**

W ustępie trzecim zawarto zapisy wskazujące, które z części przepisu art. 36 nie muszą być stosowane w postępowaniach o wartości niższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

W postępowaniach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, specyfikacja istotnych warunków zamówienia może nie zawierać informacji dotyczących:

- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wymagań dotyczące wadium
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy

### **Postanowienia odnoszące się do podwykonawstwa**

W ustępach 4 i 5 art. 36 ustawodawca zawarł postanowienia odnoszące się do podwykonawstwa. Wskazał na dwie możliwości:

- 1) zamawiający nie ma nic przeciwko powierzeniu części zamówienia podwykonawcom
- 2) zamawiający nie zgadza się na powierzenie części lub całości zamówienia podwykonawcom.



W pierwszym przypadku, zgodnie z zapisem art. 36 ust. 4, zamawiający musi zażądać w SIWZ wskazania w ofercie przez wykonawcę części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Warto zauważyć, że w bieżącym stanie prawnym części zamówienia wskazane przez wykonawcę w ofercie powinny pozostawać w korelacji w ewentualnymi oświadczeniami podwykonawców składanymi do dokumentów wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, wykorzystując zapisy art. 36 ust. 5 może nie wyrazić zgody na powierzenie wykonania całości lub części zamówienia podwykonawcom. Uprawnienie takie powstaje, gdy przedmiot zamówienia posiada cechy specyficzne, lub specyficzna jest jego realizacja. Specyfika ta musi wynikać z obiektywnych cech samego zamówienia, nie z okoliczności stworzonych przez zamawiającego.

### **REASUMUJĄC**

W całej treści SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu należy zwrócić szczególną uwagę na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Zarówno przy ustalaniu terminów w postępowaniu, terminów realizacji zamówienia, opisie przedmiotu zamówienia, ustalaniu kryteriów oceny ofert, opisie warunków udziału w postępowaniu, ustalaniu sposobów porozumiewania się może dochodzić do łamania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Waga SIWZ w postępowaniu jest na tyle znacząca, że zamawiający winien prawidłowo przygotować ten dokument przed datą wszczęcia postępowania.

Z punktu widzenia wykonawcy, SIWZ jest odzwierciedleniem żądań i oczekiwań zamawiającego oraz regulacji porządkujących postępowanie. Niektóre z nich mają znaczenie krytyczne jak opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny spełniania warunków, kryteria oceny ofert czy też terminy. Niektóre zaś mają charakter wyłącznie nawigacyjny, pomocniczy dla stron jak np. sposób przygotowania oferty.

### **4. BADANIE I OCENA OFERT [WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, PROBLEM RAŻĄCO NISKIEJ CENY, WYJAŚNIANIE TREŚCI OFERTY]**

**Zamawiający po otrzymaniu ofert musi wykonać następujące czynności:**

- 1) otworzyć oferty, odczytać i zanotować w protokole postępowania konieczne informacje
- 2) sprawdzić, czy oferty nie podlegają odrzuceniu
- 3) w przypadku niejasności w treści ofert, omyłek, dokonać ich poprawienia
- 4) podjąć decyzję, lub co najmniej ustalić, które oferty podlegają odrzuceniu z przyczyn innych, niż związane z ewentualnym nie załączeniem do oferty dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego lub pełnomocnictw albo złożeniem dokumentów lub pełnomocnictw zawierających błędy
- 5) sprawdzić, czy wykonawca załączył do oferty dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego (jeżeli Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą takich dokumentów)

- 6) sprawdzić czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu
  - 7) jeżeli nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, lub nie dostarczyli dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, albo dokumenty zawierają błędy – wezwać wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, do uzupełnienia brakujących lub wadliwych oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw
  - 8) w przypadku, gdy uzupełnione dokumenty nadal nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu – wezwać do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów
  - 9) jeżeli po wyjaśnieniach dokumenty nadal nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu – podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawców
  - 10) podjąć ostateczną decyzję o odrzuceniu ofert
  - 11) dokonać oceny i porównania nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu.
  - 12) Sporządzić informację odpowiadającą wymaganiom art. 92 ust. 1 p.z.p. i przekazać ją do wiadomości wykonawców
- Należy zauważyć, że ustawodawca dokładnie zdeterminował przepisami p.z.p. treść czynności. Z treści tej zaś można wyciągnąć ogólne wnioski co do ich pożądanej kolejności.

### **Otwarcie ofert**

Wykonawcy składają oferty w miejscu i czasie określonym przez zamawiającego w Specyfikacji (art. 36 ust. 1 pkt 11 p.z.p.). Każdy z nich może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1). Również miejsce i czas otwarcia ofert jest zdeterminowany zapisami specyfikacji. Zgodnie z przepisem Art. 86 ust. 2 p.z.p., otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3). Kwota ta co od zasady powinna mieścić się pomiędzy kwotą wartości szacunkowej + podatek VAT a kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zapisaną w planie finansowym, budżecie projektu, decyzji o przyznaniu środków. W krańcowym przypadku kwoty te mogą być sobie równe. Podaną kwotę zamawiający musi wpisać do protokołu postępowania.

Otwierając oferty podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach (art. 86 ust. 4). Informacje te odnotowuje w protokole postępowania.

