

Aldona Kowalczyk, Andrzej Panasiuk, Jan Roliński

Zamówienia publiczne w zakresie działalności naukowej lub twórczej

Warszawa, 2014



Wydawca
Michał Barszcz

Skład i łamanie
Dariusz Ziach

© by Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, Warszawa 2014

ISBN: 978-83-936422-3-6

Wydanie pierwsze

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
ul. Nowogrodzka 47a
00-695 Warszawa
Tel.: +48 22 24 42 858
Fax: +48 22 20 13 408
www.bridge.gov.pl
<http://www.ncbr.gov.pl>

Spis treści

Informacje o autorach	6
I. Wprowadzenie	7
II. Przygotowanie postępowania	12
1. Planowanie zamówień publicznych	12
1.1. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy PZP	17
1.2. Podmioty zamawiające w świetle regulacji ustawy o zasadach finansowania nauki	20
2. Wyłączenia z obowiązku stosowania PZP obejmujące badania i naukę	23
2.1. Próg bagatelności dla zamówień na cele badawcze i rozwojowe	23
2.2. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych	28
3. Szacowanie wartości zamówienia.....	31
3.1. Szacunkowa wartość zamówienia	31
3.2. Roboty budowlane	33
3.3. Dostawy i usługi	34
3.4. Opcje i zamówienia uzupełniające.....	36
3.5. Próg bagatelności, progi unijne i różnice między procedurą pełną a uproszczoną.....	36
3.6. Zamówienie o wartości poniżej tzw. progu bagatelności – zamawiający nie musi stosować przepisów ustawy PZP....	37
3.7. Zamówienie o wartości powyżej progów unijnych – zamawiający stosuje przepisy PZP dotyczące tzw. procedury pełnej	39
3.8. Zamówienie o wartości większej niż próg bagatelności, lecz mniejszej niż tzw. progi unijne – zamawiający stosuje przepisy ustawy PZP dotyczące tzw. procedury uproszczonej ...	40
3.9. Tabela – Różnice między procedurą pełną i uproszczoną	41
3.10. Zakaz dzielenia zamówienia na części	42
4. Rodzaje zamówień: dostawy, usługi i roboty budowlane.....	44
4.1. Definicje	44
4.2. Wspólny słownik zamówień.....	50
4.3. Zamówienia mieszane	51
4.4. Dostawy wraz z instalacją lub rozmieszczeniem	52
4.5. Roboty budowlane z dostawami	52
4.6. Usługi oraz roboty budowlane niezbędne do ich wykonania....	53
5. Wybór trybu postępowania.....	53
5.1. Przetarg nieograniczony.....	56
5.2. Przetarg ograniczony	59
5.3. Negocjacje z ogłoszeniem	63
5.4. Dialog konkurencyjny	70
5.5. Negocjacje bez ogłoszenia.....	78

5.6.	Zapytanie o cenę.....	81
5.7.	Licytacja elektroniczna.....	84
5.8.	Konkurs	87
5.9.	Zamówienie z wolnej ręki	96
5.10.	Dynamiczny system zakupów	99
6.	Dialog techniczny	101
6.1.	Cel dialogu technicznego	101
6.2.	Dialog a tryb postępowania	103
6.3.	Zasady prowadzenia dialogu	104
6.4.	Obowiązki informacyjne zamawiającego.....	104
6.5.	Sposób prowadzenia dialogu	105
6.6.	Brak ryzyka wykluczenia	106
6.7.	Środki ochrony prawnej	106
7.	Komisja przetargowa.....	107
7.1.	Zakres odpowiedzialności członków komisji przetargowej	109
7.2.	Zywności komisji przetargowej na etapie przygotowania postępowania	112
7.3.	Etap toczącego się postępowania	114
8.	Ogłoszenie o zamówieniu jako dokument wszczynający postępowanie.....	117
8.1.	Publikacja ogłoszenia o zamówieniu.....	117
8.2.	Elementy ogłoszenia	119
8.3.	Zmiana ogłoszenia o zamówieniu	120
9.	Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia	122
9.1.	Uwagi ogólne	122
9.2.	Udostępnianie SIWZ wykonawcom	123
9.3.	Elementy obowiązkowe	124
9.4.	Opis przedmiotu zamówienia	125
9.5.	Pytania dotyczące treści SIWZ.....	131
9.6.	Zmiana SIWZ	132

III. Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

(na wzorze przetargu nieograniczonego)	134
10. Składanie ofert	134
10.1. Z czego składa się oferta	135
10.2. Termin związania ofertą	137
10.3. Wadium	138
11. Udział w postępowaniu.....	140
11.1. Warunki udziału w postępowaniu	140
11.2. Korzystanie z zasobów podmiotów trzecich	141
11.3. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu	142
11.4. Przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu	146
11.5. Inne przesłanki wykluczenia	148
11.6. Wyrządzenie szkody zamawiającemu.....	149
11.7. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy	149

11.8.	Konflikt interesów	149
11.9.	Podanie nieprawdziwych informacji	150
11.10.	Wykonawcy z tej samej grupy kapitałowej	150
11.11.	Brak wadium lub brak związania ofertą.....	150
11.12.	Wzywanie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów.....	150
12.	Kryteria oceny ofert	152
12.1.	Cena jako obowiązkowe kryterium oceny ofert	153
12.2.	Pozacenowe kryteria oceny ofert	154
13.	Rażąco niska cena jako podstawa odrzucenia oferty.....	167
13.1.	Identyfikacja ceny rażąco niskiej.....	167
13.2.	Cena rażąco niska a cena jednostkowa	170
13.3.	Procedura wyjaśniająca	171
13.4.	Wyjaśnienia a ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa	174
13.5.	Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny	174
13.6.	Schemat działania zamawiającego w przypadku rażąco niskiej ceny	175
14.	Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	176
14.1.	Wybór oferty najkorzystniejszej.....	177
14.2.	Aukcja elektroniczna	177
14.3.	Rozstrzygnięcie.....	180
14.4.	Unieważnienie postępowania	180
14.5.	Zawarcie umowy	184
14.6.	Uchylanie się od zawarcia umowy	186
IV.	Umowa w sprawie zamówienia publicznego	188
15.	Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego....	188
16.	Ograniczenie zasady swobody umów	190
16.1.	Wybór kontrahenta.....	190
16.2.	Forma umowy.....	190
16.3.	Treść umowy.....	191
17.	Wpływ wykonawcy na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego	204
18.	Dodatkowe postanowienia umowne.....	204
19.	Rozkład ryzyka w umowie w sprawie zamówienia publicznego	212
20.	Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego	213
21.	Rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego	216
22.	Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	220
V.	Opcje, zamówienia dodatkowe, uzupełniające, umowa ramowa ...	221
23.	Opcje w zamówieniach publicznych.....	221
24.	Zamówienia dodatkowe.....	226
25.	Zamówienia uzupełniające.....	232
26.	Zamówienia dodatkowe a zamówienia uzupełniające.....	235
27.	Umowa ramowa.....	236

Informacje o autorach

Aldona Kowalczyk – radca prawny, partner w kancelarii Dentons. Kieruje praktyką prawa zamówień publicznych oraz współkieruje praktyką PPP w warszawskim biurze kancelarii. Autorka wielu artykułów opublikowanych w prasie ogólnopolskiej i specjalistycznej na temat prawa zamówień publicznych oraz współautorka książki *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, wydanej przez Wolters Kluwer (2011). Rekomendowana w dziedzinie prawa zamówień publicznych w Polsce w międzynarodowych rankingach prawniczych *Chambers Europe* oraz *Who's Who Legal*, jak również w krajowym rankingu kancelarii prawniczych *Rzeczpospolitej*.

dr hab. prof. UwB Andrzej Panasiuk – obecnie pełni funkcję dyrektora Delegatury NIK w Warszawie, jest jednocześnie członkiem Kolegium NIK. Autor licznych publikacji naukowych, wykładowca na Uniwersytecie w Białymstoku oraz Szkole Głównej Handlowej. Był ekspertem grupy roboczej ds. międzynarodowego prawa handlowego przy ONZ. Zajmował stanowisko wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz pełnił funkcję podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury.

Jan Roliński – adwokat, współnik kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k. Kieruje zespołem prawa zamówień publicznych. Był ekspertem w procesie prac legislacyjnych nad projektem prawa zamówień publicznych. Współautor publikacji wydanych przez Urząd Zamówień Publicznych – *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych* oraz przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego – *Zielone zamówienia publiczne. Praktyczny podręcznik dla beneficjentów funduszy europejskich*. Rekomendowany w zakresie prawa zamówień publicznych zarówno w polskich, jak i zagranicznych rankingach, m.in. *Rzeczpospolitej* oraz *Chambers Europe*.

I. Wprowadzenie

Początki transakcji zakupowych sięgają odległych czasów, kiedy pojawiły się pierwsze potrzeby człowieka, a w związku z tym konieczność ich zaspokojenia. Rozwój potrzeb ludzkich, pogłębiające się procesy specjalizacji oraz zaludnianie się coraz większych obszarów Ziemi spowodowały konieczność zorganizowania form wymiany¹. W momencie zdefiniowania potrzeb pojawiających się zwartych organizacji państwowych, należało sformalizować ramy procesów związanych z realizacją określonych zadań, w celu bardziej efektywnego i sprawnego ich wykonywania. Tak między innymi zaczęły pojawiać się pierwsze systemowe regulacje prawne związane z procedurami wydatków publicznych².

Na ziemiach polskich szczególna potrzeba stworzenia systemowych regulacji prawnych zamówień publicznych pojawiła się po odzyskaniu niepodległości. Polskę charakteryzowały wówczas rażące dysproporcje w rozwoju gospodarczym oraz zapóźnienia cywilizacyjne będące wynikiem różnych systemów prawnych, jakie panowały w poszczególnych zaborach. W związku z powyższym należało pilnie stworzyć instrumenty prawne pozwalające na niwelację oraz zmniejszanie różnic ekonomicznych czy też infrastrukturalnych pomiędzy poszczególnymi ziemiami znajdującymi się do tej pory pod wpływem państw zaborczych, tak by życie gospodarcze kraju nie funkcjonowało w sposób żywiołowy, lecz skoordynowany z aktualnymi potrzebami państwa. Jednym z instrumentów umożliwiających sprawną koordynację rozwoju Polski w tamtym okresie stały się scentralizowane procedury zamówień publicznych. W poszukiwaniu najlepszych rozwiązań prowadzących do realizacji nowych potrzeb w tym zakresie sięgnięto do doświadczeń amerykańskich³. Na tej bazie powstały regulacje

¹ Pierwsze formy prymitywnej wymiany istniały już w epoce późnego paleolitu i wczesnego neolitu.

² Pierwsze nowożytne regulacje prawne poświęcone zamówieniom publicznym pojawiły się w Prusach i Bawarii; było to hamburskie zarządzenie w sprawie dostaw robót budowlanych z 1617 r. oraz pruski regulamin budowlany z 1724 r. Regulacje te pojawiły się na ziemiach niemieckich, ponieważ w XVII wieku zamieniono na nich feudalny układ władzy, polegający na przymusie świadczenia usług przez poddanych ówczesnym władcom, na regulowane zamówienia publiczne dotyczące usług, dostaw i robót budowlanych.

³ Tam bowiem w 1933 r. uchwalono ustawę o zasadach polityki zakupów (*Buy American Act*), zgodnie z którą podmioty publiczne zobowiązane były do nabywania wyłącznie towarów wyprodukowanych w USA.

prawne zamówień publicznych⁴, które stały się wzorem do stworzenia systemu zamówień publicznych w połowie lat dziewięćdziesiątych minionego wieku.

Ważnym impulsem do rozwoju systemowych procedur zamówień publicznych były konsekwencje światowej recesji w latach trzydziestych minionego wieku oraz niszczące skutki II Wojny Światowej. Handel międzynarodowy potrzebował radykalnej odbudowy oraz efektywnych instrumentów prawnych umożliwiających nie tyle ochronę rynków krajowych, lecz raczej pełną liberalizację wymiany międzynarodowej. Efektem powyższych potrzeb było powołanie w 1944 r. dwóch organizacji – Międzynarodowego Funduszu Walutowego i Banku Światowego, mających na celu generowanie wzrostu gospodarczego oraz utrzymanie pokoju i stabilizacji politycznej. Zadaniem tych organizacji było szybkie unormowanie wzajemnych relacji handlowych między państwami, co w konsekwencji miało się przyczynić do usprawnienia międzynarodowej wymiany handlowej prowadzącej do szybkiej odbudowy zniszczonej wojną gospodarki światowej.

Dlatego też już w 1947 r. doszło do zawarcia międzynarodowego porozumienia w **sprawie taryf celnych i handlu (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT)**. Układ GATT przez szereg lat spełniał pokładane w nim nadzieje, zapewniając stopniową liberalizację międzynarodowej wymiany handlowej. Jednak po latach funkcjonowania porozumienia zauważono, że zawarte w nim instrumenty prawne są już niewystarczające do w pełni swobodnego i niczym nieskrępowanego handlowego obrotu międzynarodowego. Coraz częściej zaczęto zwracać uwagę na możliwości zamówień publicznych w zakresie pobudzenia międzynarodowej wymiany handlowej. Momentem przełomowym zaś, od którego zaczęto wykorzystywać zamówienia publiczne w celu liberalizacji międzynarodowej wymiany handlowej, były obrady Rundy Tokijskiej i w efekcie podpisanie w 1979 r. odrębnej umowy o zamówieniach publicznych (Govern-

⁴ Była to ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. z 1933 r. Nr 19, poz. 127) i wydane na jej podstawie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92).

ment Procurement Agreement – GPA), która weszła w życie 1 stycznia 1981 r.⁵

Postanowieniami powyższej umowy wprowadzono do zamówień publicznych dwie podstawowe zasady – zasadę traktowania narodowego i klauzulę największego uprzywilejowania, które w pełni umożliwiły niczym nieskrępowaną konkurencję na międzynarodowym rynku zamówień publicznych. Najogólniej rzecz ujmując, zasada traktowania narodowego oznaczała wymóg traktowania przez władze danego państwa przedsiębiorców oraz produkty z innego kraju tak samo jak przedsiębiorców czy też produkty rodzime, klauzula największego uprzywilejowania zabraniała zaś wprowadzania dyskryminacyjnego rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorcami czy też produktami pochodzącymi z zagranicy a przedsiębiorcami i produktami krajowymi.

Prace nad wykorzystaniem zamówień publicznych do usprawnienia międzynarodowej wymiany handlowej były podejmowane w trakcie kolejnych rund negocjacji handlowych⁶, a od momentu utworzenia WTO – w ramach tej organizacji, na organizowanych konferencjach ministerialnych. Potrzebę ujednoczenia regulacji prawnych zamówień publicznych w poszczególnych państwach dostrzeżono również w Organizacji Narodów Zjednoczonych. W ramach utworzonej przy ONZ w dniu 17 grudnia 1966 r. Komisji ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego⁷, opracowano modelową ustawę o zamówieniach publicznych, mającą być wzorem dla krajowych legislacji państw rozwijających się⁸.

Największy jednak wpływ na kształt zamówień publicznych wywarły prace nad stworzeniem kompleksowych regulacji prawnych w tym obszarze w UE. Postanowienia Traktatu Rzymskiego zaważyły w znaczny sposób na podjęcie przez państwa zachodnie – sygnata-

⁵ Por. *OECD The size of Government Procurement Markets*, „Jurnal of Budgeting”, vol. 1, No 4, s. 13.

⁶ Kolejna runda liberalizacyjna GATT odbyła się w 1995 r. w Marakeszu (Runda Urugwajska), w wyniku której podjęto decyzję o utworzeniu Światowej Organizacji Handlu (WTO).

⁷ Rezolucja ONZ, 2205(XXI) z 17 grudnia 1966 r.

⁸ Ustawa Modelowa ONZ o Zamówieniach Publicznych (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services), 1993 r.

riuszy Traktatu, prac nad opracowaniem ogólnych reguł udzielania zamówień publicznych. Proces przygotowywania kompleksowych regulacji prawnych zamówień rozpoczął się na początku lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku i trwał ponad dwadzieścia lat. Jednak państwa członkowskie szybko dostrzegły, że problematyka zamówień publicznych wymaga wprowadzenia szczegółowych rozwiązań prawnych i instytucjonalnych – nie wystarczyły już dosyć ogólne regulacje prawne oraz zalecenia, koncentrujące się wyłącznie na usuwaniu barier narodowych i preferencji krajowych w handlu wewnątrz wspólnotowym⁹. W ten sposób doszło do uchwalenia w 2004 r. przez Parlament Europejski i Radę pakietu dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych klasycznych jak i sektorowych¹⁰.

W Polsce z dniem wejścia w życie ustawy o zamówieniach publicznych¹¹ rozpoczął się proces tworzenia mechanizmów systemowych wydatkowania środków publicznych w erze gospodarki wolnorynkowej, mających na celu oszczędne i efektywne wydatkowanie środków publicznych, przy zapewnieniu jednakowych dla wszystkich reguł postępowania oraz równych szans zainteresowanym wykonawcom w dostępie do rynku zamówień publicznych. Obecnie w związku z tym, że Polska stała się członkiem UE, nasze ustawodawstwo w obszarze zamówień publicznych zostało zharmonizowane z prawem europejskim i w 2004 r. uchwalono ustawę – Prawo zamówień publicznych¹². Sformalizowane procedury zamówień publicznych mają na celu w szczególności zapewnienie jak najbardziej konkurencyjnego, równego i jawnego udzielania zamówień publicznych. Na gruncie regulacji prawnych definiujących procedury wydatków publicznych zasada wydajnej i skutecznej gospodarności powinna mieć podstawowe znaczenie. Gospodarność bowiem widziana w pryzmacie działań zakupowych sektora publicznego powinna być motorem sprawnego

⁹ A. Pasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu. Klasyczne zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno-prywatne*, Public Procurement Legal Publisher, Warszawa 2013 r., s. 49.

¹⁰ Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114) i dyrektywa 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1).

¹¹ Ustawa o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm.).

¹² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.).

udzielania zamówień publicznych. Zasady ogólne, zgodnie z którymi należy udzielać zamówień publicznych, są zarazem dyrektywami optymalizującymi sposób postępowania przy wydatkowaniu środków publicznych oraz budującymi poczucie odpowiedzialności za prawidłowo realizowane wydatki tych środków, wzmacniającymi przy tym stereotyp działań sektora publicznego, polegający na osiągnięciu jak największych korzyści przy określonym zakresie nakładów.

Jednocześnie jednak w sektorze badań i rozwoju niezmiernie istotną kwestią jest zapewnienie, aby postępowania zakupowe odbywały się szybko i efektywnie, bez uszczerbku dla zasady gospodarności. Długotrwałe i nieefektywne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera bowiem negatywny wpływ na skuteczność badań, może opóźnić ich harmonogram, utrudnić pozyskanie grantu, a w skrajnych przypadkach wręcz zniweczyć sens ich prowadzenia. Związane z tym postulaty środowisk naukowych zostały dostrzeżone przez ustawodawcę, który nowelizacją prawa zamówień publicznych z dnia 14 marca 2014 r. znacznie zliberalizował i uelastyczył reżim prawny zamówień publicznych udzielanych w sektorze badań i rozwoju¹³. Mimo że w konsekwencji powyższej nowelizacji zasady rządzące zamówieniami udzielanymi przez jednostki naukowe zostały znacznie uproszczone, wprowadzone zmiany mają dość ograniczony zakres. Osoby odpowiadające za zakupy w takich instytucjach zamawiających powinny być zatem wyposażone w wiedzę i umiejętności niezbędne do efektywnego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹³ Ustawa z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 423).

II. Przygotowanie postępowania

1. Planowanie zamówień publicznych

Planowanie odgrywa istotną rolę w każdej sprawnie działającej organizacji. Zmusza ono poszczególnych pracowników do określonych zorganizowanych zachowań, tak by w najlepszy sposób realizowali nałożone na nich zadania w celu osiągnięcia założeń planowych. Planowanie jest szczególnie ważne, gdy mamy do czynienia z procesem wydatków środków finansowych w ściśle określonym przedziale czasowym. Ponadto warto zwrócić uwagę, że w zamówieniach publicznych planowanie pozwala na racjonalne i sprawne rozłożenie postępowań o zamówienie publiczne w ciągu roku, tak by unikać nieprzewidzianych i nie zawsze przemyślanych spiętrzeń postępowań pod koniec roku budżetowego.

Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) nie zawiera szczególnych regulacji odnoszących się do potrzeby planowania zamówień publicznych przez zamawiających. Potrzebę taką możemy jednak wyinterpretować z kilku przepisów PZP, dokonując ich systemowego objaśnienia. W wyniku analizy, między innymi art. 5 PZP w związku z art. 13 i 32 PZP, można jednoznacznie wyprowadzić obowiązek planowego udzielania zamówień publicznych w poszczególnych jednostkach.

Zamawiający – zgodnie z dyspozycją art. 13 PZP – niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, mogą przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w ciągu następujących 12 miesięcy zamówieniach, których wartość dla:

- 1) **robót budowlanych** – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 186 000 euro;
- 2) **dostaw** – zsumowanych w ramach danej grupy określonej w rozporządzeniu nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz.Urz. WE l 340 z 16.12.2002 r., str. 1 i n.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”

– jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;

- 3) **usług** – zsumowanych w ramach danej kategorii Centralnej Klasyfikacji Produktów (CPC) określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

Przygotowanie ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach w danym roku jest fakultatywne, jednak w celu efektywnego wydatkowania środków finansowych oraz realizowania zakupów w sposób jak najbardziej racjonalny, zamawiający powinni przygotowywać ogłoszenia o planowanych zamówieniach publicznych. Umożliwi to potencjalnym zainteresowanym wykonawcom staranne przygotowanie do udziału w wybranym postępowaniu.

W celu bardziej efektywnego wydatkowania środków finansowych oraz realizowania zakupów w sposób jak najbardziej racjonalny, zamawiający powinni przygotowywać ogłoszenia o planowanych zamówieniach publicznych.



Zamawiający, dzięki dobrze zaplanowanym zamówieniom w danym roku, może uniknąć zarzutów podziału zamówienia na części lub zaniżania jego wartości. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 32 ust. 2 PZP, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. W takiej sytuacji planowanie pomaga ustalić przedmiot i skalę potrzeb zamawiającego, a następnie tryb postępowania przy jednoczesnym uwzględnieniu możliwości finansowych zamawiającego, a co się z tym wiąże – dopasowania czasowego planowanych postępowań.

Dobrze zaplanowane zamówienia pozwolą uniknąć postawienia zarzutu naruszenia dyspozycji art. 32 ust. 2 PZP, tj. podziału zamówienia lub zaniżenia jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, szczególnie jeżeli wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia będzie oscylowała koło progu bagatelności, czyli kwoty 30 000 euro.

Warto podkreślić, że zamawiający będzie mógł łatwiej uzasadnić potrzebę udzielenia kolejnego zamówienia tożsamego z wcześniej planowanym, o ile dana potrzeba pojawi się nagle i w sposób nieprzewidywalny. Oznacza to, że zamawiający obiektywnie nie będzie mógł przewidzieć potrzeby udzielenia zamówienia, np. wyniki badań zostały prowadzone w takim kierunku, że pojawiła się konieczność dokonania odczynników określonego rodzaju lub zakupu ich zupełnie nowych rodzajów.



Pamiętaj

W powyższym przypadku zamówienie należy traktować jako zamówienie odrębne, szacunkowa wartość jego przedmiotu powinna być zaś określona stosownie do jego rodzaju i zakresu. Jeżeli wartość oszacowana nie przekroczy wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000,00 euro, zamawiający nie będzie miał obowiązku stosowania procedur PZP, realizując przedmiotowy zakup (art. 4 pkt 8 PZP).

Należy pamiętać, że powyższa okoliczność nie będzie się kwalifikowała jako podział zamówienia mający na celu obejście przepisów PZP, gdyż odrębne oszacowanie wartości zamówień nieobjętych m.in. przyjętym planem, których konieczność udzielenia wynika z obiektywnych przyczyn i braku możliwości ich przewidzenia, wynika z obiektywnych uzasadnionych przyczyn i nie narusza dyspozycji art. 32 ust. 2 PZP.



Przykład

Jeśli w ciągu roku pojawi się nagle nieobjęta planem zamówień potrzeba kupienia lub dokupienia odczynników, ze względu np. na konieczność powtórzenia badań, będzie ona miała charakter nieprzewidywalny, który umożliwi zastosowanie przepisów PZP umożliwiających np. ich niestosowanie (art. 4 pkt 8 PZP).

Planowanie zamówień publicznych pomaga w stosowaniu i wyborze szeregu możliwości prawnych, jakie daje PZP. Przykładowo, zgodnie z art. 32 ust. 4 PZP zamawiający może dopuścić możliwość udzielenia zamówienia w częściach, należy jednak pamiętać, że wartością takiego zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia – w takim przypadku plan powinien obejmować łączną wartość danego przedmiotu zamówienia.

Jeśli w ramach projektu zakład zamierza kupić 2 komputery, a cała jednostka – 20, wówczas plan zamówień jednostki na dany rok powinien obejmować 22 komputery.



Jeżeli po ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia zaistnieją okoliczności powodujące, że dokonany szacunek ulegnie zmianie, przed wszczęciem postępowania należy ponownie oszacować wartość przedmiotu zamówienia i dokonać ewentualnej korekty planu udzielanych zamówień. Okoliczności powodujące potrzebę uwzględnienia zmian mogą być natury zewnętrznej (zmiany cen, zmiany regulacji prawnych) bądź podyktowane potrzebami zamawiającego (zmiana koncepcji, technologii itp.).

Plan zamówień publicznych w danej jednostce musi być ściśle skorelowany z jej planem finansowym. Nie jest dopuszczalne opracowywanie osobnych planów dla wyodrębnionych projektów realizowanych przez daną jednostkę. Powyższe nie stoi na przeszkodzie podziału zamówienia i odrębnego szacowania wartości dla każdej z części danego zamówienia, o ile podyktowane to jest uzasadnionymi przyczynami obiektywnymi, niezawinionymi przez tę jednostkę.



Opracowując plany udzielanych zamówień w danym roku budżetowym, zamawiający powinien dokonać oceny ryzyka powodzenia wydatku, biorąc pod uwagę możliwości wykorzystania różnych instytucji PZP przez uczestników postępowania (np. wykorzystanie odwołania). Takie podejście do planowania umożliwi udzielanie zamówień bez pośpiechu, z rzetelnie przygotowanymi dokumentacjami przetargowymi i bez spiętrzeń postępowań pod koniec roku.

Ważnym elementem planowania zamówień publicznych będzie opracowanie hierarchii poszczególnych projektów oraz sposobu i kierunku działania w sytuacji braku rozstrzygnięcia postępowania, jego przewlekłości, uzyskanych oszczędności czy też zmiany kierunków działania wraz z pierwotnymi potrzebami. Należy zatem bezwzględnie opracować zasady postępowania w sytuacji zaistnienia takich okoliczności, zgodnie z którymi będzie można weryfikować plan.

Warto podkreślić, że plan powinien być przygotowywany przez osoby dysponujące wiedzą na temat aktualnych potrzeb jednostki oraz potrafiące we właściwy sposób te potrzeby zdefiniować w dokumentacji przetargowej – tylko wówczas będzie można odpowiednio ocenić ryzyko konieczności wprowadzenia zmian w planie wynikające ze zidentyfikowanych przyczyn.

Plan powinien być ściśle związany z posiadanymi lub też planowanymi do uzyskania środkami finansowymi, gdyż jedynie wtedy będzie można racjonalnie zastosować w praktyce dyspozycję wynikającą z art. 86 ust. 3 PZP, zgodnie z którą zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Należy pamiętać, że kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna wynikać z jego możliwości finansowych, określonych w planie finansowym lub innym dokumencie zawierającym tego typu informacje.



Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie jest wartością niezmienną i nie jest tożsama z możliwościami finansowymi zamawiającego.

Analiza planu finansowego oraz planu udzielanych zamówień publicznych w danym roku budżetowym powinna dać nam odpowiedź, czy w sytuacji, kiedy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, należy unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, czy też istnieje możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Należy pamiętać, że przygotowanie informacji o planach zamówień publicznych na dany rok i podanie ich do publicznej wiadomości umożliwi skrócenie terminu składania ofert w planowanych postępowaniach, zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 3 PZP, o ile postępowanie prowadzone będzie w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie bowiem z powyższą normą, jeżeli wartość zamówienia przekracza progi unijne a informacja o zamówieniu została zawarta we

wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, jeśli ogłoszenie to zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż:

- 1) **22 dni** – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) **29 dni** – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w sposób inny niż drogą elektroniczną.

1.1. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy PZP

Zamówienia publicznego udziela zamawiający, którym zgodnie z ustawową definicją jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów PZP został określony szczegółowo w art. 3 ust. 1 tej ustawy. W większości przypadków związanych z udzielaniem zamówień w dziedzinie nauki, zamawiającym będzie podmiot należący do sektora finansów publicznych. Bardziej szczegółowa klasyfikacja tych podmiotów jest możliwa na podstawie art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, który określa katalog podmiotów tworzących sektor finansów publicznych.

W kontekście działalności naukowej należy wymienić następujące podmioty:

1) Jednostka budżetowa

Jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.



W kontekście działalności naukowej typowymi przykładami jednostek budżetowych są jednostki oświatowe, m.in.: licea ogólnokształcące, zespoły szkół, szkoły muzyczne, domy kultury itp.

2) Agencja wykonawcza

Agencja wykonawcza jest państwową osobą prawną tworzoną na podstawie odrębnej ustawy w celu realizacji zadań państwa.



Agencjami wykonawczymi są m.in.:

- Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
 - art. 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju;
- Narodowe Centrum Nauki
 - art. 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Nauki.

3) Instytucja gospodarki budżetowej

Instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania, a koszty swojej działalności oraz zobowiązania pokrywa z uzyskiwanych przychodów.



Instytucjami gospodarki budżetowej są m.in.:

- Centrum Badań i Edukacji Statystycznej GUS,
- Centralny Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej,
- Centralny Ośrodek Informatyki.

4) Fundusz Celowy

Państwowy fundusz celowy nie posiada osobowości prawnej, lecz stanowi jedynie wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz albo inny organ wskazany w tej ustawie.

Funduszami celowymi są m.in.:

- Fundusz Nauki i Technologii Polskiej,
- Fundusz Promocji Kultury,
- Fundusz Promocji Twórczości,
- Fundusz Gospodarki Zasobem Geodezyjnym i Kartograficznym.



5) Uczelnia publiczna

Zgodnie z definicją zawartą w ustawie z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym uczelnia publiczna jest to uczelnia utworzona przez państwo reprezentowane przez właściwy organ władzy lub administracji publicznej.

6) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne

Funkcjonowanie PAN i jej jednostek organizacyjnych określa ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk.

Jednostkami organizacyjnymi PAN są m.in.:

- instytuty,
- pomocnicze jednostki naukowe, w szczególności: archiwa, biblioteki, muzea, ogrody botaniczne i zagraniczne stacje naukowe,
- inne jednostki organizacyjne, w szczególności: domy pracy twórczej, domy zjazdów i konferencji lub domy rencistów.



7) Państwowe i samorządowe instytucje kultury

Podstawowe znaczenie ma w tym kontekście ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Zgodnie z art. 2 tej ustawy formami organizacyjnymi działalności kulturalnej są w szczególności: teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury.

1.2. Podmioty zamawiające w świetle regulacji ustawy o zasadach finansowania nauki

Niezależnie od klasyfikacji podmiotów – zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz ustawy o finansach publicznych – należy również przedstawić klasyfikację podmiotów uznawanych za zamawiających w dziedzinie nauki zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz.U. Nr 96, poz. 615 ze zm.; dalej: UZFN). Jednak art. 1 pkt 2 UZFN wyraźnie wskazuje, że dla określenia kręgu podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów należy odwoływać się do art. 3 ust. 1 PZP. Oznacza to, że z punktu widzenia stosowania przepisów PZP nie ma większego znaczenia, jaki status posiada dany podmiot na gruncie art. 2 pkt 9 UZFN, lecz kluczowe jest określenie jego statusu na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych oraz ustawy o finansach publicznych.

Praktyka wskazuje jednak, że pewne problemy w interpretacji statusu określonych podmiotów w kontekście PZP wynikają z faktu, że UZFN w zakresie podmiotowym posługuje się własną terminologią, niekiedy nieznaną PZP. W konsekwencji – zgodnie z wyżej sformułowanymi wnioskami – należy rozstrzygnąć, czy podmioty określone w art. 2 pkt 9–12 oraz 14–16a UZFN powinny być kwalifikowane jako podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 PZP.

1) Jednostki naukowe

Jednostki naukowe, o których mowa w art. 2 pkt 9 UZFN, są to podmioty prowadzące w sposób ciągły badania naukowe lub prace rozwojowe. Mianowicie są to:

- podstawowe jednostki organizacyjne uczelni w rozumieniu statutów tych uczelni – w tym zakresie będzie zatem decydujący statut szkoły wyższej; należy jednak zakładać, że jednostki organizacyjne uczelni są zobowiązane do stosowania PZP;
- jednostki naukowe Polskiej Akademii Nauk – (zob. w tym zakresie pkt 6 poprzedniego rozdziału);
- instytuty badawcze – co prawda art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wyłącza instytuty badawcze

z katalogu podmiotów tworzących sektor finansów publicznych, to jednak są one zobowiązane do stosowania przepisów PZP jako jednostki posiadające status podmiotu prawa publicznego¹⁴;

- międzynarodowe instytuty naukowe – w tym kontekście decydujące znaczenie będą miały postanowienia aktów powołujących takie instytuty (np. umowy międzynarodowe Rządu RP z organizacjami międzynarodowymi) – status takich instytutów na gruncie przepisów PZP powinien być badany indywidualnie, z uwzględnieniem charakterystyki takiego podmiotu, w szczególności wykonywanych zadań oraz struktury własnościowej;
- Polska Akademia Umiejętności – pomimo specyficznej formy prawnej działania (stowarzyszenie), PAU należy kwalifikować jako podmiot zobowiązany do stosowania PZP;
- inne niż wskazane powyżej osoby prawne z siedzibą na terenie RP, w tym przedsiębiorcy posiadający status centrum badawczo-rozwojowego – w tym zakresie nie sposób formułować ogólnych uwag na temat statusu takich podmiotów; rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości co do podlegania reżimowi PZP będzie każdorazowo wymagać oceny statusu takiego podmiotu przez pryzmat przesłanek wymienionych w art. 3 PZP.

2) Uczelnia

Uczelnie publiczne podlegają PZP jako podmioty należące do sektora finansów publicznych i są zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 PZP.

3) Podmiot działający na rzecz nauki

Zgodnie z definicją ustawową jest nim podmiot wykonujący w sposób ciągły zadania z zakresu upowszechniania nauki, nieotrzymujący dotacji na działalność statutową ze środków finansowych na naukę. Ocena, czy tego rodzaju podmioty są zobowiązane do stosowania przepisów PZP, wymagać będzie każdorazowo oceny statusu danego

¹⁴ Zob. Opinia prawna UZP, *Obowiązek stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez instytuty badawcze (dawniej jednostki badawczo-rozwojowe)*, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/publish.aspx?PD;1874>.

podmiotu przez pryzmat przesłanek wymienionych w art. 3 ust. 1 PZP.