Z uwagi na konieczność zachowania jawności postępowania (art. 8 ust. 1), zamawiający musi udostępnić oferty wszystkim zainteresowanym, począwszy od chwili ich otwarcia (art. 96 ust. 2). Sposób udostępnienia reguluje § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

## Badanie i wyjaśnianie ofert

Badanie ofert przeprowadza się w celu ustalenia, czy nie podlegają odrzuceniu z trybie art. 89 ust. 1 p.z.p., a zatem w efekcie, czy mogą zostać poddane ocenie i porównaniu z innymi złożonymi ofertami. W toku badania ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednakże prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.(art. 87 ust. 1). Wyjaśnienia prowadzone w tym trybie mogą dotyczyć treści oświadczenia woli składającego się na ofertę. Nie mogą odnosić się do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane charakteryzują się cechami wymaganymi przez zamawiającego (wyjaśnieniu dokumentów służy przepis art. 26 ust. 4 p.z.p.).

Zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłek w ofertach (art. 87 ust. 2). Poprawieniu polegają:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Omyłkę będzie można uznać za oczywistą wówczas, gdy jest ona (...)bezsorna, nie budząca wątpliwości, widoczna na pierwszy rzut oka, ma postać niedokładności przypadkowej, polegającej na przeoczeniu. Oczywista omyłka pisarska, (...), jest możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych, niż oferta, dokumentów (KIO/UZP 418/09).

Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (KIO/UZP 20/09). W szczególności „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty (KIO/UZP 11/09). Po poprawieniu oczywistych omyłek zamawiający ma obowiązek powiadomić wykonawców, o dokonaniu poprawek w ofertach. Zainteresowanym wykonawcom, z zastrzeżeniem uprawnienia do zastosowania środka ochrony prawnej, nie przysługuje prawo odmowy dokonania zmiany wynikającej z naniesienia poprawki przez zamawiającego.

Odmienne dzieje się w przypadku poprawiania innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3). Zamawiający po poprawieniu takiej omyłki zawiadamia zainteresowanego wykonawcę. Ten z kolei w ciągu trzech dni musi wyrazić zgodę na poprawienie omyłek. Odmowa będzie skutkować odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7.

Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (KIO/UZP 11/09). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. obliuguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie

dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (KIO/UZP 16/09).

Poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. W sprawie KIO/UZP 42/09, 43/09, Izba orzekła, iż:

„(...) z uwagi na fakt, iż jej sprostowanie wiąże się z trzykrotnym wzrostem ceny (z 3120750,24 zł na 9362250,72 zł) nie sposób stwierdzić, iż nie powoduje ono istotnych zmian w treści oferty”

Z kolei w sprawie KIO/UZP 59/09 orzeczono, że:

„Z uwagi na to, że omyłka dotyczyła opisu pozycji w kosztorysie ofertowym to była związana z oferowanym przedmiotem zamówienia, który z rzeczy samej jest istotnym elementem oferty. Niemniej zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego w stosunku do całego zakresu kosztorysowania robót objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie w ocenie Izby marginalne i zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia”.

Omyłka nie może zmieniać treści oświadczenia woli w sposób istotny. Nie przeszkadza to jednak w poprawianiu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. błędów kosztorysowych. Omyłka jest działaniem niezamierzonym. Jeżeli wykonawca przyznaje lub podkreśla swój zamiar błędnego działania, zamawiający nie może skorzystać z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3. Pogląd taki wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 47/09

„Odwołujący świadomie i celowo wpisał w swojej ofercie - w kosztorysie ofertowym ilość wkładek niezgodną z podaną przez Zamawiającego w przedmiarze robót, co potwierdził również na rozprawie. Zatem, w tym przypadku nie możemy mówić o omyłce, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP”.

Po zakończeniu procesu poprawiania omyłek należy dokonać ostatecznego ustalenia, czy oferta nie podlega odrzuceniu. Szczegółowy opis przesłanek czytelnik znajdzie w komentarzu do przepisu art. 89 p.z.p. Nie można przy tym pominąć procedury ewentualnego wyjaśnienia ceny oferty pod kątem stwierdzenia, czy nie jest ona rażąco niska.

Z pewnością w wyniku procesu decyzyjnego, zamawiający powinien posiadać szczegółową informację, które oferty i z jakiego powodu muszą zostać odrzucone. Wyjątkiem są na tym etapie dokumenty potwierdzające że oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego oraz pełnomocnictwa. Z racji wewnętrznej koncentracji procedury, zamawiający powinien w przypadku ich braku lub wadliwości wezwać wykonawców do uzupełnienia. Należy również zauważyć, że ocena, czy oświadczenie woli zostało złożone przez osobę umocowaną, następuje na podstawie wyciągu z właściwego rejestru albo zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Jeżeli podpis lub podpisy na ofercie nie odpowiadają informacjom płynącym z załączonych dokumentów rejestrowych, zamawiający bierze tę informację pod uwagę przy decyzji odnośnie wezwania wykonawców do uzupełnienia pełnomocnictw.

### **Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu**

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu ma dać zamawiającemu wiedzę, którzy z wykonawców spełniają ustalone przez niego kryteria dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Kryteria te powinny być podane do publicznej wiadomości w treści ogłoszenia i

specyfikacji. Jak wiadomo, ocena ta odbywa się w oparciu o badanie dokumentów i oświadczeń. Z punktu widzenia procedury należy pamiętać, iż wykluczenia z postępowania można dokonać dopiero wówczas, gdy zamawiający wyczerpie możliwości sanacji dokumentów i oświadczeń. Kluczowe znaczenie mają tu przepisy art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, zamawiający musi wezwać do uzupełnienia dokumentów nawet wówczas, gdy ze złożonego oświadczenia w postaci np. wykazu osób którymi dysponuje wykonawca, wynika, że nie spełnia on warunków udziału. W rezultacie ukształtowała się praktyka wzywania do uzupełnienia dokumentów zawsze, gdy dokumenty i oświadczenia załączone do oferty nie potwierdzają spełniania warunków. Należy przyjąć, że odstępstwem od tej praktyki byłaby sytuacja, w której np. z Informacji z Krajowego Rejestru Karnego wynikałoby wprost, że osoba figuruje w Rejestrze za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 p.z.p. Podobnie, gdyby z dokumentu wynikało, że wykonawca zalega z opłatami, podatkami, składkami na ubezpieczenie społeczne itp. Nie można bowiem oczekiwać, że ponowne wystąpienie o wydanie dokumentu zmieni stan faktyczny.