4) **Konsorcjum naukowe, sieć naukowa, centrum naukowo-przemysłowe, centrum naukowe PAN, centrum naukowe uczelni**

Na wstępie warto wyjaśnić, jakie grupy podmiotów należy kwalifikować jako konsorcjum naukowe, sieć naukową, centrum naukowo-przemysłowe, centrum naukowe PAN, centrum naukowe uczelni. Mianowicie:

- **Konsorcjum naukowe** jest definiowane w UZFN jako grupa jednostek organizacyjnych, w której skład wchodzi co najmniej jedna jednostka naukowa oraz co najmniej jeden przedsiębiorca albo co najmniej dwie jednostki naukowe, podejmujących na podstawie umowy wspólne przedsięwzięcie obejmujące badania naukowe, prace rozwojowe lub inwestycje służące potrzebom badań naukowych lub prac rozwojowych.
- **Siecią naukową** jest zgodnie z UZFN grupa jednostek naukowych podejmujących na podstawie umowy zorganizowaną współpracę związaną z prowadzonymi przez nie w sposób ciągły wspólnymi badaniami naukowymi lub pracami rozwojowymi, służącymi rozwojowi specjalności naukowej tej sieci.
- Z kolei **centrum naukowo-przemysłowe** definiuje ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych. Zgodnie z tym aktem prawnym, w skład centrów mogą wchodzić również uczelnie i instytuty naukowe Polskiej Akademii Nauk oraz zagraniczne instytucje naukowe.
- W skład **centrów naukowych PAN** mogą wchodzić instytuty PAN, a także uczelnie, instytuty badawcze, przedsiębiorcy prowadzący badania naukowe i prace rozwojowe oraz zagraniczne instytucje naukowe.
- Jeśli chodzi o **centra naukowe uczelni**, ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym wskazuje, że uczelnia może na podstawie umowy utworzyć centrum naukowe z innymi uczelniami, instytutami naukowymi PAN oraz instytutami badawczymi, w tym również z zagranicznymi jednostkami naukowymi i instytutami międzynarodowymi prowadzącymi działalność

naukowo-badawczą. Uczelnia może również utworzyć centrum naukowe w ramach swojej struktury.

Wymienione wyżej grupy jednostek nie są samodzielnie kwalifikowane jako zamawiający na gruncie ustawy PZP – w rezultacie zamówienia publiczne będą udzielane przez poszczególnych członków takiego podmiotu. Jeżeli dane grupy tworzą podmioty spełniające przesłanki z art. 3 ust. 1 PZP, wówczas w zakresie zadań realizowanych w ramach jednej z nich podmioty te będą co do zasady zobowiązane do udzielania zamówień w reżimie PZP.

Warto jednak w tym kontekście przypomnieć, że zgodnie z art. 16 PZP zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Takie rozwiązanie może w praktyce okazać się przydatne, w sytuacji gdy w skład np. sieci naukowej wchodzi wiele podmiotów podlegających przepisom PZP.

2. Wyłączenia z obowiązku stosowania PZP obejmujące badania i naukę

2.1. Próg bagatelności dla zamówień na cele badawcze i rozwojowe

Ze względu na potrzeby podmiotów prowadzących działalność badawczą ustawodawca wprowadził regulację szczególną, zgodnie z którą ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, jeżeli ich wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Uzasadnieniem dla szerszego zwolnienia tego rodzaju zamówień z obowiązku stosowania przepisów PZP były potrzeba odbiurokratyzowania zakupów w dziedzinie nauki oraz uznanie, że stosowanie w tym zakresie prze-

pisów PZP przyczyniałoby się do spowolnienia procesu badawczego, braku możliwości pełnego wykorzystania dofinansowania projektów naukowych oraz ograniczenia możliwości prowadzenia unikatowych badań na unikalnych na świecie urządzeniach badawczych¹⁵.

Należy jednak zaznaczyć, że brak obowiązku stosowania przepisów PZP do zamówień z dziedziny nauki o wartości nieprzekraczającej progów unijnych nie jest równoznaczny z całkowitą swobodą zamawiających. Wprowadzając bowiem tego rodzaju zwolnienie, ustawodawca jednocześnie wskazał zamawiającym pewien minimalny zakres obowiązków, wyznaczonych w art. 30a–30d UZFN.

Po pierwsze, zamawiający, udzielając zamówienia z dziedziny nauki, zamieszcza ogłoszenie o udzielanym zamówieniu na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej (art. 30 a UZFN).

Po drugie, jest on zobowiązany udzielać zamówień z dziedziny nauki w sposób:

- zapewniający przejrzystość,
- zapewniający równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia,
- uwzględniający okoliczności mogące mieć wpływ na jego udzielenie.



Zapewnieniu przejrzystości postępowania może służyć wiele środków, w tym m.in. zapewnienie dostępu zainteresowanym wykonawcom do dokumentacji postępowania czy bieżące informowanie o przebiegu postępowania na stronie internetowej.

Zamawiający, udzielając zamówienia, musi powstrzymać się od nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Powinien on zatem co najmniej umożliwić wszystkim zainteresowanym podmiotom udział w negocjacjach lub złożenie ofert na realizację zamówienia.

Warto również podkreślić, że pomimo zwolnienia ze stosowania PZP, zamawiający nie może całkowicie swobodnie nabywać określonych

¹⁵ Por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 423).

dóbr, lecz powinien dostosowywać swoje postępowanie w tym zakresie do istotnych okoliczności faktycznych. Oznacza to m.in., że:

- wszelkie działania powinny być uzasadnione potrzebami zamawiającego;
- zamawiający powinien kierować się zasadą celowego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych;
- zamawiający, który zamierza nabyć określone dobra, powinien dostosować postępowanie do faktycznych uwarunkowań rynku, z którego pochodzą (np. uwzględnić liczbę podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, dostępność produktów niezbędnych do realizacji zamówienia itp.).

Po trzecie, z art. 30c UZFN zamawiającemu nie wolno udostępniać informacji związanych z zamówieniem, które wykonawca zastrzegł nie później niż w dniu zawarcia umowy jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (zob. szerzej w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa – s. 110).

Po czwarte zaś, na swojej stronie internetowej zamawiający musi również poinformować, czy i komu udzielił zamówienia; względnie uczynić wzmiankę o niezawarcie umowy (art. 30d UZFN).

Dobrą praktyką zamawiających powinno być tworzenie wewnętrznych regulaminów określających zasady udzielania zamówień poniżej progu bagatelności dla zamówień na cele badawcze i rozwojowe. Procedury zawarte w tych regulaminach mogą (choć nie muszą) wzorować się na przepisach PZP, stanowiąc niejako ich uproszczoną i bardziej elastyczną wersję. Ostateczne określenie kształtu takich procedur będzie należeć do jednostki naukowej, jednak warto w tym zakresie bazować na wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących udzielania zamówień, które nie są objęte dyrektywami UE¹⁶.

Zgodnie z Komunikatem Komisji Europejskiej, aby zapewnić równe traktowanie wykonawców w takich postępowaniach, należy stosować się do poniżej przedstawionych zasad.

¹⁶ Zob. Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02).

- **Niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia**

Opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa: „lub równoważne”. W każdym przypadku zaleca się wykorzystanie ogólnego opisu dotyczącego wykonania lub zastosowania.

- **Równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich**

Podmioty zamawiające nie powinny nakładać wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację względem potencjalnych oferentów w innych państwach członkowskich. Przykładowo, niezgodny z wytycznymi jest wymóg, aby przedsiębiorstwa zainteresowane zamówieniem musiały posiadać siedzibę w tym samym państwie członkowskim lub regionie co podmiot zamawiający.

- **Wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji**

Jeżeli wymaga się od wnioskodawców lub oferentów przedłożenia świadectw, dyplomów lub innych form pisemnych dowodów, dokumenty z innych państw członkowskich dające równoważną gwarancję muszą być akceptowane zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

- **Odpowiednie terminy**

Terminy dotyczące wyrażenia zainteresowania i złożenia ofert powinny umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich dokonanie wnikliwej oceny oraz przygotowanie oferty.

• **Przejrzyste i obiektywne podejście**

Wszyscy uczestnicy muszą być w stanie z wyprzedzeniem zapoznać się z obowiązującym przepisami oraz muszą być pewni, że przepisy te stosują się w ten sam sposób do wszystkich.

O ile w odniesieniu do robót budowlanych określenie wartości jest nieskomplikowane – próg stanowi wyrażona w złotych równowartość kwoty 5 186 000 euro – o tyle gdy chodzi o dostawy i usługi, zadanie to może nastęrczać pewnych trudności. Wynika to ze zróżnicowania wysokości progów dla powyższych kategorii zamówień, ze względu na to, kim jest zamawiający.

Zgodnie z rozporządzeniem, wartość dostaw lub usług wynosi 134 000 euro, jeśli zamówienie jest udzielane przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, **z wyłączeniem:**

- uczelni publicznych,
 - państwowych instytucji kultury,
 - państwowych instytucji filmowych,
 - jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków,
 - jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego,
- a także przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, z wyjątkiem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Oznacza to, że dla podmiotów wyłączonych oraz podmiotów nienależących do sektora finansów publicznych, a zobowiązanych do stosowania ustawy, próg wartości zamówienia wynosi **207 000 euro**.

134 000 euro	207 000 euro
<ul style="list-style-type: none"> • Agencja wykonawcza • Instytucja gospodarki budżetowej • Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne 	<ul style="list-style-type: none"> • Jednostka budżetowa • Uczelnia publiczna i jej podstawowe jednostki organizacyjne w rozumieniu statutu • Fundusz Celowy • Instytuty badawcze

2.2. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych

Szczególne znaczenie ma wyłączenie określone w art. 4 pkt 3 lit. e PZP, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub z których korzyści nie przypadają wyłącznie zamawiającemu dla potrzeb jego własnej działalności.

Wyłączone spod obowiązku stosowania ustawy są zatem:

- 1) **Wyłącznie usługi**, którymi zgodnie z definicją ustawową są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w wykazie usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym¹⁷.
- 2) **W zakresie badań naukowych** – kluczowe znaczenie ma tutaj definicja określona w ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki; zgodnie z nią przez badania naukowe należy rozumieć:
 - badania podstawowe – oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie;
 - badania stosowane – prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce;
 - badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych.

¹⁷ Por. więcej na ten temat w części poświęconej klasyfikacji usług – s. 28–29 niniejszego opracowania.

- 3) **W zakresie prac rozwojowych** – także interpretacja tego pojęcia opiera się na definicji wskazanej w poprzednim punkcie ustawy; zgodnie z nią, pracami rozwojowymi są: nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług.

Ustawodawca określił w art. 2 pkt 4 lit. a–c ustawy o zasadach finansowania nauki przykładowy katalog takich działań:

- opracowywanie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych;
- opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja przeznaczona wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; jeżeli projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej;
- działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie.



Przykład

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



Uwaga

- 4) **Świadczenie usług badawczych** – pojęcie usług badawczych nie zostało zdefiniowane w żadnej z ustaw; zgodnie z zaleceniami Prezesa UZP¹⁸ pod pojęciem tym należy rozumieć, że celem ustawodawcy było zwolnienie ze stosowania ustawy prowadzenia

¹⁸ Opinia UZP, *Wyłączenie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e)*, www.uzp.gov.pl/zakladka_„Opinie_prawne”.

działalności badawczej i rozwojowej wykonywanej przez uczelnie, ponieważ zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym świadczenie usług badawczych jest jednym z podstawowych zadań uczelni.

- 5) **Usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego** – na tej podstawie należy twierdzić, że jeśli usługa w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych jest współfinansowana przez podmioty inne niż zamawiający, to nie mają do nich zastosowania przepisy PZP.



Choć przesłanka współopłacania może wydawać się jednoznaczna, należy zaznaczyć, że zgodnie z opinią Prezesa UZP, jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, należy wówczas przyjąć, że zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.

Zatem jeśli projekt jest finansowany przy wykorzystaniu środków unijnych, nie oznacza to, że zamawiający nie opłaca go w całości.

- 6) **Korzyści nie przypadają wyłącznie zamawiającemu dla potrzeb jego własnej działalności** – ustawodawca określił alternatywną wobec „współopłacania” przesłankę zwolnienia ze stosowania ustawy.



Politechnika X zamawia usługi służące stworzeniu międzyuczelnianego systemu informatycznego do obsługi programu wymiany studentów MOST. Po zakończeniu prac Politechnika X udziela niewyłącznej licencji na korzystanie z tego systemu pozostałym uczelniom uczestniczącym w programie.



Do dnia 16 kwietnia 2014 r. przepis art. 4 pkt 3 lit. e PZP obowiązywał w innym brzmieniu, wskazując, że zwolnione ze stosowania ustawy są usługi, których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Ustawodawca, dostrzegając trudności interpretacyjne, zdecydował się na wprowadzenie terminu „korzyści”, podkreślając w uzasadnieniu nowelizacji, że poprzez ten zabieg wyeliminuje wątpliwości co do tego, że prace badawcze, których wyniki zostaną opublikowane

i udostępnione do wykorzystania wszystkim zainteresowanym podmiotom, będą mogły być nabywane poza procedurami określonymi w prawie zamówień publicznych bez względu na sposób zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy tych prac.

3. Szacowanie wartości zamówienia

3.1. Szacunkowa wartość zamówienia

Co do zasady pierwszą czynnością składającą się na proces przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustalenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Powyższa czynność ma poważne konsekwencje dla dalszego postępowania i determinuje wiele aspektów proceduralnych, takich jak m.in.:

- Czy do zamówienia znajdują zastosowanie przepisy ustawy (por. art. 4 pkt 8 PZP)?
- Czy wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne (por. art. 11 ust. 8 PZP), determinujące reżim postępowania (pełny lub uproszczony)?

a co za tym idzie:

- Jakie są dopuszczalne tryby postępowania?
- Jakie są zasady publikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany tego ogłoszenia?
- Jaka jest długość terminu na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu?
- Jaka jest długość terminu związania ofertą?
- Jakie dokumenty powinny być składane przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego?
- Czy można odstąpić od żądania wniesienia wadium?
- Czy ceny zaoferowane w postępowaniu nie są rażąco niskie?
- W jaki sposób i w jakim terminie może być prowadzona kontrola postępowania przez Urząd Zamówień Publicznych?
- W jakim zakresie oraz w jakim terminie wykonawcy są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej (odwołanie)?

Warto podkreślić, że zgodnie z art. 32 ust. 1 PZP, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.



Szacunkowa wartość zamówienia jest zawsze wartością netto, tj. niezawierającą podatku VAT (inne składniki cenotwórcze powinny być jednak w tej wartości uwzględnione).

Należyta staranność w oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia to staranność „ogólnie wymagana” w stosunkach danego rodzaju, tj. staranność zwyczajowa, przeciętna, ale w pozytywnym tego słowa znaczeniu. Zamawiający w celu oszacowania wartości zamówienia podejmuje działania, które jednak w zależności od konkretnego przedmiotu zamówienia mogą być odmienne. Zamawiający nie jest w tym zakresie ograniczony przez prawo i może korzystać z dowolnych zasobów informacji, w szczególności informacji powszechnie dostępnych, np. w prasie specjalistycznej lub Internecie, rozeznania rynku czy nawet profesjonalnych i skomplikowanych opinii biegłych. Może również bazować na własnej wiedzy i doświadczeniu, np. z poprzednich postępowań prowadzonych w celu zawarcia podobnych umów (powinien jednak sprawdzić, czy takie informacje są nadal aktualne w świetle zmieniającej się sytuacji na rynku). Co do zasady, im bardziej skomplikowane i kosztowne jest zamówienie, tym więcej czasu i nakładów zajmie prawidłowe oszacowanie jego wartości.



Zamawiający zamierza wszcząć postępowanie na dostawę sprzętu informatycznego o określonych parametrach. Oszacowanie wartości takiego zamówienia może się odbyć na podstawie konsultacji telefonicznych lub zapytań ofertowych składanych do firm profesjonalnie trudniących się dostawą takiego sprzętu.



Zamawiający będzie prowadził postępowanie na wykonanie robót budowlanych (budowa nowej siedziby instytutu). Dokładna wycena prac przy tak skomplikowanej inwestycji wymaga zasięgnięcia informacji fachowych w szczególności poprzez zlecenie sporządzenia tzw. kosztorysu inwestorskiego firmie zajmującej się doradztwem w procesie budowlanym.

Należy pamiętać, że wynik badania przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powinien zostać opisany w protokole postępowania np. poprzez sporządzenie notatki służbowej z telefonicznego rozeznania rynku, załączenie odpowiedzi na zapytania ofertowe itp.

Ustalenie wartości zamówienia powinno zostać dokonane nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane (art. 35 ust. 1 PZP). Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania musi przeprowadzić zmianę wartości zamówienia (art. 35 ust. 2 PZP).

Nie należy mylić szacunkowej wartości zamówienia z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ta druga kwota (inaczej budżet zamawiającego) jest podawana w trakcie otwarcia ofert i może ewentualnie służyć jako podstawa unieważnienia przez zamawiającego postępowania bez wyboru oferty (jeśli ceny ofert są zbyt wysokie i przekraczają możliwości finansowe zamawiającego).



W sytuacji ustalania szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia kluczowe jest również sprecyzowanie, czy w przypadku zamówienia mamy do czynienia z dostawami, usługami czy też robotami budowlanymi. W zależności bowiem od kategorii zamówienia, przepisy PZP ustalają szczególne zasady szacowania wartości przedmiotu zamówienia.



3.2. Roboty budowlane

Oszacowania wartości zamówienia na roboty budowlane dokonuje się w przypadku (art. 33 ust. 1 PZP):

- 1) projektów typu „Wybuduj” – na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projek-

- towej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym;
- 2) projektów typu „Zaprojektuj i wybuduj” – na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym¹⁹.



Jeśli zamawiający przewiduje oddanie do dyspozycji wykonawcy dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych (tzw. dostawy inwestorskie), wówczas ich wartość należy doliczyć do szacunkowej wartości zamówienia (art. 33 ust. 2 PZP).

3.3. Dostawy i usługi

Szczegółne regulacje dotyczące szacowania wartości zamówienia na dostawy i usługi zostały przewidziane w art. 34 PZP. W przypadku tego rodzaju zamówień, wartość zamówienia jest co do zasady determinowana okresem obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli zamówienie udzielane jest na czas nieoznaczony, jego wartość zostaje obliczona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy jego wykonywania.



Na czas nieoznaczony mogą być zawierane wyłącznie umowy wskazane w PZP, np. umowa dostawy gazu lub wody albo umowa licencji na oprogramowanie komputerowe.

Jeżeli zamówienie będzie wykonywane przez czas oznaczony, wówczas wartość zamówienia zostaje ustalona z uwzględnieniem czasu jego wykonywania.

¹⁹ Szczegółowe zasady szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389).

W przypadku zamówień udzielanych na czas dłuższy niż 12 miesięcy, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu, w wartości zamówienia uwzględnia się również wartość końcową przedmiotu umowy (np. w przypadku odkupu pojazdu będącego przedmiotem leasingu).



Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe (np. świadczone przez dom maklerski), wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.

- **Jak obliczać wartość usług powtarzających się okresowo?**

Odrębne zasady obowiązują zamawiających w przypadku zamawiania dostaw lub usług powtarzających się okresowo. Jak wskazuje się w literaturze, mowa tu o świadczeniach cyklicznych, powtarzanych w określonych, choć niekoniecznie jednakowych odstępach czasu. Jako przykład tego typu świadczeń podaje się m.in. prenumeraty prasy czy wycinkę drzew w pasie przeciwpożarowym²⁰.

Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo – zgodnie z art. 34 ust. 1 PZP – jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

- 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem albo
- 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

- **Jak ustalić, czy mamy do czynienia z zamówieniami na dostawy lub usługi „tego samego rodzaju”?**

W takiej sytuacji należy posiłkować się kodami CPV określonymi we wspólnym słowniku zamówień.

²⁰ Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 276–277.



Zamawiający nie może wybrać jednej z powyższych metod szacowania wartości zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo, jeśli zmierzałoby to do obejścia przepisów ustawy (art. 34 ust. 2 PZP).

3.4. Opcje i zamówienia uzupełniające

Jeśli zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość udzielania zamówień uzupełniających, wówczas wartość tych zamówień należy uwzględnić w łącznej szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia (art. 32 ust. 3 PZP). Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji (art. 34 ust. 5 PZP – por. szerzej na ten temat w rozdz. V).



Przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednak zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Opis przewidywanego rozszerzenia zakresu zamówienia powinien być zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, ponieważ wykonawca decydujący się złożyć ofertę musi wiedzieć, jakie roszczenia może mieć w stosunku do niego zamawiający w razie skorzystania z prawa opcji²¹.

3.5. Próg bagatelności, progi unijne i różnice między procedurą pełną a uproszczoną

Określenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ma niebagatelny wpływ na przepisy regulujące przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

²¹ Wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., sygn. KIO 1024/13.

Przepisy PZP oraz aktów wykonawczych do ustawy posługują się kwotami wyrażonymi w euro (jest to efekt implementacji odpowiednich przepisów unijnych do polskiego systemu prawnego). Aby przeliczyć wartość zamówienia wyrażoną w złotych, należy stosować przelicznik wskazany w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 1692), który obecnie wynosi 4,2249 zł (średni kurs złotego do euro zwyczajowo podlega rewizji co 2 lata – podany wyżej przelicznik będzie obowiązywał w latach 2014 i 2015).



Poniżej wyróżniono trzy przedziały wartości, które implikują określony „reżim prawny” danego zamówienia.

3.6. Zamówienie o wartości poniżej tzw. progu bagatelności – zamawiający nie musi stosować przepisów ustawy PZP

Udzielenie jakiegokolwiek zamówienia publicznego o wartości poniżej równowartości 30 000 euro nie wiąże się po stronie zamawiającego z obowiązkiem stosowania przepisów PZP. Oznacza to, że zamówienia o takiej wartości mogą być udzielane bez stosowania sformalizowanych procedur – np. w drodze negocjacji z jednym wybranym wykonawcą.

Pomimo braku takiego obowiązku, można zdecydować się na dobrowolne stosowanie przepisów PZP i opublikować ogłoszenie o zamówieniu dla zakupu o wartości nieprzekraczającej równowartości 30 000 euro. Taka procedura znacznie się jednak różni od obowiązkowej procedury ustawowej, w szczególności tym, że zamawiający zachowują większą elastyczność i swobodę w prowadzeniu postępowania (m.in. posiada szersze kompetencje w zakresie unieważnienia postępowania; wykonawcom nie przysługują również środki ochrony prawnej, np. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej).



Wyłączenie zamówień o bagatelnej wartości spod reżimu ustawy (por. art. 4 pkt 8 PZP) służy przede wszystkim zredukowaniu uciążliwych, sformalizowanych obowiązków zamawiającego oraz znacznemu przyspieszeniu realizacji zakupów. W ocenie ustawodawcy, właśnie z uwagi na niską wartość zamówienia, w takiej sytuacji interes zamawiającego w szybkim i sprawnym dokonaniu zakupu przeważa nad koniecznością pełnego otwarcia zamówienia na konkurencję.



Brak obowiązku stosowania przepisów PZP do udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej 30 000 euro nie oznacza pełnej dowolności działań zamawiającego. Nawet przy zamówieniach o tak niskiej wartości powinny być respektowane podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Należy również pamiętać, że jednostki naukowe należące do sektora finansów publicznych są zobowiązane – zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych – do dokonywania wydatków publicznych:

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

Aby zapewnić realizację powyższych obowiązków, w praktyce można stosować wewnętrzne regulaminy zakupowe dotyczące udzielania zamówień o wartości mniejszej lub równej 30 000 euro. Takie regulaminy określają obowiązki pracowników jednostki sektora finansów publicznych związane z dokonaniem zakupu (przykładowo wymóg telefonicznego rozpoznania rynku lub skierowania zapytań ofertowych do określonej liczby podmiotów potencjalnie zainteresowanych zamówieniem).

Poza „ogólnym” progiem bagatelności wynoszącym 30 000 euro, jednostki badawcze i naukowe mogą również korzystać ze specjalnego

wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 8b PZP dla zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W przypadku takich zamówień próg bagatelności jest wyższy i odpowiada wysokości progów unijnych (innymi słowy, zamawiający w przypadku tych zamówień zamiast przeprowadzać tzw. procedurę uproszczoną mogą w ogóle zrezygnować ze stosowania przepisów PZP – zob. szerzej na ten temat w rozdz. II.2).

3.7. Zamówienie o wartości powyżej progów unijnych – zamawiający stosuje przepisy PZP dotyczące tzw. procedury pełnej

Jeśli szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, wówczas należy przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego według tzw. procedury pełnej (unijnej). Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2013 r., poz. 1735), progi unijne dla zamówień udzielanych przez jednostki badawcze i naukowe są następujące:

- 1) dla zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej:
 - 134 000 euro – dla dostaw lub usług,
 - 5 186 000 euro – dla robót budowlanych;



Przykład

Obowiązek stosowania przepisów PZP według procedury pełnej przez Polską Akademię Nauk w przypadku zamówień na dostawy i usługi powstaje od kwoty 134 000 euro.

- 2) dla innych zamawiających niż określani w pkt 1) powyżej (z wyłączeniem zamówień sektorowych i obronnych):
 - 207 000 euro – dla dostaw lub usług,
 - 5 186 000 euro – dla robót budowlanych.



Przykład

Obowiązek stosowania przepisów PZP według procedury pełnej przez Politechnikę Warszawską w przypadku zamówień na dostawy i usługi powstaje od kwoty 207 000 euro.

3.8. Zamówienie o wartości większej niż próg bagatelności, lecz mniejszej niż tzw. progi unijne – zamawiający stosuje przepisy ustawy PZP dotyczące tzw. procedury uproszczonej

Jeśli wartość zamówienia jest wyższa niż równowartość 30 000 euro, a jednocześnie niższa niż odpowiedni próg unijny, wówczas postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego odbywać się będzie według tzw. procedury uproszczonej, która jest bardziej elastyczna i mniej sformalizowana niż procedura pełna.

W przypadku zamówień finansowanych ze środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej można wyróżnić czwarty, najwyższy próg wpływający na „reżim prawny” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mianowicie w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia przekracza kwotę 10 000 000 euro w przypadku dostaw i usług lub 20 000 000 euro w przypadku robót budowlanych, wówczas zgodnie z art. 169 ust. 2 PZP przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza obowiązkową kontrolę uprzednią (*ex ante*) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która może wstrzymać lub opóźnić podpisanie umowy, jeśli zostaną stwierdzone naruszenia przepisów PZP mające wpływ na wynik postępowania.

3.9. Tabela – Różnice między procedurą pełną i uproszczoną

Procedura uproszczona	Procedura pełna
Ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia jest publikowane przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych	Ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia jest przesyłane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
W przypadku zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłuża termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do dokonania zmian w ofertach lub wnioskach	W przypadku zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłuża termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do dokonania zmian w ofertach lub wnioskach, z tym że nie może być on krótszy niż terminy ustawowe (np. 22 dni w przypadku przetargu nieograniczonego)
Zamawiający może (lecz nie musi) powołać komisję przetargową	Zamawiający ma obowiązek powołania komisji przetargowej
Krótkie minimalne terminy składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. w przetargu nieograniczonym minimalny termin składania ofert wynosi 7 dni)	Relatywnie długie minimalne terminy składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. w przetargu nieograniczonym minimalny termin składania ofert wynosi 40 dni ²²)
Zamawiający może zrezygnować z żądania zabezpieczenia oferty wadium	Wniesienie wadium przez wykonawców jest obowiązkowe
Termin związania ofertą wykonawcy wynosi 30 dni	Termin związania ofertą wykonawcy wynosi 60, a nawet 90 dni, jeśli wartość zamówienia przekracza 10 000 000 euro dla dostaw i usług albo 20 000 000 euro dla robót budowlanych
Zamawiający może (lecz nie musi) żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu	Zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu
Można dowolnie stosować tryb negocjacji z ogłoszeniem ²³	Aby zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem, należy spełnić dodatkowe przesłanki (por. art. 55 ust. 1 PZP)
Udzielając zamówienia z wolnej ręki, nie trzeba informować Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania	O wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki należy poinformować Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
Można zastosować tryby zapytania o cenę i licytacji elektronicznej	Nie można zastosować trybów zapytania o cenę i licytacji elektronicznej
Odwołanie przysługuje wykonawcom wyłącznie wobec:	Odwołanie przysługuje wobec wszystkich czynności i zaniechań zamawiającego

²² Termin ten wynosi jednak 47 dni, jeśli ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w sposób inny niż drogą elektroniczną w formie zgodnej z dyrektywą (tj. przez system SIMAP) – w praktyce takie przypadki są jednak niesłychanie rzadkie.

²³ W praktyce jednak w przypadku zamówień o niskiej wartości stosowanie tego skomplikowanego i czasochłonnego trybu jest niebywale rzadkie.

Procedura uproszczona	Procedura pełna
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego	
Termin na wniesienie odwołania wynosi co do zasady 5 dni	Termin na wniesienie odwołania wynosi co do zasady 10 dni

3.10. Zakaz dzielenia zamówienia na części

Zamawiający – zgodnie z art. 32 ust. 2 PZP – nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Wedle zaś przepisu art. 32 ust. 4 PZP zamawiający, który dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, zobowiązany jest ustalić wartość zamówienia jako łączną wartość poszczególnych jego części.

W celu ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy z kilkoma odrębnymi, zamawiający powinien dokonać oceny przy użyciu następujących kryteriów:

- 1) **tożsamości przedmiotowej zamówienia** (poprzez ustalenie, czy dostawy, usługi, roboty budowlane są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu);
- 2) **tożsamości czasowej zamówienia** (poprzez ustalenie, czy zamawiający jest w stanie przewidzieć pełny zakres zamówienia planowanego w znanej mu perspektywie czasowej – zazwyczaj jest to okres jednego roku budżetowego – i w konsekwencji udzielić zamówienia w jednym czasie);
- 3) **tożsamości wykonawcy** (poprzez ustalenie, czy istnieje możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę)²⁴.

²⁴ Por. opinię wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym*.

Zamawiający planuje udzielić dwóch zamówień na usługi hotelarskie: noclegi w hotelu 2-gwiazdkowym oraz noclegi w hotelu 4-gwiazdkowym. Mimo różnego standardu tych usług, są to zamówienia takiego samego rodzaju (tożsame przedmiotowo), a zatem ich wartość powinna być szacowana łącznie.



Zamawiający zamierza nabyć 20 zestawów komputerowych w marcu roku X oraz 30 zestawów komputerowych w czerwcu roku X. Między zamówieniami zachodzi tożsamość czasowa, a zatem ich wartość powinna być oszacowana łącznie.



Należy pamiętać, że w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógłby być wykonany w tym samym czasie przez tego samego wykonawcę. Jeżeli bowiem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamyh przedmiotowo usług, dostaw lub robót budowlanych, które dodatkowo mogą być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy wówczas do czynienia z jednym zamówieniem, którego wartość stanowić będzie łączna wartość powyższych usług, dostaw lub robót budowlanych.

W orzecznictwie (tak krajowym, jak i unijnym) można znaleźć następujące dodatkowe wytyczne dotyczące rozumienia kryterium tożsamości przedmiotowej w odniesieniu do robót budowlanych, które jednak przez analogię można w pewnym stopniu stosować również w odniesieniu do usług oraz dostaw:

- 1) określone roboty można traktować jako odrębne zamówienie, jeżeli ich wynik może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną²⁵;
- 2) przesłankę dla oceny, czy dane zamówienie nie zostało sztucznie podzielone na części w celu ominięcia ustawy, stanowi bliskość terytorialna przedmiotu zamówień oraz funkcja, jaką ma spełnić całe przedsięwzięcie²⁶;
- 3) aby stwierdzić, czy zamawiający dokonał niedozwolonego podziału zamówienia na części, należy wziąć pod uwagę wszystkie

²⁵ Por. wyrok ETS z 5 października 2000 r. (sygn. C-16/98, Komisja Europejska vs Republika Francuska).

²⁶ Por. uchwałę KIO z 21 października 2010 r., KIO/KD 73/10.

istotne okoliczności sprawy, tj. rodzaj zamówienia oraz jego przeznaczenie (podobieństwo funkcji technicznych lub gospodarczych)²⁷.

Ocena, czy dokonano zakazanego podziału zamówienia na części, powinna uwzględniać wszystkie okoliczności sprawy, w tym przewidywalność udzielenia zamówienia (np. umieszczenie w planie finansowym lub innym dokumencie określającym planowane wydatki zamawiającego), jego rodzaj, właściwość świadczeń, jakie mają być treścią umowy, oraz inne elementy charakterystyczne dla rynku usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących potencjalny przedmiot zamówienia.

4. Rodzaje zamówień: dostawy, usługi i roboty budowlane

4.1. Definicje

Ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje podział zamówień publicznych na trzy zasadnicze kategorie: roboty budowlane, dostawy i usługi. Jest to podział zupełny i rozłączny, co oznacza, że konkretne zamówienie zostanie zawsze zakwalifikowane jako dostawy albo usługi, albo roboty budowlane. Warto zwrócić uwagę, że dany podział ma bardzo ważne znaczenie w praktyce, gdyż istotnie wpływa na prawa i obowiązki zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności od ustalenia, czy zamówienie należy zakwalifikować do dostaw, usług lub robót budowlanych, zależą tak fundamentalne kwestie, jak wysokość progu unijnego, zobowiązująca do stosowania tzw. procedury pełnej, możliwości udzielenia zamówienia na podstawie przepisów o usługach niepriorytetowych, możliwość udzielania zamówień uzupełniających, rodzaje dokumentów żądane od zamawiających, czy nawet wysokość opłat w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

- **Roboty budowlane**

Wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego, za po-

²⁷ Por. uchwałę KIO z 12 października 2010 r., KIO/KD 68/10.

mocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wykaz prac stanowiących roboty budowlane w rozumieniu przepisów PZP jest zawarty w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. z 2012 r., poz. 1372). Wykaz ten opiera się zasadniczo na klasyfikacji przyjętej we Wspólnym Słowniku Zamówień (por. rozdział 4.2). Przez obiekt budowlany należy zaś rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 pkt 5d PZP).

Przepisy PZP posługują się niezależną definicją robót budowlanych i obiektu budowlanego, odmienną od definicji przyjętej w przepisach prawa budowlanego.



- **Dostawy**

Nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Pojęcie dostaw przyjęte w PZP jest szersze niż „dostawa” będąca jedną z umów nazwanych określonych w kodeksie cywilnym (art. 605 KC) i oznaczająca umowę, przez którą dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Przedmiotem dostawy mogą być nie tylko rzeczy materialne (np. leasing samochodu), ale też „inne dobra” niemające charakteru materialnego, np. oprogramowanie komputerowe lub energia elektryczna. Wskazany w ustawie katalog umów cywilnoprawnych mieszczących się w pojęciu „dostaw” (sprzedaż, najem, leasing, dostawa, dzierżawa) ma jedynie charakter przykładowy, w tej kategorii zaś mogą mieścić się również np. umowy o dzieło, zamiana, transakcje offsetowe i inne umowy nienazwane. Dostawa może obejmować nie tylko dostarczenie rzeczy lub dobra, ale też prace związane z jego montażem i instalacją.

- **Usługi**

Wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b PZP.

Definicja ustawowa ma charakter negatywny i dopełniający, gdyż przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są w rozumieniu przepisów PZP dostawami lub robotami budowlanymi. Usługi podlegają dalszej kategoryzacji na usługi priorytetowe oraz usługi niepriorytetowe. Podział ten wynika z przyjętego przez prawodawcę europejskiego założenia, że określone kategorie usług (tzw. usługi o charakterze priorytetowym) mają istotne znaczenie dla handlu transgranicznego w ramach swobodnego przepływu towarów i usług, w związku z czym konkurencja na rynku takich usług powinna podlegać pełnej ochronie przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych. Z kolei *a contrario*, usługi o charakterze niepriorytetowym z samego swojego założenia co do zasady nie cechują się transgranicznym charakterem i nie podlegają pełnej regulacji przepisami PZP, postępowania zaś na nabycie takich usług są zdecydowanie mniej sformalizowane.