Z treści uzupełnionych dokumentów musi wynikać, że potwierdzają one spełnianie warunków przez wykonawcę na dzień oznaczony jako termin do złożenia ofert.

Obowiązek wezwania do uzupełnienia dotyczy też dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego oraz pełnomocnictw. Konieczne jest aby zapamiętać, że w odniesieniu do tego samego dokumentu, zamawiający może tylko jeden raz wezwać tego samego wykonawcę.

Z poglądem takim zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r. Sygn. akt KIO/UZP 94/08, że:

„Ze względu na szczególny i wyjątkowy charakter przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co zostało potwierdzone wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 14 grudnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2915/06, złożenie dokumentu wskazującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi o istnieniu jedynie możliwości jednokrotnego jego uzupełnienia.". Oczywiście wezwanie do uzupełnienia nie może nastąpić, gdy niezależnie od tej czynności, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jeżeli jednak treść uzupełnionych dokumentów i oświadczeń, w dalszym ciągu budzi wątpliwości, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do jej wyjaśnienia. Dopiero gdy wyjaśnienie nie jest zadowalające, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Wyjaśnienia w tym trybie nie dotyczą uzupełnionego pełnomocnictwa. Przepis art. 26 ust. 4 wyraźnie odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a zatem „przedmiotowych” i „podmiotowych”.

Zakończeniem uzupełniania dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw oraz wyjaśniania dokumentów, jest decyzja kogo zamawiający wykluczy z postępowania oraz, czyja oferta zostanie odrzucona z powodu nie dostarczenia prawidłowych (lub w ogóle) dokumentów „przedmiotowych”.

## **Porównanie i ocena punktowa ofert**

Zakończenie wyżej omawianych czynności pozwala ustalić, które oferty zostaną ze sobą porównane i ocenione punktowo. Zamawiający dokonuje tego na podstawie kryteriów opisanych w specyfikacji (art. 91 ust. 1). Szersze rozważania na ten temat czytelnik znajdzie w częściach opisujących badanie i ocenę ofert oraz kryteria oceny ofert.

## **REASUMUJĄC**

Wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną ofert, muszą zostać wykonane przed przekazaniem i opublikowaniem zawiadomienia w trybie art. 92 ust. 1 p.z.p. Jeżeli zatem zamawiający przewidział np. ocenę próbek, porównanie działania aparatury, itp. muszą zostać to wykonać niejako „wewnątrz” procesu oceny. Żadna czynność związana z wykluczeniem wykonawcy, odrzuceniem oferty, badaniem zgodności treści oferty z treścią specyfikacji jak również porównaniem ofert, nie może zostać pozostawiona do wykonania po ogłoszeniu i przekazaniu wykonawcom informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 p.z.p.

Tak skonstruowane przez Ustawodawcę przepisy wprowadzające koncentrację procedury oceny i wyboru ofert służą minimalizacji możliwości zachowań nieuczciwych obserwowanych w poprzednich latach polegających na eliminacji „niechcianych” wykonawców a pozostawianiu w grze pożądanym oraz skróceniu czasu trwania procedury postępowania. Termin do zastosowania środka ochrony prawnej rozpoczyna swój bieg w tym samym momencie dla wszystkich wykonawców. Ma to kapitalne znaczenie w zapewnieniu ogólnej spójności czasowej i proceduralnej postępowania oraz jego szeroko rozumianej koncentracji.

## **Orzecznictwo KIO**

### **Wyrok z dnia 28 czerwca 2013 r.[KIO 1415/13]**

*1. Przepisy p.z.p. nie zawierają definicji omyłek, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1-3 p.z.p., dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r.*

*2. Omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – instytucja nieznana we wcześniejszym stanie prawnym) musi dotyczyć oferty, być bezsporna oraz oczywista i nie może prowadzić do arbitralnego poprawiania wszystkich błędów.*

*3. Omyłki wskazane w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., to omyłki, których poprawy dokonuje zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Istotność omyłki, to nie łatwość poprawienia nieprawidłowości w ofercie, lecz rodzaj zmiany w ofercie, jaka ma być dokonana bez udziału wykonawcy. Dla oceny istotności ma znaczenie rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron biorących udział w poprawie.*

Wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r. [KIO 1042/13]

*1. Ustawodawca, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p., nie dopuścił do uzupełniania innych dokumentów ponad uprawnienie do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., oraz pełnomocnictw, a zwłaszcza ustawodawca nie dopuścił do uzupełniania próbek, które mają być oceniane przez zamawiającego.*

*2. Próbkki oferowanych przedmiotów, jako część oferty nie podlegają uzupełnieniu czy zamianie po upływie terminu składania ofert.*

*3. Z przepisu art. 84 ust. 1 p.z.p. wynika, że po upływie terminu składania oferty, za wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 26 ust. 3 p.z.p., ingerencje w zawartość oferty są wykluczone.*