Klasyfikacja usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym jest zawarta w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68) i przedstawia się następująco:

1. Usługi o charakterze priorytetowym:

- 1) usługi konserwacyjne i naprawcze,
- 2) usługi transportu lądowego, w tym usługi samochodów opancerzonych oraz usługi kurierskie z wyjątkiem transportu poczty,
- 3) usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty,
- 4) transport poczty drogą lądową i lotniczą,
- 5) usługi telekomunikacyjne,
- 6) usługi finansowe:
 - usługi ubezpieczeniowe,
 - usługi bankowe i inwestycyjne,

- 7) usługi komputerowe i usługi z nimi związane,
- 8) usługi badawcze i rozwojowe,
- 9) usługi w zakresie księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych,
- 10) usługi badania rynku i opinii publicznej,
- 11) usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania i usługi z nimi związane,
- 12) usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych,
- 13) usługi reklamowe,
- 14) usługi sprzątania budynków i usługi zarządzania mieniem,
- 15) usługi w zakresie publikowania i drukowania – wykonywane na podstawie wynagrodzenia lub umowy,
- 16) usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne.

2. Usługi o charakterze niepriorytetowym:

- 1) usługi hotelarskie i restauracyjne,
- 2) usługi transportu kolejowego,
- 3) usługi transportu wodnego,
- 4) dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe,
- 5) usługi prawnicze,
- 6) usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu,
- 7) usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych,
- 8) usługi edukacyjne i szkoleniowe,
- 9) usługi społeczne i zdrowotne,
- 10) usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe,
- 11) inne usługi.

Zakwalifikowanie zamawianych usług jako niepriorytetowe pozwala uprościć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego m.in. poprzez:

- 1) określenie krótszych niż ustawowe terminów składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) odstąpienie od obowiązku żądania wniesienia wadium;

- 3) odstąpienie od żądania złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) możliwość stosowania podczas oceny ofert kryteriów związanych z właściwościami wykonawcy;
- 5) możliwość dowolnego stosowania trybów negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

W odniesieniu do usług niepriorytetowych przepisy PZP poszerzają przesłanki upoważniające zamawiającego do skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki i dają taką możliwość w każdym uzasadnionym przypadku, w szczególności jeśli zastosowanie innego trybu mogłoby się wiązać np. z naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków czy też uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.



Przykład

Uniwersytet X organizuje konferencję naukową, na którą zaprasza kilkuset gości z Polski i zagranicy. Wszystkim gościom należy zapewnić nocleg w mieście X, z uwagi zaś na rangę imprezy i udział wielu znanych naukowców, zamawiający decyduje, że muszą to być miejsca w hotelu co najmniej 4-gwiazdkowym. Aby zapewnić gościom bliskość i szybki dostęp do miejsc, w których odbywać się będą wydarzenia związane z konferencją, hotel powinien być położony maksymalnie w promieniu 3 kilometrów od siedziby uniwersytetu. Okazuje się jednak, że tylko dwa obiekty hotelarskie spełniają takie (uzasadnione w tym przypadku) potrzeby zamawiającego i jednocześnie posiadają liczbę miejsc noclegowych, które odpowiadają liczbie gości. W tej sytuacji zupełnie niecelowe i nieefektywne byłoby prowadzenie postępowania w trybie przetargu, w związku z czym zamawiający może nabyć powyższe usługi hotelarskie w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Jeszcze dalej idąca swoboda przewidziana jest w przypadku zamówień na 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, gdzie ustawodawca zezwala na wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki bez

konieczności uzasadniania tego szczególnymi okolicznościami (por. art. 5 ust. 1b PZP).

Wykładnia przywołanego przepisu art. 5 ust. 1a p.z.p., łącznie z art. 5 ust. 1 p.z.p., wskazuje na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w sposób obiektywny będzie w stanie uzasadnić w szczególności, że nie ma możliwości udzielenia danego zamówienia w innym trybie niż tryby przetargowe oraz tryb negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, a także – jak się wydaje – zapytania o cenę, a ewentualne udzielenie zamówienia w tych trybach będzie wywoływało określone, negatywne de facto skutki dla zamawiającego. Te negatywne skutki wskazane przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a p.z.p. odnoszą się do sytuacji związanych ze swego rodzaju okolicznościami wiążącymi się z zasadami gospodarności, finansów publicznych i interesem gospodarczym, czy też publicznym²⁸.



W świetle wyżej opisanych wyłączeń i ułatwień, należy jednak pamiętać o następujących zasadach:

- Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi o charakterze niepriorytetowym oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.
- Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami o charakterze niepriorytetowym.
- W przypadku wątpliwości, czy dane zamówienie zakwalifikować jako zamówienie na usługi priorytetowe lub niepriorytetowe, zamawiający powinien stosować przepisy ustawy odnoszące się do usług priorytetowych, aby uniknąć potencjalnych zarzutów naruszenia prawa.

Uniwersytet X planuje zamówić usługi kompleksowego doradztwa ekonomicznego, finansowego oraz prawnego związane z transakcją sprzedaży kilku nieruchomości. Wartość zamówienia została oszaco-



²⁸ Uchwała KIO z dnia 13 maja 2011 r., sygn. KIO/KD 37/11.

wana na 500 000 zł, przy czym usługi doradcy ekonomiczno-finansowego (usługi priorytetowe) zostały oszacowane na 400 000 zł, doradztwo prawne zaś (usługi niepriorytetowe) – na 100 000 zł. W tym stanie rzeczy mamy do czynienia z zamówieniem o charakterze priorytetowym, a uniwersytet nie może powołać się na art. 5 PZP.

4.2. Wspólny słownik zamówień

Niejednokrotnie ustalenie, czy w danym przypadku mamy do czynienia z usługami, dostawami czy też robotami budowlanymi, może być skomplikowane. W takiej sytuacji pomocny okazuje się jednolity system klasyfikacji zamówień publicznych opracowany na poziomie Unii Europejskiej, zwany Wspólnym Słownikiem Zamówień (ang. *Common Procurement Vocabulary*). Ma on charakter prawa powszechnie obowiązującego na mocy Rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV. Ponadto warto zwrócić uwagę, że jednym z celów upowszechniania Wspólnego Słownika Zamówień w Unii Europejskiej jest nie tylko ujednoczenie stosowania terminologii, ale przede wszystkim ułatwienie wykonawcom wyszukiwania informacji o interesujących ich przetargach odbywających się w państwach członkowskich UE.

Wspólny Słownik Zamówień składa się ze słownika głównego oraz słownika uzupełniającego. Słownik główny opiera się na strukturze drzewa obejmującego kody powiązane ze sformułowaniami, które stanowią opis dostaw, robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia. Kod numeryczny składa się z 8 cyfr, podzielonych w następujący sposób:

- dwie pierwsze cyfry określają działy (XX000000-Y),
- trzy pierwsze cyfry określają grupy (XXX00000-Y),
- cztery pierwsze cyfry określają klasy (XXXX0000-Y),
- pięć pierwszych cyfr określa kategorie (XXXXX000-Y).

Każda z ostatnich trzech cyfr zapewnia większy stopień precyzji w ramach każdej kategorii.

71351720-6 Geofizyczne pomiary terenów archeologicznych

Dział: 71... – Usługi architektoniczne, budowlane, inżynieryjne i kontrolne

Grupa: 713... – Usługi inżynieryjne

Klasa: 7135... – Usługi inżynieryjne naukowe i techniczne

Kategoria: 71352... – Usługi planowania geologicznego, geofizycznego i inne usługi naukowe

Podkategoria: 713517... – Usługi poszukiwań naukowych



Każde zamówienie będące przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być opisane za pomocą co najmniej jednego kodu CPV. Jednak w większości przypadków, a zwłaszcza przy skomplikowanych i wielorodzajowych zamówieniach, do opisanego przedmiotu zamówienia należy użyć jednocześnie kilku lub nawet kilkunastu kodów CPV.

4.3. Zamówienia mieszane

Może się zdarzyć, że przedmiot zamówienia będzie się składał z kilku niezależnych świadczeń i w ramach jednego postępowania zamawiający będzie miał do czynienia z zamówieniem obejmującym jednocześnie np. dostawy oraz usługi. W tego typu sytuacjach przepisy PZP ustanawiają swoiste reguły interpretacyjne, które pomagają ustalić charakter mieszanych zakupów.

• Zasady ogólne

Jeśli zamówienie obejmuje jednocześnie:

1) dostawy i usługi,

2) usługi i roboty budowlane

– do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.



Przykład

Zamawiający zamierza nabyć system informatyczny o wartości szacunkowej 500 000 zł oraz usługi serwisowe (usługi wsparcia) dla tego systemu, których wartość oszacowano na ok. 50 000 zł. Do zamówienia należy stosować przepisy dotyczące dostaw, a nie usług, gdyż przedmiot dostawy (system IT) ma większą wartość (większy udział) w zamówieniu niż usługi serwisowe.

4.4. Dostawy wraz z instalacją lub rozmieszczeniem

Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.



Przykład

Uniwersytet medyczny zamawia tomograf komputerowy, przy czym wykonawca jest zobowiązany do przystosowania pracowni i zainstalowania w niej powyższej aparatury medycznej. Niezależnie od wartości poszczególnych elementów zamówienia, przetarg powinien być prowadzony w oparciu o przepisy właściwe dla dostaw.

4.5. Roboty budowlane z dostawami

Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych.



Przykład

Uniwersytet przyrodniczy rozpiisał przetarg na budowę nowoczesnej stacji meteorologicznej. W ramach zamówienia wykonawca zrealizuje określone roboty budowlane na poletku meteorologicznym, jednocześnie dostarczając i montując specjalistyczne urządzenia pomiarowe. Do zamówienia znajdą zastosowanie przepisy dotyczące robót budowlanych, mimo że wartość urządzeń pomiarowych jest szacowana na ok. 70% wartości całego zamówienia.

4.6. Usługi oraz roboty budowlane niezbędne do ich wykonania

Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług.

Jednostka naukowa planuje udzielić zamówienia na wyremontowanie i zarządzanie obiektem wypożyczonym. Zakładając, że głównym celem zamawiającego jest zlecenie usług zarządzania obiektem, można uznać, że prace remontowe (roboty budowlane) mają jedynie akcesoryjny charakter wobec tych usług.



Przykład

5. Wybór trybu postępowania

Jedną z kluczowych decyzji w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór właściwego trybu postępowania. Zamawiający posiada w tym zakresie pewną swobodę i może dopasować wybrany tryb postępowania do swoich celów związanych m.in. z przedmiotem zamówienia, pilnością dokonania zakupu czy też przewidywanym poziomem zainteresowania wykonawców i konkurencją w postępowaniu.

Zamawiający w wyniku rozeznania rynku ustalił, że zainteresowanych złożeniem oferty w przygotowywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane jest co najmniej kilkanaście podmiotów. W tej sytuacji przeprowadzenie przetargu nieograniczonego wiązałoby się z koniecznością badania kilkunastu obszernych ofert, co mogłoby być czasochłonne i skomplikowane. W związku z tym zamawiający może się zdecydować na przetarg ograniczony (dwuetapowy) – wówczas do składania ofert zaproszonych zostanie jedynie kilku (np. pięciu) najlepszych (np. najbardziej doświadczonych) wykonawców. Dzięki temu proces badania ofert zostanie znacznie skrócony, a oferty złożą jedynie najlepsi wykonawcy na rynku.



Przykład



Przykład

W wyniku włamania do siedziby zamawiającego doszło do kradzieży wartościowego sprzętu badawczego, który miał być wykorzystany na konferencji naukowej odbywającej się w następnym tygodniu. Zamawiający nie jest w stanie przeprowadzić i rozstrzygnąć w tak krótkim czasie przetargu i dlatego w takich wyjątkowych i pilnych sytuacjach prawo zezwala zamawiającemu na dokonanie zakupu w trybie zamówienia z wolnej ręki – po negocjacjach z wybranym przez siebie wykonawcą²⁹.

Ustawa PZP przewiduje następujące tryby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) przetarg nieograniczony,
- 2) przetarg ograniczony,
- 3) negocjacje z ogłoszeniem,
- 4) dialog konkurencyjny,
- 5) negocjacje bez ogłoszenia,
- 6) zamówienie z wolnej ręki,
- 7) zapytanie o cenę,
- 8) licytacja elektroniczna,
- 9) konkurs.

Spśród powyższych trybów postępowania dwa pierwsze, tj. przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, są tzw. trybami podstawowymi³⁰. Oznacza to, że można z nich skorzystać zawsze – bez konieczności wykazywania dodatkowych przesłanek. Dopuszczalność wykorzystania pozostałych trybów jest uzależniona od okoliczności związanych z konkretnym zamówieniem i wymaga od zamawiającego wykazania przesłanek do ich zastosowania³¹.



Uwaga

Ustawa PZP przewiduje prymat procedur otwartych i nieograniczonych (przetarg nieograniczony i ograniczony). Z tego względu przesłanki do zastosowania pozostałych trybów powinny być w razie wątpliwości interpretowane zawężająco.

²⁹ Podstawa prawna: art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP.

³⁰ Art. 10 ust. 1 PZP.

³¹ Art. 10 ust. 2 PZP.

Tabela 1. Średni czas trwania postępowania w zależności od wybranego trybu (wartość przedmiotu zamówienia poniżej progu UE)³²

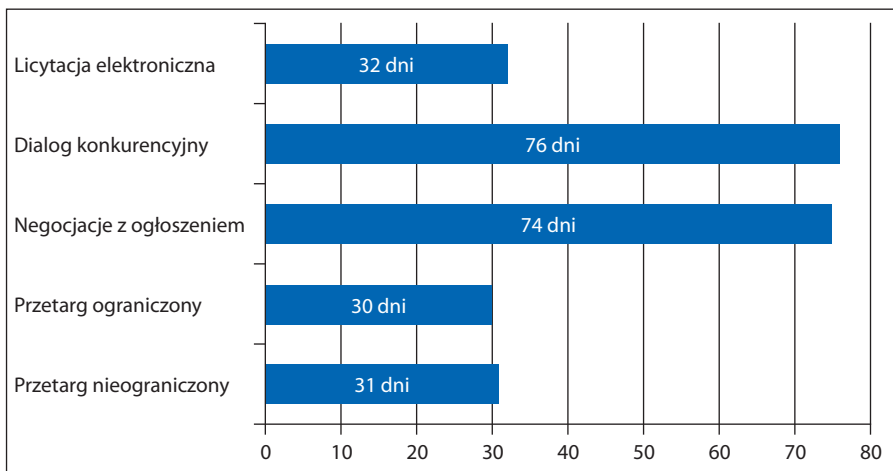
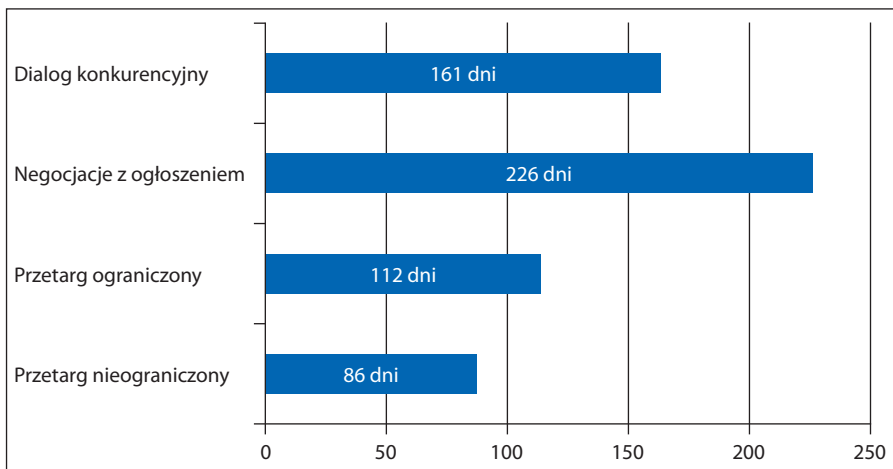


Tabela 2. Średni czas trwania postępowania w zależności od wybranego trybu (wartość przedmiotu zamówienia powyżej progu UE)³³



³² Opracowane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku*, Warszawa 2013, s. 29.

³³ *Ibidem*, s. 29.

Z powyższych zestawień wynika, że najbardziej skomplikowane i czasochłonne są wieloetapowe tryby, takie jak np. negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny. Z kolei najbardziej efektywne czasowo są tzw. tryby niekonkurencyjne (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia), trwające zwykle nie więcej niż kilkanaście dni (nie zostały uwzględnione w tabeli, gdyż nie prowadzi się w tym zakresie statystyk).

Decyzja o wyborze konkretnego trybu postępowania może zatem zależeć także od pilności realizacji danego przedsięwzięcia.

5.1. Przetarg nieograniczony

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Tryb ten (zwany też procedurą otwartą) zapewnia udział w postępowaniu najszerszemu kręgowi wykonawców.

5.1.1. Publikacja ogłoszenia i SIWZ

Charakterystycznym elementem przetargu nieograniczonego jest to, że zamawiający jednocześnie publikuje ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja jest umieszczana na stronie internetowej zamawiającego, choć wykonawcom przysługuje również prawo do zwrócenia się do zamawiającego o przekazanie SIWZ w formie pisemnej. Zamawiający może w tym przypadku uzależnić przekazanie SIWZ od uiszczenia opłaty, która nie może jednak przekraczać kosztów druku i przesłania specyfikacji.

5.1.2. Termin składania ofert

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ należy obowiązkowo wskazać termin składania ofert, który:

- 1) dla zamówień o wartości powyżej tzw. progów unijnych – nie może być krótszy niż 40 dni³⁴ od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) dla zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych – powinien uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a ponadto w przypadku dostaw i usług – nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – 14 dni.

Niezależnie od minimalnych wymogów ustawowych termin na składanie ofert w przypadku postępowania o wartości poniżej progów unijnych powinien być odpowiedni i dostosowany do danego zamówienia. W konkretnym przypadku może się zatem okazać, że 7-dniowy termin na złożenie oferty jest niewystarczający dla wykonawców, np. z uwagi na skomplikowany charakter zamówienia lub konieczność dostarczenia próbek.



5.1.3. Złożenie i badanie ofert

Wykonawcy składają oferty w miejscu wskazanym przez zamawiającego w SIWZ. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, przy czym dniem otwarcia ofert jest dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Podczas badania ofert ocenie zamawiającego podlega zarówno zgodność oferty z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Badanie i oceny ofert kończą się wyborem najkorzystniejszej oferty, a następnie zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

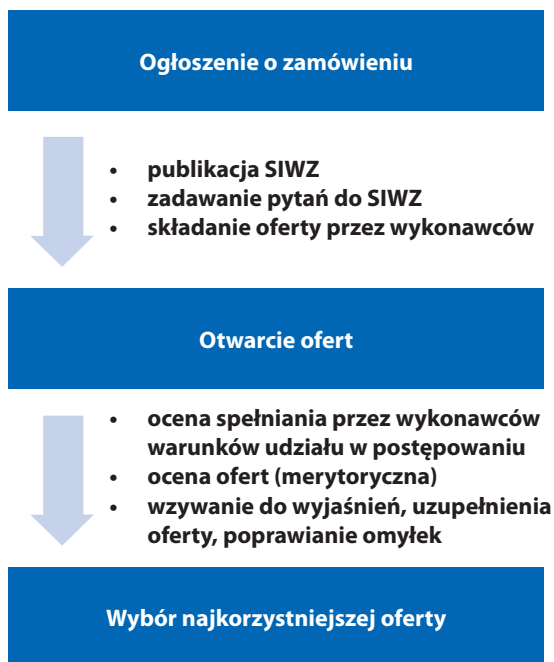
³⁴ Termin ten może w niektórych przypadkach wynosić 47 dni – por. przypis nr 22. Terminy składania ofert ulegają również skróceniu do 22 lub 29 dni w przypadku opublikowania przez zamawiającego wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach zgodnie z art. 13 PZP.

5.1.4. Zalety przetargu nieograniczonego

Zalety przetargu nieograniczonego są następujące:

- pozwala na dużą konkurencję i wybór spośród nawet kilkunastu ofert;
- jego przeprowadzenie zajmuje mniej czasu niż np. przetarg ograniczony lub negocjacje z ogłoszeniem;
- jest jednoetapowy – badanie dokumentów składanych przez wykonawcę jest skumulowane w jednej czynności;
- cechuje go ograniczona liczba czynności, które mogą być zaskarżone przez wykonawców.

5.1.5. Schemat – przetarg nieograniczony



5.2. Przetarg ograniczony

Drugim z podstawowych trybów postępowania jest przetarg ograniczony, zwany też potocznie dwustopniowym. Różni się on od przetargu nieograniczonego wyodrębnieniem dwóch formalnych etapów: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (tzw. prekwalfikacja) oraz oceny ofert.

5.2.1. Etap I – Prekwalfikacja

Podobnie jak w przetargu nieograniczonym zamawiający publikuje ogłoszenie o zamówieniu, w którym określa warunki udziału w postępowaniu i zaprasza wykonawców do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyznacza w tym celu termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin ten:

- 1) w przypadku zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych powinien uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, z tym że nie może on być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 2) w przypadku zamówień powyżej progów unijnych – nie może być krótszy niż 30 dni³⁵ od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, a jeśli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia – nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej³⁶.

Skracając termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający musi być w stanie wykazać istnienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Uprawnienie to ma charakter wyjątkowy i nie powinno być nadużywane.



³⁵ Termin ten wynosi jednak 37 dni, jeśli ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w sposób inny niż drogą elektroniczną w formie zgodnej z dyrektywą (tj. przez system SIMAP).

³⁶ Termin ten wynosi 15 dni, jeśli ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej faksem.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający powinien również określić liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Liczba ta powinna zapewniać konkurencję w postępowaniu i być nie mniejsza niż 5 oraz nie większa niż 20.

W celu wyłonienia wykonawców, którzy będą ubiegali się o udzielenie zamówienia, zamawiający powinien określić tzw. kryteria rankingowe umożliwiające dodatkową selekcję wykonawców, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny (por. art. 51 ust. 1a PZP). Może się bowiem okazać, że liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest większa niż przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Warto podkreślić, że zamawiający posiada znaczną swobodę w ustaleniu podstawy przyznawania punktów rankingowych i nie musi to być związane z warunkami udziału w postępowaniu (dopuszczalne jest nawet losowanie). Niemniej w praktyce najczęściej zamawiający badają w tym celu wiedzę i doświadczenie wykonawców. Ustala się wówczas, jakie jest minimalne doświadczenie wymagane, aby spełnić warunki udziału, oraz doświadczenie „dodatkowe”, które zwiększa szanse wykonawcy na zaproszenie do składania ofert, gdy liczba wykonawców zainteresowanych zamówieniem jest większa niż przewidziana w ogłoszeniu. Warto również zadbować o ustalenie dodatkowych kryteriów rankingowych, gdyby się okazało, że dwóch lub więcej wykonawców uzyskało taką samą liczbę punktów.



Przykład

Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymaga wykazania się doświadczeniem w realizacji dwóch projektów o wartości co najmniej 100 000 zł każdy. Zamierza zaprosić do składania ofert nie więcej niż 5 wykonawców. Za każdy projekt o wartości co najmniej 100 000 zł ponad wymagane minimum (2), zamawiający będzie przyznawał 1 pkt. W przypadku równej liczby punktów, o kolejności w rankingu będzie decydować łączna wartość projektów wykazana przez wykonawcę.

Wykonawców niezaproszonych do składania ofert z uwagi na zbyt małą liczbę punktów rankingowych uważa się za wykluczonych z postępowania.

Ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 p.z.p., jest osobnym etapem postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania³⁷.



Badanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kończy się przekazaniem wykonawcom informacji o ocenie wniosków, w której zostaje wskazane, którzy wykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu oraz ewentualnie jaka liczba punktów została im przyznana, a także kto został wykluczony z udziału w postępowaniu.

5.2.2. Etap II – Składanie ofert

Drugi etap przetargu ograniczonego rozpoczyna się od zaproszenia do składania ofert wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Wraz z zaproszeniem wykonawcom należy przekazać specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Możliwe jest jednoczesne przekazanie informacji o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zaproszenie do składania ofert. Należy jednak pamiętać o prawie wykonawców do zaskarżenia wyników prekwalfikacji do KIO, w związku z czym w przypadku znacznego ryzyka takiego odwołania, rekomendowane jest rozdzielenie tych czynności i zaproszenie do składania ofert dopiero po uzyskaniu potwierdzenia przez KIO, że ocena wniosków była prawidłowa.



Dalsze postępowanie jest analogiczne jak w przetargu nieograniczonym, z tą jednak różnicą, że na etapie badania ofert nie weryfikuje się

³⁷ Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r., sygn. KIO 1563/12.

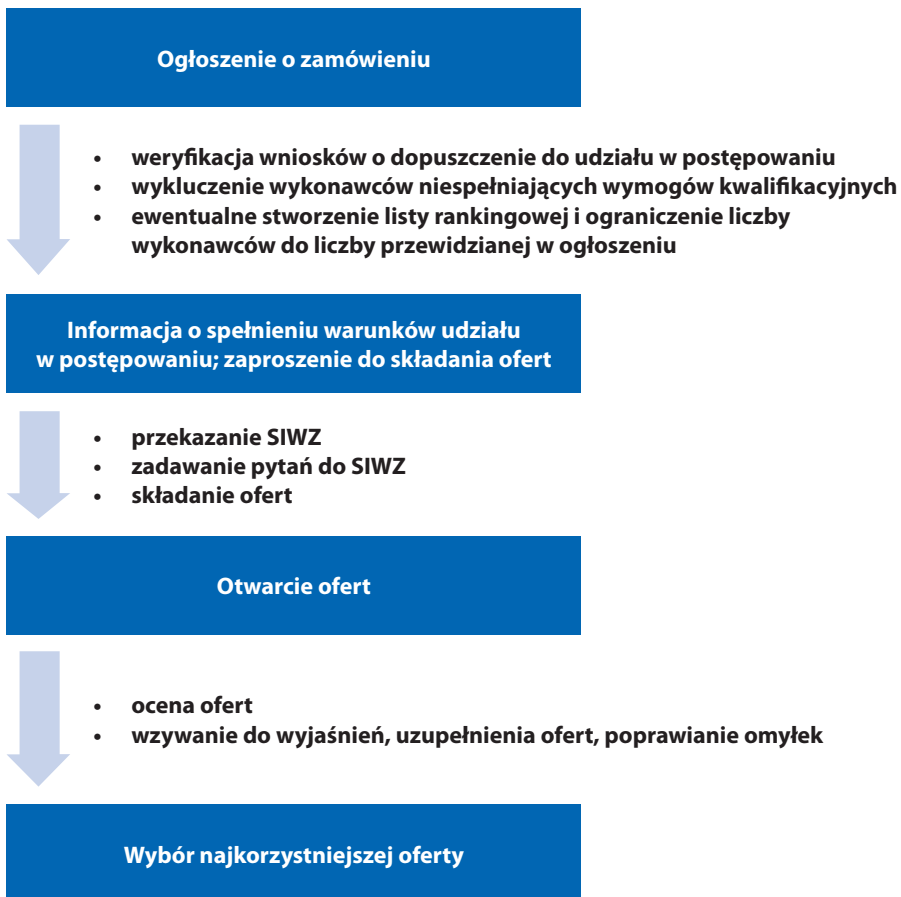
tw. zdolności podmiotowej wykonawców (do oferty nie są załączane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy też brak podstaw wykluczenia).

5.2.3. Zalety przetargu ograniczonego

Zalety przetargu ograniczonego są następujące:

- minimalizacja ryzyka wyboru w przetargu wykonawcy o małym doświadczeniu (możliwość wyeliminowania niedoświadczonych wykonawców na I etapie przetargu);
- mniejsza liczba ofert (do II etapu kwalifikuje się 5 najlepszych wykonawców) – krótszy czas analizy ofert;
- możliwość dostosowania zapisów SIWZ i kryteriów oceny ofert do realnych możliwości wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert;
- zmniejszenie prawdopodobieństwa złożenia odwołań na etapie publikacji ogłoszenia;
- więcej czasu na przygotowanie SIWZ (realna oszczędność czasu – w przetargu nieograniczonym SIWZ musi być gotowa już na etapie ogłoszenia);
- większa przejrzystość procedury – brak kumulacji zarzutów odwoławczych na etapie wyboru oferty w związku z wcześniejszym zakończeniem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5.2.4. Schemat – przetarg ograniczony



5.3. Negocjacje z ogłoszeniem

Negocjacje z ogłoszeniem jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym 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.

5.3.1. Przesłanki stosowania

Uregulowane w art. 54–60 PZP negocjacje z ogłoszeniem są najbardziej rozbudowanym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, łączącym w sobie elementy procedury negocjacyjnej i ograniczonej. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 54 PZP negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, 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.

Dopuszczalność przeprowadzenia negocjacji z ogłoszeniem co do zasady zależy od spełnienia szczególnych przesłanek opisanych w art. 55 ust. 1 PZP. Mianowicie ustawodawca uzależnił możliwość stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem od zaistnienia co najmniej jednej z następujących przesłanek:

- w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a jednocześnie pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;



Przykład

Z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na skutek oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wobec niezłożenia przez wykonawców wszystkich wymaganych dokumentów, wykluczeni zostali wszyscy wykonawcy. W konsekwencji wszystkie oferty musiały zostać odrzucone. W tej sytuacji, o ile pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione, można zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem.

- w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;



Przykład

Uczelnia publiczna (Politechnika X) pracuje nad skonstruowaniem superszybkiego komputera. Dla realizacji tego celu zamierza wykorzystać elementy wykonane z grafenu, przy czym przyjęte rozwiązanie

jest pionierskie. Wprawdzie na rynku funkcjonuje kilku przedsiębiorców, którzy produkują przedmioty z grafenu, to jednak nigdy wcześniej nie konstruowano tego typu „urządzeń”. W konsekwencji, zamawiający obiektywnie nie może dokonać ich wyceny.

- nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;

Centrum Kultury i Rekreacji miasta X zamierza udzielić zamówienia na wybudowanie interaktywnego obiektu budowlanego, który będzie służyć celom edukacyjnym i promocji miasta. Jednocześnie zamówienie ma obejmować pełną obsługę techniczną obiektu przez 3,5 roku, przy czym wartościowy udział usług w zamówieniu jest znacznie większy od wartości robót budowlanych. Z uwagi na fakt, że jeszcze nie istnieje nawet projekt obiektu budowlanego, zamawiający nie jest w stanie określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.



W kontekście powyższej przesłanki warto przypomnieć, że mimo iż odnosi się ona wyłącznie do usług, jednak możliwe jest zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem na jej podstawie – jak zasygnalizowano w przykładzie – także w odniesieniu do zamówienia, które obejmuje również roboty budowlane lub usługi. Wynika to z treści analizowanego już art. 6 PZP (zob. rozdz. 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;

Uczelnia publiczna w ramach projektu badawczego w zakresie możliwości wydobywania węgłowodorów spod powierzchni ziemi zamierza wybudować szyb oraz pompy na podstawie własnego nowatorskiego projektu.



- wartość zamówienia jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

W negocjacjach z ogłoszeniem można wyodrębnić cztery następujące po sobie fazy postępowania:

- 1) faza kwalifikacyjna;
- 2) faza oceny ofert wstępnych;
- 3) faza negocjacji warunków zamówienia;
- 4) faza wyboru najkorzystniejszej oferty.

5.3.2. Kwalifikacja podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia

Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w swojej siedzibie (w miejscu publicznie dostępnym), na swojej stronie internetowej oraz przekazuje je do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Szczegółowe warunki, jakim musi odpowiadać ogłoszenie o zamówieniu, wyznaczają art. 40 ust. 6 oraz art. 48 ust. 2 PZP (są to odpowiednio stosowane przepisy o przetargu ograniczonym oraz nieograniczonym).

Na etapie przygotowania ogłoszenia o zamówieniu zamawiający powinien dochować szczególnej staranności przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów ich oceny (ze szczególnym uwzględnieniem ich wag). Taki wymóg jest uzasadniony brakiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na tym etapie postępowania, a także niemożnością składania przez wykonawców zapytań do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia treści ogłoszenia³⁸. Ogłoszenie o zamówieniu powinno wskazywać na liczbę wykonawców, jaką zamawiający zamierza zaprosić do negocjacji. Ustawa wymaga, aby liczba ta zapewniała konkurencję i była nie niższa niż pięciu wykonawców. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podaje również termin (datę i godzinę) oraz miejsce (adres i nr pokoju) składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Minimalna długość terminów do złożenia powyższych wniosków wynosi:

³⁸ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 285.

- 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej (przez system SIMAP);
- 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu drogą elektroniczną lub faksem;
- 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu w inny sposób.

Następnie zamawiający ocenia wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ewentualnie wyklucza wykonawców, którzy nie spełniają warunków do udziału w postępowaniu. Jeśli na tym etapie liczba wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu jest niższa lub równa przewidzianej w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wszystkich dopuszczonych wykonawców. Jeśli natomiast liczba ta przekracza limit wyznaczony w ogłoszeniu, zamawiający sporządza ranking wykonawców na podstawie stopnia spełniania przez nich warunków do udziału w postępowaniu. Wykonawcy z najniższymi ocenami (nie mieszczący się w maksymalnej liczbie określonej w ogłoszeniu) nie zostają zaproszeni do negocjacji i traktuje się ich jak wykluczonych z postępowania.

O wynikach przeprowadzonej oceny zamawiający informuje wszystkich wykonawców, podając informacje o dopuszczeniu albo wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także ilość punktów przyznanych podczas oceny wniosków.

5.3.3. Oferty wstępne

Wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu zostają przez zamawiającego zaproszeni do składania ofert wstępnych; jednocześnie zostaje im przekazana specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca wskazuje, że SIWZ nie powinna określać terminu związania ofertą oraz miejsca i terminu składania ofert (art. 57 ust. 5 PZP). Na tym etapie mamy bowiem do czynienia z ofertą wstępną, która zgodnie z art. 54 PZP nie może zawierać ceny. Zamawiający wyznacza wykonawcom termin na złożenie ofert wstępnych,

niezbędny do ich przygotowania, lecz nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia.

Następnie zamawiający dokonuje weryfikacji ofert i odrzuca te, które:

- są niezgodne z ustawą;
- nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- wiążą się z czynem nieuczciwej konkurencji;
- zostały złożone przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert;
- są nieważne na podstawie odrębnych przepisów (w szczególności chodzi o szeroko rozumiane wady oświadczeń woli i nieważność przewidzianą w kodeksie cywilnym).

Zważywszy na specyfikę negocjacji z ogłoszeniem (które zakładają możliwą modyfikację przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy po etapie negocjacyjnym), zamawiający powinien szczególnie starannie ukształtować SIWZ, aby nie doprowadzać do paradoksalnej sytuacji, w której odrzuci ofertę wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z „pierwotną” SIWZ, podczas gdy oferta okazałaby się prawidłowa po wprowadzeniu modyfikacji do SIWZ. Pomimo że SIWZ może ulec zmianom, już na tym etapie postępowania zamawiający zobowiązany jest udzielać wyjaśnień w odpowiedzi na pytania wykonawców (art. 38 PZP).

5.3.4. Negocjacje

Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone, zostają zaproszeni przez zamawiającego do wzięcia udziału w negocjacjach. Ustawa nie formalizuje tego etapu postępowania i określenie jego przebiegu i harmonogramu należy do wyłącznego uznania zamawiającego.