*4. Zamawiający podczas badania i oceny ofert musi brać pod uwagę wszystkie okoliczności, które są mu znane, niezależnie od źródła pochodzenia tych informacji. Mogą one pochodzić nawet od innych wykonawców, jednak tym skrupulatniej takie wiadomości powinny być sprawdzone przez zamawiającego i wyjaśnione z wykonawcą, którego informacja dotyczy. Zamawiający nie może wybiórczo, bez uzasadnienia, korzystać z informacji, które wniósł sam wykonawca. Tym niemniej zamawiający musi oprzeć się przede wszystkim na ofercie i dołączonych do niej elementach, które stanowią całość oferty.*

## **5. WARUNKI ZMIANY UMOWY**

Artykuł 144 reguluje dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a mówiąc dokładniej, określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony. Komentowany przepis nie przyznaje wykonawcom jakiegokolwiek roszczenia o zmianę zawartej umowy. Roszczenie takie może natomiast wynikać z art. 357<sup>1</sup> k.c., w stosunku zaś do żądania zmiany wynagrodzenia pieniężnego - z art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. Mając jednakże na uwadze fakt, iż większość wykonawców to przedsiębiorcy, zastosowanie art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. będzie miało miejsce wyjątkowo, gdyż art. 358<sup>1</sup> § 4 k.c. przesądza, iż z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa.

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być dokonana z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Konieczność zachowania formy pisemnej wyznacza art. 77 § 1 k.c., stanowiąc że uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Przepis art. 144 ust. 1, w brzmieniu aktualnie obowiązującym, jest korektą kształtu komentowanego przepisu dokonaną ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. Nowelizacja ta skorygowała nieznacznie postać art. 144 w stosunku do treści określonej przepisami noweli z dnia 4 września 2008 r., kiedy to w sposób zasadniczy zmieniono jego treść w stosunku do treści obowiązującej od czasu uchwalenia obecnej ustawy.

Wskazując na podstawy prawne wprowadzenia art. 144 ust. 1, należy zwrócić uwagę na postanowienia art. 4 noweli z dnia 5 listopada 2009 r., który stanowi, że do zmian umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy

dotychczasowe, z tym że do zmian umów zawartych od dnia 24 października 2008 r. stosuje się art. 144 ust. 1 w brzmieniu nadanym tą ustawą.

Stosownie do postanowień art. 144 ust. 1 (w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r.) zakazuje się istotnych zmian 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. W świetle postanowień przywołanego przepisu ustawa uzależnia możliwość dokonania istotnej umowy w sprawie zamówienia od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. *A contrario* możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie jest poddana analogicznemu rygorom.

Przepis art. 144 ust. 1 nie wskazuje, jakie zmiany umowy należy traktować jako zmiany istotne umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI kadencji) wskazuje się, że zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa TSUE. Europejski Trybunał Sprawiedliwości kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Austria (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027, 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 oraz z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 TSUE wskazywał, że 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 dyrektyw dot. udzielania zamówień publicznych, 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. Z kolei w sprawie C-337/98 TSUE stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona 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. Stanowisko TSUE w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazuje na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zmiana dokonana w sposób sprzeczny z art. 144 ust. 1 nie będzie nieważna z mocy prawa. Skutek prawny określony w ust. 2 wskazuje, iż wadliwość dokonanej zmiany umowy przybiera postać wrzuszalności (możliwości unieważnienia). W sprawie unieważnienia umowy por. komentarz do art. 146. Możliwość unieważnienia umowy dotknie jednakże tylko wprowadzane zmiany, a nie całą umowę w sprawie zamówienia publicznego, o czym przesądza wyrażnie art. 144 ust. 2.

Omawiana regulacja zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego bez wątpienia ma zastosowanie do wszystkich tych umów, które zostały zawarte w wyniku rozstrzygnięcia postępowań prowadzonych w trybach, w których występują oferta, ogłoszenie o zamówieniu lub SIWZ. Wynika to



z faktu, iż właśnie do instytucji oferty, ogłoszenia oraz specyfikacji odwołują się postanowienia art. 144 ust. 1. Zasadniczo powyżej wymienione dokumenty sporządzane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występują we wszystkich trybach uregulowanych przepisami ustawy. Wyjątkiem jest postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym wykonawca nie składa oferty, a zamawiający nie publikuje ogłoszenia o zamówieniu oraz nie sporządza i nie przekazuje wykonawcy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z postanowieniami art. 68 ust. 1, zamawiający zaprasza wykonawcę do negocjacji, a wraz z zaproszeniem przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie sporządza specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ przepisy art. 36 ust. 1-3 nie mają w tym trybie zastosowania. Tym samym do umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nie będą miały zastosowania postanowienia art. 144 ust. 1 regulujące kwestię możliwości wprowadzania zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga fakt, że w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawca nie składa oferty, a nawet jeśli taką złoży, to zawarta umowa nie jest konsekwencją wyboru najkorzystniejszej oferty spośród kilku konkurencyjnych ofert. W wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki umowa zostaje zawarta po uprzednich negocjacjach pomiędzy zamawiającym i jedynym wykonawcą. Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania prawne, przyjęć należy, że art. 144 ust. 1, który odnosi się do zmian w stosunku do treści oferty, nie znajdzie także odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu i warunków zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z faktu, iż art. 144 ust. 1 nie ma zastosowania (ani wprost, ani *per analogiam*) w stosunku do umów zawartych w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie można jednak wyciągać wniosku, iż zagadnienie możliwości zmiany takiej umowy nie zostało w ogóle uregulowane albo że zmiana takiej umowy jest niedopuszczalna. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. "Dopuszczalność zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki", zamieszczonej na stronie internetowej ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), "Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennościami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu. Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w Pzp". W przywoływanej opinii Urząd Zamówień Publicznych wskazuje, iż w związku z faktem, że w trybie zamówienia z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych porozumieniem odnośnie do treści planowanej do zawarcia umowy, art. 144 ust. 1 nie znajdzie odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Należy podzielić pogląd przyjęty przez Urząd Zamówień Publicznych, iż "(...) z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie będzie miał stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1 PZP zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93)". W takiej sytuacji podstawą dokonania zmiany umowy będzie przepis art. 353<sup>1</sup> k.c., wyznaczający granice swobody umów. Zgodnie z nim 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. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu przyznaje podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez zawierane pomiędzy tymi podmiotami umowy. Swoboda zawierania umów na podstawie art. 353<sup>1</sup> k.c. obejmuje zasadniczo swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy w jakiej umowa ma być zawarta, a także