Podstawowym celem negocjacji jest uzupełnienie i doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy. Z uwagi na wymianę informacji technicznych i handlowych negocjacje mają charakter poufny, choć sam fakt ich przeprowadzenia znajduje odzwierciedlenie w postaci wzmianki w protokole postępowania. Żadna ze

stron nie może pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej ujawniać bez zgody drugiej strony uzyskanych od niej informacji. Największą korzyścią dla zamawiającego jest możliwość uzyskania od wykonawców wielu przydatnych informacji, pozwalających mu dokładniej określić swoje potrzeby związane z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem negocjacji będzie zatem to, co składa się na główne świadczenie wykonawcy, czyli przede wszystkim charakterystyka techniczna i szczegółowe warunki wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający może w oparciu o informacje uzyskane od wykonawców doprecyzować postanowienia umowy, tj. warunki płatności, gwarancji, rękojmi, termin wykonania umowy itp.

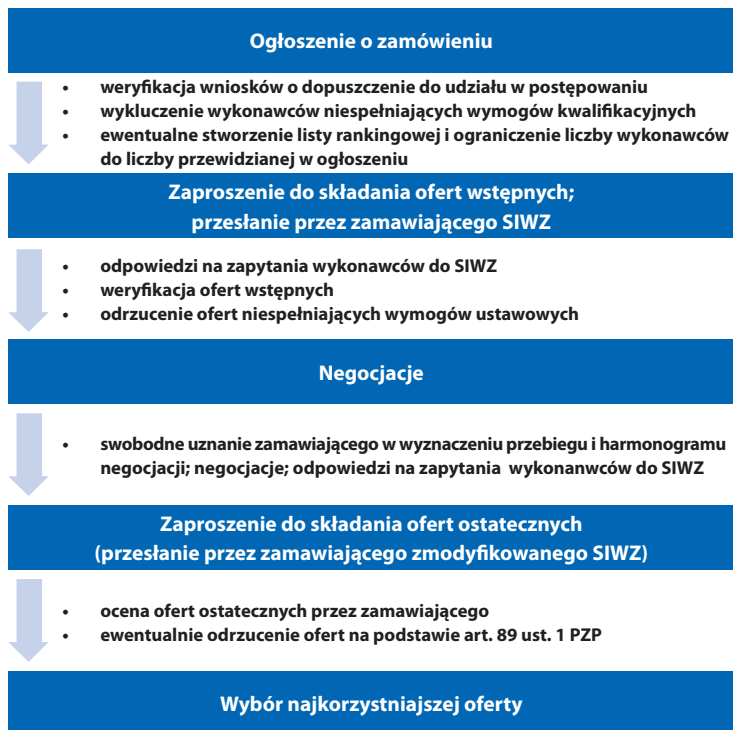
Po zakończeniu negocjacji zamawiający może zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia, lecz wyłącznie w takim zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Należy podkreślić, że wprowadzone zmiany nie mogą istotnie wpływać na cechy przedmiotu zamówienia lub pierwotne warunki zamówienia. Ponadto, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 38 ust. 4b PZP, zmiany w SIWZ nie mogą powodować zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu. Wskazuje się, że zmiana przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do diametralnej zmiany warunków do wzięcia udziału w postępowaniu (ochrona uczciwej konkurencji i interesów wykonawców wykluczonych na etapie kwalifikacji). W szczególności niedopuszczalna jest przykładowo zmiana wysokości wymaganego wadium czy też kryteriów oceny ofert. Należy pamiętać, że modyfikacja SIWZ jest dopuszczalna przed upływem terminu składania ofert. Zmieniając SIWZ, zamawiający informuje o tym wykonawców, umieszcza ogłoszenie na swojej stronie internetowej, a także przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach.

5.3.5. Wybór oferty najkorzystniejszej

Po zakończeniu negocjacji i ewentualnym zmodyfikowaniu SIWZ zamawiający zaprasza wszystkich wykonawców do składania ofert ostatecznych. Zaproszenie do składania ofert – zgodnie z art. 60 ust. 2 PZP – powinno określać: miejsce i termin składania oraz otwarcia

ofert, sposób wniesienia i wysokość wadium oraz termin związania ofertą. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła wykonawcom SIWZ, jeśli wprowadzono do niej zmiany. Zamawiający wyznacza wykonawcom termin niezbędny do przygotowania ofert ostatecznych, jednak nie krótszy niż 10 dni.

Poniżej przedstawiono przebieg negocjacji z ogłoszeniem w formie syntetycznego zarysu.



5.4. Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny wprowadzono do systemu polskiego prawa zamówień publicznych nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2006 r. Miała ona na celu dostosowanie polskiego prawa do prawa unijnego, tj. dyrek-

tywy klasycznej, która tryb dialogu konkurencyjnego przewiduje do udzielania zamówień klasycznych.

Dialog konkurencyjny jest wieloetapowym trybem udzielania zamówień przeznaczonym do udzielania zamówień o znacznym stopniu skomplikowania. Sprowadza się on do prowadzenia przez zamawiającego z wybranymi wykonawcami dialogu nad rozwiązaniami mogącymi zaspokajać potrzeby zakupowe zamawiającego; kolejnym etapem jest proces oceny składanych przez nich ofert.

5.4.1. Przesłanki skorzystania z dialogu konkurencyjnego

Zamawiający może skorzystać z trybu dialogu konkurencyjnego, jeżeli łącznie spełnione zostaną następujące przesłanki:

- 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 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dialog konkurencyjny przeznaczony jest do udzielania zamówień, których zamawiający, na etapie ogłoszenia o zamówieniu, nie jest w stanie opisać zgodnie z wymogami ustawowymi, tj.:

- 1) z zachowaniem norm technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy;
- 2) za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych – w przypadku robót budowlanych.

Dialog może również mieć zastosowanie wówczas, gdy zamawiający ma jedynie problem z obiektywnym określeniem uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia.

Drugą obligatoryjną przesłanką skorzystania z trybu dialogu konkurencyjnego jest zastosowanie chociaż jednego dodatkowego, obok ceny, kryterium wyboru wykonawcy. Kryteriami tymi mogą być w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

5.4.2. Etapy prowadzenia dialogu konkurencyjnego

Podstawowe etapy dialogu konkurencyjnego są następujące:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu,
- 2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 3) ocena wykonawców,
- 4) zaproszenie wybranych wykonawców do udziału w dialogu,
- 5) prowadzenie dialogu,
- 6) przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej przekazanie wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert,
- 7) składanie ofert,
- 8) ocena ofert wykonawców,
- 9) wybór najkorzystniejszej oferty.

5.4.3. Ogłoszenie o zamówieniu

Pierwszą czynnością zamawiającego, który decyduje się na prowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, jest ogłoszenie o postępowaniu (art. 40 PZP ma w tym zakresie odpowiednie zastosowanie). Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający umieszcza we właściwym ze względu na wartość zamówienia publikatorze, tj. Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, albo w Dzienniku Urzędowym UE – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający umieszcza dodatkowo na swojej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym.

Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać elementy ogłoszenia o przetargu ograniczonym (art. 48 PZP stosuje się do dialogu konkurencyjnego odpowiednio). Dodatkowo, ogłoszenie to powinno wskazywać:

- 1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
- 2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody.

Na etapie ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy uzyskują informacje o potrzebach i wymaganiach zamawiającego, dzięki czemu od tego momentu mogą rozpocząć przygotowania do ewentualnego dialogu, do którego mogą zostać dopuszczeni.

Zamawiający nie ma obowiązku ustalenia nagrody za rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jednak jej wprowadzenie może stanowić dla wykonawców dodatkową zachętę do udziału w dialogu konkurencyjnym i przedstawiania w nim rozwiązań korzystnych z punktu widzenia zamawiającego.

Ponadto warto zwrócić uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie musi wskazywać znaczenia wybranych przez niego kryteriów oceny ofert, jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie jest to na tym etapie możliwe. W takiej sytuacji zamawiający podaje jedynie kryteria oceny, jakie będzie stosował (cena nie może być w tym postępowaniu jedynym kryterium) w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 60 c ust. 1a PZP).

5.4.4. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Po ogłoszeniu o zamówieniu następuje etap składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Terminy na składanie wniosków zamawiający wyznacza w taki sam sposób, jak przy przetargu ograniczonym (odpowiednie zastosowanie art. 49 ust. 1 i 2 PZP), tj.:

- 1) jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. progów unijnych, termin do składania wniosków wyznacza się z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 2) jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, termin składania wniosków nie może być krótszy niż:
 - 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną,
 - 37 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w inny sposób niż drogą elektroniczną.

Terminy wskazane powyżej nie mogą być skracane z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, co jest możliwe w przypadku trybu przetargu ograniczonego. Dialog konkurencyjny nie powinien być wobec tego stosowany w przypadkach pilnych. Przemawia za tym też okoliczność, że jest on jednym z najdłużej trwających trybów prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Oprócz wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawca powinien dołączyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a także dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków, jeżeli zamawiający ich zażądał. Na tej podstawie zamawiający dokonuje prekwalfikacji podmiotowej, czyli ogranicza krąg wykonawców, którzy mogą brać udział w dalszych etapach postępowania.

5.4.5. Ocena wniosków

Po upływie terminu do składania wniosków o udział w postępowaniu zamawiający ocenia, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz przyznaje im na podstawie tej oceny odpowiednią punktację.

O wynikach oceny oraz przyznanych ocenach zamawiający niezwłocznie informuje tych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

5.4.6. Zaproszenie do dialogu konkurencyjnego

Po dokonanej ocenie wykonawców zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego tych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie wskazanej przez niego uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu. Liczba ta powinna zapewniać konkurencję i nie powinna być niższa niż 3 wykonawców, gdy wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. progów unijnych, i niższa niż 5 wykonawców, gdy wartość zamówienia jest równa lub wyższa od tych progów.

Nie można wykluczyć sytuacji, w których liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa od liczby, jaką w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał zamawiający, jak i mniejsza od tej liczby. Prawo zamówień publicznych wskazuje, jak w takiej sytuacji zamawiający powinien postąpić.

Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny (art. 60 d ust. 3 PZP). Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. W zasadzie zamawiający powinien zatem dopuścić do udziału wykonawców, którzy w dokonanej przez niego prekwalifikacji uzyskali najlepsze oceny spełniania warunków określonych przez zamawiającego. Pozostałych wykonawców należy potraktować jako wykluczonych, mimo że również spełniają dane warunki, ale zostali ocenieni niżej niż inni.

Jeżeli natomiast liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wszystkich wykonawców spełniających te warunki. Należy pamiętać, że nawet jeżeli warunki udziału w postępowaniu będzie spełniał tylko jeden wykonawca, zamawiający ma obowiązek prowadzić dalej postępowanie (przypadek taki nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego).

Przepisy PZP wskazują minimalną treść zaproszenia do dialogu konkurencyjnego. Mianowicie zaproszenie to powinno zawierać co najmniej:

- 1) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
- 3) informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu.

Prowadzenie dialogu polega co do zasady na odbywaniu z wykonawcami spotkań, podczas których prezentują oni swoje rozwiązania oraz omawiane są potrzeby zamawiającego. Dialog może dotyczyć wszystkich aspektów zamówienia. Ponadto należy pamiętać, że spotkania odbywają się z każdym z wykonawców osobno. Ustawa nie wprowadza żadnych ograniczeń czy wymogów co do minimalnej liczby spotkań z każdym z wykonawców czy terminów i czasu ich trwania. Decyzja w tym zakresie zależy wyłącznie od zamawiającego i jego potrzeb, a także od rozwiązań proponowanych przez poszczególnych wykonawców przy zachowaniu zasady ich równego traktowania.

5.4.7. Zakończenie dialogu konkurencyjnego

Dialog konkurencyjny zamawiający prowadzi do czasu, w którym osiągnie jego cel, tj. do momentu, w którym będzie w stanie określić rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Ustalenie to może nastąpić, jeżeli jest to konieczne, w drodze porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców w czasie dialogu. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie poinformuje uczestniczących w nim wykonawców (art. 60 e ust. 1 PZP).

Po zakończeniu dialogu i na podstawie jego wyników zamawiający przygotowuje specyfikację istotnych warunków zamówienia i przekazuje ją wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia ofert. Specyfikacja jak i zaproszenia powinny być przekazane wszystkim wyko-

nawcom, którzy zostali zaproszeni do udziału w dialogu. Przed zaproszeniem do składania ofert zamawiający może dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu (art. 60 e ust. 2 PZP).

W specyfikacji nie zamieszcza się opisu warunków udziału w postępowaniu jak również wykazu oświadczeń i dokumentów żądanych od wykonawców w celu prekwalfikacji podmiotowej, gdyż ta miała już miejsce w początkowej fazie postępowania i ponowne jej dokonywanie byłoby bezprzedmiotowe.

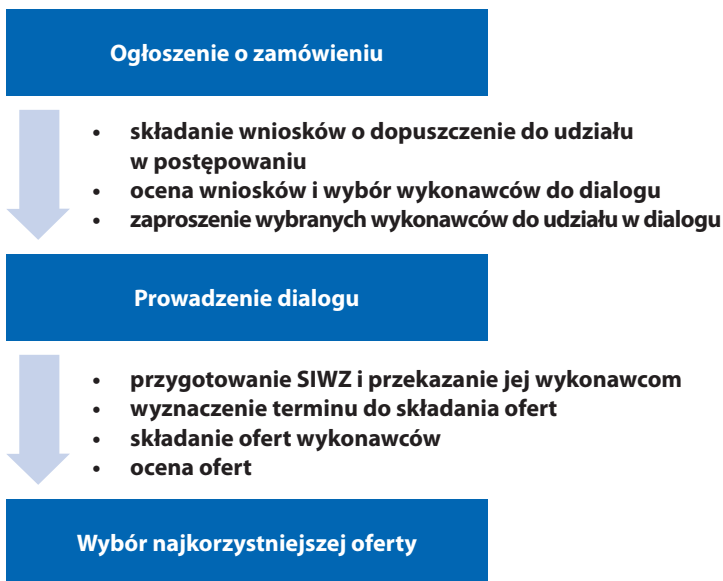
Wyznaczając termin składania ofert, zamawiający powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Termin ten nie może być jednak krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

5.4.8. Zasady dialogu konkurencyjnego

W czasie dialogu konkurencyjnego zamawiający ma obowiązek przestrzegania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, czyli zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Wyrazem realizacji tej zasady jest między innymi nałożenie na zamawiającego obowiązku przekazywania wykonawcom, na równych zasadach, wszelkich wymagań, wyjaśnień i informacji.

Prawo zamówień publicznych gwarantuje uczestnikom dialogu zachowanie w poufności jego przebiegu. Żadna ze stron dialogu bez zgody drugiej strony nie może ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.

5.4.9. Schemat – dialog konkurencyjny



5.5. Negocjacje bez ogłoszenia

Negocjacje bez ogłoszenia są trybem postępowania, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy z wybranymi wykonawcami, a następnie z jednym z nich zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego. Są one wyjątkowym trybem postępowania i można je stosować wyłącznie, gdy zostaną spełnione przesłanki ściśle określone w ustawie.

5.5.1. Kiedy stosować?

Negocjacje bez ogłoszenia należy stosować:

- 1) jeśli 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 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) jeśli został przeprowadzony konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
 - 3) jeśli 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.

Przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia należy w razie wątpliwości interpretować zawężająco; ponadto powinny być one zawsze wykazane przez zamawiającego.



Jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, wówczas zamawiający ma obowiązek zawiadomić o wszczęciu postępowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 3 dni od jego wszczęcia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

5.5.2. Przebieg postępowania

Warto pamiętać, że do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie jest wymagane opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wszczyna postępowanie, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji. W zaproszeniu należy zamieścić co najmniej następujące informacje:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;

- 3) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 4) termin wykonania zamówienia;
- 5) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 6) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania;
- 7) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 8) miejsce i termin negocjacji z zamawiającym.



Nie ma naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez zaproszenie do negocjacji w różnych terminach, jeżeli Odwołujący nie wykazał, że zaproszenie go do udziału w negocjacjach naruszyło jego interes faktyczny i prawny, utrudniając mu przystąpienie do negocjacji, oraz Odwołujący miał wystarczającą ilość czasu do przygotowania się do negocjacji³⁹.

Zamawiający ma obowiązek zaprosić do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, przy czym co do zasady nie mniejszej niż 5, a jedynie wyjątkowo, z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia – nie mniejszej niż 2. Jeżeli zamawiający unieważnił przetarg, powołując się na brak ważnych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do negocjacji musi zaprosić co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli wcześniej oferty lub wnioski w przetargu.

Prowadzone negocjacje, podobnie jak w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem, mają charakter poufny, wszelkie zaś wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

Po zakończeniu negocjacji dalsze postępowanie przypomina uproszczony przetarg nieograniczony – zamawiający zaprasza wykonawców, którzy uczestniczyli w negocjacjach, do składania ofert, wyznaczając termin ich składania uwzględniający czas potrzebny na przygotowanie i złożenie oferty (zamawiający nie jest w tym zakresie związany

³⁹ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 marca 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-230/07.

minimalnym terminem ustawowym). Podobnie jak w przetargu, zamawiający może żądać, aby złożone oferty były zabezpieczone wadium. Wraz z zaproszeniem do negocjacji wykonawcom przekazuje się również specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W negocjacjach z ogłoszeniem zamawiający, tak jak w trybach przetargowych, dokonuje badania i oceny ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ. Oferty podlegają również ocenie w świetle przesłanek do ich ewentualnego odrzucenia (art. 89 ust. 1 PZP).



Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej i podpisaniem umowy.

5.6. Zapytanie o cenę

Zgodnie z ustawową definicją zawartą w treści art. 69 PZP, przez zapytanie o cenę należy rozumieć tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.

5.6.1. Przesłanki stosowania

Zapytanie o cenę jest trybem mało skomplikowanym, co uzasadnia okoliczność, że przewidziany został jako sposób udzielania zamówień, których przedmiotem są produkty o zestandaryzowanych parametrach.

Tryb ten może być zastosowany, jeżeli **łącznie** spełnione zostały dwa warunki:

- wartość zamówienia jest mniejsza niż tzw. progi unijne;
- przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

Przesłanki stosowania trybu zapytania o cenę – jako wyjątkowego – należy interpretować ściśle. Zamawiający powinien jednak pamiętać,

że to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do zastosowania procedury innej niż podstawowa⁴⁰.