kompetencję do ich zmiany stosownie do woli stron umowy. Z powyższych względów ocena dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki powinna się odbywać z uwzględnieniem zakresu swobody kontaktowej określonego w art. 353<sup>1</sup> k.c., ze szczególnym uwzględnieniem natury stosunku prawnego, jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki prawną dopuszczalność ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1, który statuuje przesłanki zastosowania tego trybu. Powyższe ograniczenie wynika z tego, że umowa w sprawie zamówienia publicznego w tym przypadku zostaje zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne wymogi jej zastosowania. Na gruncie ustawy zmiana umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia procedur o charakterze podstawowym (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem) dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte po postępowaniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki nie powinny być całkowicie swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie Urzędu Zamówień Publicznych, iż w przypadku zmian przedmiotowych w umowie o wykonanie zamówienia publicznego strony są zobowiązane do oceny, czy w stosunku do zawieranych aneksów do umów w dalszym ciągu zachodzą przesłanki uzasadniające zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki. W przypadku tego rodzaju umów zamawiający chcący dokonać jej zmiany będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Artykuł 144 ust. 1 nie odnosi się do zmian podmiotowych umów w sprawach zamówień publicznych. Dokonanie takich zmian nie jest jednak z gruntu niemożliwe. Ponieważ umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną, dopuszczalność przekształceń podmiotowych powinna być odrębnie rozpatrywana dla długu i odrębnie dla wierzytelności. W prawie polskim co do zasady nie występuje instytucja jednoczesnego przeniesienia wierzytelności i długu z pojedynczego stosunku prawnego.

W odniesieniu do zmiany wierzyciela podstawową instytucją normującą tego typu przekształcenie zobowiązania jest przelew wierzytelności, równie często nazywany cesją wierzytelności, uregulowany w art. 509 § 1 k.c. Przepisy prawa zamówień publicznych nie normują samoistnie kwestii przelewu wierzytelności o zapłatę, służącej wykonawcy do zamawiającego. Nie przewidują także zakazu takiej cesji. Wobec braku autonomicznej regulacji miarodajne będą, określone w art. 509 § 1 k.c., kodeksowe wyłączenia przelewu wierzytelności: zakaz wynikający z przepisu prawa, zastrzeżenie umowne poczynione przez strony (tzw. *pactum de non cedendo*) oraz właściwości zobowiązania, z którego wynika wierzytelność.

Jeśli chodzi o zakaz płynący wprost z ustawy, to, jak wskazywano wyżej, nie ma takiego zakazu wyraźnie wyartykułowanego w przepisach o zamówieniach publicznych. Także wzajemny charakter umowy, pomimo istnienia bardzo silnej więzi pomiędzy długiem i wierzytelnością, nie stoi na przeszkodzie cesji wierzytelności. Sąd Najwyższy jeszcze przed uchwaleniem kodeksu cywilnego wyrażał pogląd, iż przez przelew wierzytelności z umowy wzajemnej nabywca wchodzi tylko w prawa kontrahenta tej umowy, nie stając się dłużnikiem świadczenia wzajemnego (orzeczenie SN z dnia 23 lutego 1950 r., Wa.C. 288/49, PiP 1950, z. 11). W przypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego odnosiłoby to skutek w postaci powstania następującego stanu faktycznego: do wykonania zamówienia zobowiązany byłby nadal podmiot wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wciąż byłby bowiem dłużnikiem zamawiającego, jednakże zapłata wynagrodzenia musiałaby być dokonana do rąk nabywcy wierzytelności, gdyż to ten podmiot wskutek cesji byłby teraz wierzycielem zamawiającego.

*Prima facie* następstwo cesji w postaci obowiązku dokonania zapłaty na rzecz podmiotu, który nie był uczestnikiem procedury udzielenia zamówienia i który uprawnienie do żądania zapłaty nabył od zwycięzcy przetargu, może budzić wątpliwości. Teza taka nie byłaby jednak uzasadniona.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rzeczywiście ukierunkowane na badanie przyszłego kontrahenta w aspekcie cech wymaganych przez przepisy prawa i warunki oznaczone przez zamawiającego, ale działania te podejmowane są w ściśle określonym celu. Jest nim znalezienie optymalnego wykonawcy, który zrealizuje zamówienie. Wykładnia powyższa opiera się na art. 22 ust. 1 i pozostającym w związku z nim art. 24. W świetle poszczególnych elementów składających się na warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1, nie można mieć wątpliwości, iż ich weryfikacja w postępowaniu zmierza do wyboru podmiotu, który należycie wykona swoje świadczenie względem zamawiającego. Powołany przepis w ogóle nie zajmuje się problemem przyjęcia przez dostawcę lub wykonawcę świadczenia wzajemnego zamawiającego, milcząco zakładając, że będzie on zawsze zainteresowany przyjęciem wynagrodzenia (zapłaty). Kwalifikacja wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się z uwzględnieniem należytego wykonania świadczenia na rzecz zamawiającego, a nie ze względu na przyjęcie świadczenia wzajemnego. Cała procedura zmierza tym samym do wyboru optymalnego dłużnika, a nie optymalnego wierzyciela. Tym samym charakter zobowiązania wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stoi na przeszkodzie w dokonaniu na osobę trzecią cesji wierzytelności, służącej wykonawcy do zamawiającego.

Umowa cesji wierzytelności wynikającej z umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Kodeksowa reguła z art. 511 k.c. przewiduje dla cesji wprawdzie formę pisemną jedynie dla celów dowodowych, ale ograniczona jest ona wyłącznie do tych wierzytelności, dla których forma pisemna nie została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Ponieważ umowy w sprawach zamówień publicznych przewidują formę pisemną *ad solemnitatem*, również przelew wierzytelności wynikającej z takiej umowy powinien nastąpić w takiej samej formie.

Prawo zamówień publicznych nie odnosi się wprost także do przekształceń po stronie długu. Na gruncie kodeksu cywilnego zmiana podmiotowa po stronie długu przybiera postać umowy przejęcia długu (art. 519 k.c.), nazywanej w piśmiennictwie translatywnym albo zwalniającym przejęciem długu. Umowa ta występuje w dwóch odmianach: jako umowa zawierana pomiędzy wierzycielem a przejemcą za zgodą dotychczasowego dłużnika oraz jako umowa pomiędzy przejemcą a dotychczasowym dłużnikiem, zawierana za zgodą wierzyciela.

Analogicznie jak przy cesji wierzytelności, także zwalniające przejęcie długu nie jest wprost unormowane w przepisach prawa zamówień publicznych. Normy tej ustawy mają jednak charakter norm *iuris cogentis*, a ich celem jest zagwarantowanie równego dostępu do zleceń publicznych, ochrona przed zjawiskami korupcyjnymi oraz wspieranie uczciwej konkurencji. Technicznym sposobem realizacji każdego z tych celów jest obowiązkowy przetarg, limitujący autonomię woli podmiotu zamawiającego w zakresie wyboru kontrahenta. Dlatego też, jak wskazuje judykatura SN, umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej niweczy wskazany wyżej cel i charakter zamówienia publicznego. Celem takiej wadliwie zawartej umowy jest obejście ustawy (wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75). Podobnie należy się zapatrywać na czynność translatywnego przystąpienia do długu. Wprowadzenie w miejsce dotychczasowego wykonawcy nowego dłużnika niweczy rezultat przetargu w równym stopniu, jak zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w ogóle bez zastosowania procedur przewidzianych w ustawie.

Pośredniego wsparcia zaprezentowanej wykładni udziela też art. 7 ust. 3, ustalający regułę, według której zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie. W swoim literalnym brzmieniu przepis ten wskazuje przede wszystkim, iż udzielenie zamówień publicznym może następować po przeprowadzeniu stosownej procedury wyboru kontrahenta, nazywanej w ustawie trybem udzielania zamówień. Wydaje się jednak, iż równie uprawnione jest szersze jego rozumienie, nieodnoszące się wyłącznie do etapu zawierania umowy, ale także jej późniejszych przekształceń podmiotowych.

Podmiotowe przekształcenie umowy dokonywane w celu zmiany podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia będzie stanowił naruszenie ogólnych zasad udzielania zamówień. Wolą ustawodawcy było nałożenie na podmioty obowiązane do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych obowiązku każdorazowego przeprowadzenia postępowania w jednym z ustawowych trybów. Intencja ustawodawcy jest czytelna z całokształtu przepisów ustawy, a podkreślają ją postanowienia art. 7 ust. 3 i art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6. Pierwszy z przepisów kreuje sankcję nieważności dla umów zawartych z pogwałceniem ustawy, zaistniałym w stopniu, który mógł mieć wpływ na wynik postępowania. W szczególności naruszeniem takim jest udzielenie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia jakiegokolwiek procedury. Drugi przepis - art. 7 ust. 3 - określa obowiązek zamawiającego w sposób pozytywny, nakazując udzielać zamówień wyłącznie tym wykonawcom, którzy zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie. Analiza zapisów ustawy uprawnia do postawienia tezy, iż cała procedura udzielenia zamówienia publicznego jest nakierowana na badanie przyszłego kontrahenta jako podmiotu, który wykona zamówienie, czyli dłużnika zamawiającego. Dopuszczenie możliwości translatywnego przejęcia długu zniweczyłoby całkowicie zasadność wszystkich działań zamawiającego, podjętych podczas procedury wyboru odpowiedniego kontrahenta. Tym samym w efekcie dokonania tej czynności następowaloby obejście prawa, a sama czynność w zasadzie powinna być uznana za nieważną (art. 58 § 1 k.c.).

Jako zmierzającą do obejścia prawa, a zatem nieważną *ex lege*, należy traktować umowę o przejęcie długu, zawieraną pomiędzy zamawiającym (jako wierzycielem) a przyszłym przejemcą. Wprawdzie skuteczność takiej umowy jest zawieszona do czasu udzielenia zgody przez dotychczasowego dłużnika, a brak zgody powoduje, że umowę uważa się za niezawartą, nie ma to jednak większego znaczenia w przypadku przejęcia długu wykonawcy z umowy o zamówienie publiczne. Ewentualna zgoda dotychczasowego dłużnika nie mogłaby zmienić kwalifikacji prawnej czynności dokonanej już pomiędzy zamawiającym (wierzycielem) a przejemcą długu. Zmierza ona do wywołania skutków prawnych sprzecznych z ustawą i już z tego powodu należy uznać ją od początku za nieważną. Dla powyższej kwalifikacji bez znaczenia jest, czy osoba trzecia ewentualnie wyraziłaby zgodę na przejęcie długu, czy też zgody takiej by odmówiła. Zgoda dotychczasowego dłużnika na przejęcie długu wykonawcy z umowy o zamówienie publiczne nie mogłaby sanować nieważności przejęcia, ponieważ już sam cel przejęcia jest sprzeczny z ustawą. Z tego powodu nie ma podstaw wskazywać innej niż nieważność postaci wadliwości opisywanej czynności prawnej.

Odmienne podejście uzasadnione jest w odniesieniu do umowy o przejęcie długu, zawieranej pomiędzy dotychczasowym dłużnikiem a przyszłym przejemcą. W opisanej konstrukcji prawnej do zmiany dłużnika dochodzi dopiero po wyrażeniu zgody przez wierzyciela, a do czasu wyrażenia zgody skuteczność porozumienia dłużnika i przejemcy jest zawieszona. To zgoda wierzyciela przesądza o podmiotowym przekształceniu umowy i pojawianiu się nowego dłużnika w miejsce podmiotu dotychczas zobowiązanego. Tym samym dopiero zgoda zamawiającego (jako wierzyciela) doprowadzałaby do opisanego powyżej obejścia postanowień ustawy. Staje się zatem oczywiste, iż zamawiający nie powinien nigdy wyrażać zgody na zmianę swojego dłużnika z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie stanowisko wierzyciela na zakładane przez dłużnika i przyszłego przejemcę translatywne przejęcie długu wpływa na los zawartej przez nich umowy. Jak wyraźnie przesądza art. 521 § 2 k.c., w sytuacji gdy skuteczność umowy o przejęcie długu zależy od zgody wierzyciela, a wierzyciel zgody takiej odmówił, niedoszły przejemca jest odpowiedzialny względem dłużnika za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał spełnienia świadczenia. W doktrynie wskazuje się, iż umowa przejęcia podlega wówczas ustawowej konwersji w umowę o zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia, unormowaną w art. 392 k.c. Sytuacja stron takiej umowy odpowiada dokładnie hipotezie normy prawnej wyrażonej w art. 521 § 2 k.c. Skoro dla umowy o przejęcie długu zawieranej przez przyszłego przejemcę i aktualnego dostawcę lub wykonawcę prawo przewiduje właściwy skutek prawny, to ich czynności prawnej nie sposób uznać za nieważną i jedynie przyzwolenie zamawiającego na zmianę dłużnika powinno być traktowane jako czynność prawna zmierzająca do obejścia ustawy, czyli czynność nieważna. Jeżeli oparty wyłącznie na woli wierzyciela brak zgody na przejęcie długu rodzi skutek prawny w postaci konwersji umowy o przejęcie długu w

umowę o zwolnienie z obowiązku świadczenia, to tym bardziej konwersja ma miejsce wówczas, gdy bezpośrednio przepis prawa pozbawia zgodę wierzyciela doniosłości prawnej.

Zmianę podmiotową umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiającą przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, za nieważną czynność prawną uznał SN w wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, Biul. SN 2004, nr 6, poz. 7.

Przekształcenia podmiotowe umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą polegać również na pojawieniu się dodatkowego dłużnika obok dłużnika dotychczasowego (kumulatywne przystąpienie do długu). Czynność kumulatywnego przystąpienia do długu, odmiennie niż przejęcie translatywne, nie prowadzi do zwolnienia dotychczasowego dłużnika, lecz powoduje, iż obok niego pojawia się dodatkowy podmiot zobligowany do wykonania zobowiązania. Podmiot przystępujący do długu, wspólnie z dotychczasowym dłużnikiem, odpowiada przed wierzycielem za wykonanie zobowiązania. Przystąpienie do długu jest tym samym instytucją wzmacniającą pozycję wierzyciela, gdyż powiększa się grono podmiotów, od których wierzyciel może się domagać wykonania zobowiązania.

Podobnie jak przejęcie translatywne, kumulatywne przejęcie długu występuje w dwóch postaciach. W pierwszej z odmian występuje jako umowa między dotychczasowym dłużnikiem i osobą trzecią przystępującą do długu. W drugiej postaci do kumulatywnego przystąpienia dochodzi poprzez umowę z wierzycielem a nowym dłużnikiem. Inaczej jednakże niż w przejęciu translatywnym, zgoda wierzyciela na przystąpienie kumulatywne nie jest wymagana, gdyż w rezultacie tej czynności pozycja wierzyciela ulega polepszeniu. Po stronie długu pojawia się nowy podmiot, który wspólnie z dotychczasowym dłużnikiem jest solidarnie odpowiedzialny za wykonanie zobowiązania.

Przeszkody stojące na drodze do translatywnego przejęcia długu nie dotyczą kumulatywnego przystąpienia do długu. Kumulatywne przystąpienie do długu w odmianie polegającej na zawarciu umowy pomiędzy wierzycielem a przystępującym do długu będzie mieścić się w kategorii dozwolonych przez art. 144 ust. 1 zmian umowy o zamówienie publiczne, o ile zmawiający dopuści taką możliwość w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i określi warunki takiej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Druga z odmian kumulatywnego przystąpienia do długu, tzn. przybierająca postać porozumienia pomiędzy dotychczasowym dłużnikiem a podmiotem przystępującym do długu, będzie całkowicie ambiwalentna z punktu widzenia zasad rządzących zmianami umów w sprawach zamówień publicznych. Do zawarcia umowy dochodzi bez czynnego zaangażowania zamawiającego, który jest wyłącznie beneficjentem zobowiązania zawartego pomiędzy dłużnikiem dotychczasowym i przystępującym. Pozycja zamawiającego jest zatem analogiczna z pozycją osoby trzeciej z art. 393 § 1 k.c.

Kumulatywnemu przystąpieniu do długu nie stoi na przeszkodzie art. 7 ust. 3, uniemożliwiający dokonanie przejęcia zwalniającego (translatywnego). Wyływający z tego przepisu zakaz udzielania zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie, nie jest naruszany. Kumulatywne przystąpienie do długu nie jest równoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego z pominięciem ustawowych procedur, gdyż w ogóle nie stanowi udzielenia zamówienia. Dłużnik kumulatywny przystępuje do długu już istniejącego, a zatem w myśl terminologii ustawy - do zamówienia już udzielonego. Nie zwalnia przy tym z długu dotychczasowego dłużnika, który aż do pełnego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego cały czas jest zobowiązany wobec zamawiającego.

Pomimo niewątpliwych zalet związanych z wykorzystaniem kumulatywnego przystąpienia do długu, instytucja ta może być wykorzystywana do obejścia przepisów o przetargu obligatoryjnym. Jak wskazano powyżej, wierzytelność pieniężna o zapłatę wynagrodzenia służąca wykonawcy do zamawiającego co do zasady może być swobodnie cedowana na dowolnego cesjonariusza. Nie ma przeszkód prawnych, aby cesjonariuszem takim był dłużnik kumulatywny, przystępujący do niepieniężnego długu cedenta polegającego na obowiązku wykonania zamówienia publicznego. W

ten sposób dłużnik kumulatywny wstąpi w pełnię praw i obowiązków dotychczasowego wykonawcy. Oczywiście sytuacja taka nie rodzi jeszcze stanu sprzecznego z prawem. Jeżeli jednak zamawiający dokona następnie czynności zwolnienia z długu dotychczasowego wykonawcy (dostawcy), to powstanie skutek prawny sprzeczny z ustawą - w miejsce dotychczasowego dłużnika zamawiającego wchodzi nowy, który nie został poddany weryfikacji zgodnie z zasadami ustawy.

Kwalifikacja prawna dokonanych łącznie czynności prawnych kumulatywnego przejęcia długu przez nowego dłużnika, cesji wierzytelności i zwolnienia z długu dotychczasowego wykonawcy (względnie faktycznego zaniechania żądania wykonania zobowiązania) powinna następować przez pryzmat dyrektyw interpretacji umów wskazanych w art. 65 § 2 k.c. Skoro wolą zamawiającego, wykonawcy i dłużnika kumulatywnego było, aby w rezultacie następujących po sobie czynności kumulatywnego przystąpienia do długu oraz zwolnienia z długu doprowadzić do podmiotowej zmiany umowy o zamówienie publiczne, tak aby dłużnik kumulatywny wszedł we wszystkie prawa i obowiązki dotychczasowego wykonawcy, to opisaną sekwencję należy traktować jako nierozdzielalną całość i poddawać jednolitej ocenie kodeksowych kryteriów zamiaru stron i celu umowy. Fakt "przyobleczenia" zakładanego zamiaru w postaci kilku odrębnych czynności prawnych nie zmienia kwalifikacji prawnej działań stron, gdyż rozstrzygające znaczenie, zgodnie z art. 65 § 2 k.c., przypisać należy celowi zawartych umów. Wykorzystanie stypizowanych rodzajów formalnie odrębnych umów nic nie zmienia w tym zakresie, jest to bowiem okoliczność drugorzędna, ustępująca argumentom odnoszącym się do woli stron, ich zamiarów i celów (por. wyrok SN z dnia 19 lipca 2000 r., II CKN 313/00, LEX nr 52601). W opisywanym stanie faktycznym strony *de facto* kreują, z pominięciem wymogów ustawowych, nową umowę w sprawie zamówienia publicznego, w której wybór wykonawcy następuje bez zastosowania jakiegokolwiek trybu udzielania zamówień. Konsekwencje trójstronnego układu "podstawiającego" dłużnika kumulatywnego w miejsce dotychczasowego wykonawcy wyraźnie zatem kolidują z nakazem wyboru kontrahenta w jednym z trybów udzielania zamówień, wyrażonym w art. 7 ust. 3.

Od zmian umowy skutkujących podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy należy odróżniać zmiany wynagrodzenia będące następstwem wprowadzenia przez strony do umowy klauzul waloryzacyjnych. Przepisy ustawy żadną miarą nie stoją na przeszkodzie, aby w oparciu o art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. strony zastrzegły w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości (np. wskaźnik inflacji, klauzula waluty).

W piśmiennictwie prawniczym wyrażony został pogląd, iż z art. 144 wynika, na zasadzie *a minori ad maius*, także zakaz rozwiązania umowy. Wedle niego, jeśli zakazane są swobodne zmiany postanowień zawartej umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej całkowicie znosić (rozwiązywać). Poglądu powyższego nie sposób jednak podzielić. Artykuł 144 ust. 1 wyznacza bowiem jedynie zakres dopuszczalności zmiany umowy i nie odnosi się, choćby tylko pośrednio, do rozwiązania umowy. Dopuszczalność tej czynności prawnej, będącej w świetle obowiązującego prawa umową znoszącą skutki wcześniej zawartej umowy, powinna być oceniana przez pryzmat ustawowych granic swobody umów wynikających z art. 353<sup>1</sup> k.c. Ewentualny zakaz rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego musiałby zatem wynikać wprost z ustawy, ewentualnie być następstwem sprzeczności z zasadami współżycia społecznego albo naturą stosunku prawnego.