Przez ustalony standard jakościowy należy rozumieć „przeciętny, a jednocześnie wzorcowy i niezmienny model jakości pewnej rzeczy”⁴¹. Jako kryterium istotne dla oceny spełniania przesłanki, wskazuje się test możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez większość podmiotów działających w danej branży⁴². Oznacza to, że przedmiot zamówienia jest na tyle typowy, nieskomplikowany i powszechnie realizowany, że w praktyce dowolny przedsiębiorca działający w tej branży będzie w stanie wykonać zamówienie. Ponadto chodzi także o to, by specyfika przedmiotu zamówienia nie wymagała indywidualnego podejścia wykonawcy do jego realizacji.



[...] „ustalone standardy jakościowe” to znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane dla danego asortymentu (grupy towarowej), dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania. Tryb art. 70 p.z.p. nie może być zatem stosowany do zamawiania dostaw lub usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania⁴³.

5.6.2. Wszczęcie postępowania

Tryb zapytania o cenę jest postępowaniem, które nie rozpoczyna się przez publiczne ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia. Zamawiający – zgodnie z art. 71 ust. 1 PZP – wszczyną postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.

⁴⁰ Uchwała KIO z dnia 3 grudnia 2010 r., sygn. KIO/KD 97/10.

⁴¹ Orzeczenie GKO z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. BDF1/4900/20/25/RN-8/13/RWPD-171.

⁴² Orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. BDF1/4900/6/5/RN-2/12/77.

⁴³ Uchwała KIO z dnia 5 października 2011 r., sygn. KIO/KD 75/11.

Zamawiający zobowiązany jest załączyć do zaproszenia specyfikację istotnych warunków zamówienia. Rozwiązanie to jest konieczne, biorąc pod uwagę okoliczność, że zamawiający nie publikuje ogłoszenia o zamówieniu. Dla wykonawców SIWZ jest zatem jedynym źródłem wiedzy na temat warunków udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający w SIWZ wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.

5.6.3. Składanie ofert i wybór wykonawcy

Zaproszeni wykonawcy składają oferty w wyznaczonym terminie, a wraz z nimi oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ oraz żądane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Ustawodawca wykluczył też możliwość negocjacji ceny. Należy pamiętać, że w postępowaniu w trybie zapytania o cenę to właśnie cena jest jedynym kryterium wyboru, dlatego zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę najniższą.

Aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę musi otrzymać co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Jeśli otrzyma tylko jedną ważną ofertę, wówczas jest on zobowiązany do unieważnienia prowadzonego postępowania (por. art. 93 ust. 1 pkt 2 PZP).

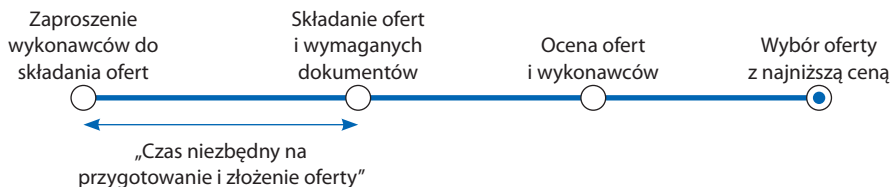


5.6.4. Praktyka stosowania trybu zapytania o cenę

Tryb zapytania o cenę przystosowany jest do zamówień o niewielkiej wartości, których przedmiot jest nieskomplikowany. Mogłoby się wydawać, że zapytanie o cenę może być stosunkowo często stosowane,

jednak statystyczny udział tego trybu w ogólnej liczbie postępowań jest niewielki i systematycznie spada⁴⁴.

5.6.5. Schemat postępowania w trybie zapytania o cenę



5.7. Licytacja elektroniczna

Licytacja elektroniczna jest to tryb, 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.

Należy pamiętać, że tryb licytacji elektronicznej można stosować wyłącznie dla zamówień o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne.

5.7.1. Przebieg postępowania

Postępowanie w trybie licytacji elektronicznej rozpoczyna się wraz z ogłoszeniem o zamówieniu, które zamawiający publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja.

Należy pamiętać, że aby skorzystać z trybu licytacji elektronicznej, zamawiający musi posiadać własną stronę internetową – w praktyce większość zamawiających posiada własną stronę w Biuletynie Infor-



⁴⁴ Jak wynika ze sprawozdań UZP, skala zastosowania trybu zapytania o cenę jest następująca: 2007 r. – 5,87%; 2008 r. – 5,83%; 2009 r. – 4,27%; 2010 r. – 3,55%; 2011 r. – 2,91%; 2012 r. – 2,34%.

macji Publicznej. Nie jest możliwe skorzystanie ze strony internetowej innego podmiotu niż zamawiający w celu opublikowania ogłoszenia.

Z punktu widzenia zamawiającego warto zadbać, aby wszystkie ogłoszenia zostały podane do publicznej wiadomości w tym samym dniu, co pozwoli uniknąć ewentualnych zarzutów ograniczania dostępu do zamówienia.

Szczególnie istotnym elementem ogłoszenia w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej jest określenie przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że jedynym kryterium oceny ofert w takim postępowaniu jest cena, rzeczywista konkurencja pomiędzy wykonawcami możliwa będzie jedynie wówczas, gdy przedmiot zamówienia zostanie opisany wystarczająco szczegółowo i precyzyjnie, by zapewnić porównywalność ofert w odniesieniu do cech innych niż cena.

Uczelnia publiczna zamierza nabyć znaczną partię kubków ceramicznych jako materiałów promocyjnych. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby potencjalni wykonawcy zaoferowali kubki o bardzo zbliżonych parametrach technicznych.



W ogłoszeniu zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej. Termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od publikacji ogłoszenia. Po jego upływie zamawiający dokonuje oceny reflektantów, czy spełniają oni warunki udziału w postępowaniu. Jeśli wykonawca spełnia wszystkie warunki, zamawiający zaprasza go do udziału w licytacji, określając w zaproszeniu termin związania ofertą wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę.

Nie wcześniej niż po upływie 5 dni zamawiający otwiera licytację. Od tego momentu, aż do jej zakończenia, wnioski, oświadczenia i inne informacje z nią związane przekazywane są drogą elektroniczną. Należy podkreślić, że **wymóg elektronicznej formy dotyczy wyłącznie tych czynności, które są bezpośrednio związane z licytacją.**



Może się zdarzyć, że wykonawca w stosownym terminie w czasie trwania licytacji złoży odwołanie wobec czynności zamawiającego. Należy stwierdzić, że w takiej sytuacji wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia go drogą elektroniczną.

5.7.2. Składanie ofert

Oferty składa się w formie elektronicznej; są one automatycznie klasyfikowane na podstawie zaoferowanej ceny. Cechą szczególną licytacji elektronicznej jest możliwość wielokrotnego składania ofert. Wynika to z samego charakteru licytacji, a zatem formy zawarcia umowy, w której toku uczestnicy w drodze kolejnych postępień składają coraz korzystniejsze propozycje cenowe. Oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.

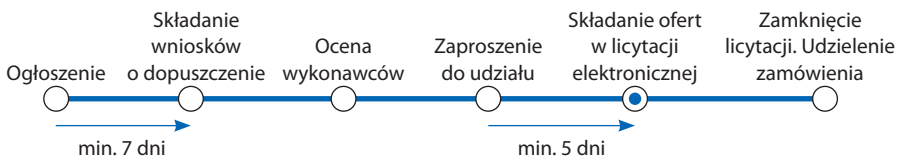
Warto pamiętać, że istotnym instrumentem zamawiającego w kształtowaniu licytacji jest określenie minimalnej wartości postępień. Wartość tę określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

W przeciwieństwie do aukcji elektronicznej, licytacja elektroniczna może być wieloetapowa. Zamawiający ma pełną swobodę w określeniu, po ilu etapach licytacja zostanie zakończona. Należy podkreślić, że wieloetapowość licytacji zwiększa rywalizację pomiędzy wykonawcami, dzięki czemu może się zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania korzystniejszej ceny. Zamawiający może, jeżeli zastrzegł to w ogłoszeniu, po zakończeniu każdego etapu licytacji elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu licytacji elektronicznej tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postępień (art. 79 ust. 2 PZP). W konsekwencji, aby uzyskać zamówienie, wykonawca musi być aktywny na każdym etapie postępowania.

Jeśli licytacja składa się z wielu etapów, należy na bieżąco przekazywać wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów licytacji, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do

momentu zamknięcia licytacji elektronicznej nie można ujawnić danych identyfikujących wykonawców.

5.7.3. Tabela – Schemat postępowania w trybie licytacji elektronicznej



Pomimo że – jak mogłoby się wydawać – licytacja elektroniczna jest trybem, który dzięki wykorzystaniu środków elektronicznych umożliwia zamawiającemu szybkie postępowanie, w praktyce jej zastosowanie jest znikome⁴⁵.

5.8. Konkurs

Specyficzną a zarazem szczególnie przydatną z punktu widzenia potrzeb instytucji naukowych procedurą udzielania zamówień publicznych jest konkurs. Ustawodawca przesądził, że nie jest to tryb udzielenia zamówienia publicznego, lecz – zgodnie z definicją ustawową – przyrzeczenie publiczne, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

Należy zatem podkreślić, że konkurs nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz najlepszej bądź najlepszych prac konkursowych. W konsekwencji celem konkursu nie jest zawarcie umowy, lecz przyznanie nagrody za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy wybranej przez sąd konkursowy.

⁴⁵ Jak wynika ze sprawozdań UZP, skala zastosowania licytacji elektronicznej jest następująca: 2007 r. – 0,07%; 2008 r. – 0,05%; 2009 r. – 0,16%; 2010 r. – 0,17%; 2011 r. – 0,13%; 2012 r. – 0,17%.

5.8.1. Przesłanki stosowania

Ustawodawca nie sformułował *expressis verbis* przesłanek dopuszczalności stosowania instytucji konkursu, a wskazany w treści art. 110 PZP katalog rodzajów aktywności, których efekty mogą być przedmiotem konkursu, ma charakter jedynie przykładowy. Jednak z przywołanej definicji ustawowej wynika, że w drodze konkursu można wybrać jedynie pracę będącą wytworem działalności wykonawcy, a zarazem jest możliwe przeniesienie na zamawiającego praw do takiej pracy.

5.8.2. Nagroda

Należy podkreślić, że elementem konstytutywnym konkursu jest nagroda, którą zamawiający przyznaje autorowi pracy uznanej za najlepszą. Zgodnie z regulacją art. 111 ust. 1 PZP nagrodami w konkursie mogą być:

- nagroda pieniężna lub rzeczowa,
- zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub
- zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Powyższe rozwiązanie sprawia, że o ile konkurs nie jest trybem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, może poprzedzać udzielenie zamówienia w jednym z wymienionych trybów, stanowiąc jedną z przesłanek dopuszczalności ich stosowania.

Warto pamiętać, że poza wymienionymi typami nagród możliwe jest przyznawanie również innych nagród, a w szczególności honorowych (np. medale, tytułu itp.).

Zazwyczaj, by zapewnić atrakcyjność udziału w konkursie, a w konsekwencji – zwiększyć konkurencję, zamawiający przewidują udzielenie kilku nagród, przyznawanych większej liczbie uczestników.

Organizator konkursu przewiduje, że łączny fundusz nagród wynosi 40 000 zł, a w jego ramach przyznane zostaną następujące nagrody:

- dla autora najlepszej pracy: 20 000 zł, medal za I miejsce oraz zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki w terminie 30 dni, licząc od dnia wybrania najkorzystniejszej pracy;
- dla autora pracy ocenionej jako drugiej najlepszej: 15 000 zł i medal za II miejsce;
- dla autora pracy ocenionej jako trzeciej najlepszej: 5000 zł i medal za III miejsce.



5.8.3. Organizator konkursu i sąd konkursowy

Organizatorem konkursu – zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP – jest zamawiający a przepisy dotyczące przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio (art. 15 ust. 2 i art. 18 PZP). Oznacza to, że organizując konkurs, zamawiający może korzystać z pomocy innych osób, co może być szczególnie istotne w przypadku przygotowania postępowania, którego przedmiot jest zazwyczaj bardzo skomplikowany lub trudny do jednoznacznego określenia ze względu na twórczy charakter pracy.

Szczególnym dla konkursu rozwiązaniem jest obowiązek powołania sądu konkursowego. Jest on podmiotem podobnym do komisji przetargowej, a jego pozycja, kompetencje i zadania są dostosowane do specyfiki konkursu. Zgodnie z definicją ustawową sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.

Z powyższego wynika, że sąd konkursowy – choć określany jako zespół pomocniczy – ma niewątpliwie silniejszą pozycję niż komisja przetargowa. Nie jest bowiem ciałem jedynie doradczym, a do jego wyłącznej kompetencji należy podejmowanie najistotniejszych decyzji w postępowaniu. Należy jednak zaznaczyć, że możliwości sądu nie są nieograniczone – o ile jest on niezależny w podejmowaniu decyzji,

to jednak zgodnie z art. 114 PZP kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu. Ustawodawca wskazał, że w ramach nadzoru można w szczególności unieważnić konkurs, a decyzje sądu o jego rozstrzygnięciu wymagają zatwierdzenia. Jeśli chodzi o skład sądu konkursowego, ustawodawca zastrzegł, że minimalna liczba członków wynosi 3 oraz że muszą to być wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, musi posiadać wymagane uprawnienia. Wymagania te – biorąc pod uwagę specyfikę prac składanych w konkursie – są oczywiste.

Szczególne znaczenie ma norma wyrażona w art. 112 ust. 4 PZP, zgodnie z którą do członków sądu konkursowego stosuje się odpowiednio przepisy art. 17 PZP, co oznacza, że nie mogą to być osoby, wobec których istnieje lub może zaistnieć wątpliwość w zakresie możliwości podejmowania obiektywnych i rzetelnych decyzji w postępowaniu konkursowym.

5.8.4. Wszczęcie konkursu

Zamawiający rozpoczyna procedurę konkursową w sposób analogiczny do trybów przetargowych, tj. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Ponadto:

- jeśli wartość konkursu jest mniejsza niż tzw. progi unijne – zamawiający zamieszcza ogłoszenie o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- jeśli wartość konkursu jest równa lub większa niż tzw. progi unijne – zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W kontekście publikacji ogłoszenia warto także wspomnieć, że prawodawca polecił odpowiednie stosowanie przepisów art. 40 ust. 5 i 6 PZP.

Praktyczną wartością takiego rozwiązania dla organizatora konkursu jest możliwość opublikowania ogłoszenia o zamówieniu również w inny sposób, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Organizator konkursu, chcąc zapewnić dużą konkurencję poprzez poszerzenie grona potencjalnych reflektantów, może opublikować ogłoszenie na popularnym portalu internetowym, w ramach ogłoszeń publikowanych w programie telewizyjnym o odpowiednio szerokim zasięgu lub np. na łamach uznanego czasopisma poświęconego branży, w której wytwarza się przedmioty podobne do przedmiotu konkursu.



Ogłoszenie o konkursie powinno zawierać m.in. następujące elementy:

- 1) określenie przedmiotu konkursu,
- 2) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu,
- 3) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów,
- 4) rodzaj i wysokość nagród.

5.8.5. Regulamin konkursu

Zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu, który pełni rolę odpowiednika SIWZ. Z praktycznego punktu widzenia, warto, aby regulamin został ostatecznie ustalony, zanim będzie opublikowane ogłoszenie o konkursie. Wynika to z obowiązku zamawiającego przekazania uczestnikowi konkursu regulaminu konkursu w terminie 5 dni od dnia zgłoszenia wniosku o jego przekazanie.

5.8.6. Forma konkursu

Określenie formy konkursu stanowi informację, czy organizator zdecydował o zorganizowaniu konkursu jedno- czy dwuetapowego. Należy wyjaśnić, że w konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom

określonym w regulaminie konkursu, w drugim zaś sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.

5.8.7. Szczegółowy opis przedmiotu konkursu

Niewątpliwie trudnym zadaniem jest precyzyjne określenie oczekiwań zamawiającego, biorąc pod uwagę, że przedmiot konkursu ma być wytworem pracy o charakterze twórczym, zwykle innowacyjnym, oryginalnym. Ustawodawca wskazał, że opis ten jest szczegółowy, przez co należy rozumieć, że organizator konkursu powinien określić cel konkursu i wszystkie okoliczności, które będą istotne dla uczestnika w toku przygotowywania pracy konkursowej.



Uniwersytet Artystyczny X organizuje konkurs na projekt architektoniczny monumentu upamiętniającego jednego z wybitnych profesorów uczelni. Organizator powinien określić swoje oczekiwania na tyle szczegółowo, aby składane prace były porównywalne. Wobec tego, poza uwagami technicznymi (np. wymiary, materiał wykonania, iluminacje itp.) i ściśle związanymi z projektem architektonicznym (miejsce instalacji, uwarunkowania przestrzenne, dotychczasowe zagospodarowanie terenu udokumentowane mapami, rysami itp.) powinien również wyjaśnić inne okoliczności, które zamierza brać pod uwagę, dokonując oceny (np. idee i wartości, które ma symbolizować praca konkursowa).

5.8.8. Koszt realizacji i zakres opracowania

Istotnym elementem regulaminu jest określenie maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Organizację konkursu, w którym nie przewiduje się realizacji pracy konkursowej, co do zasady należałoby uznać za działanie bezcelowe. Wobec tego zamawiający powinien określić, jakie środki finansowe jest w stanie przeznaczyć na realizację

pracy, co ma niewątpliwie duże znaczenie dla autorów przygotowujących prace konkursowe.

Drugi z elementów (art. 116 ust. 1 pkt 5) związany jest ze wspomnianą już możliwością przyznania nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Jeśli zatem zamawiający przewiduje dalsze procedowanie w ramach jednego z wymienionych trybów, wówczas określa w regulaminie zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot udzielanego zamówienia. Oznacza to, że zamawiający określa swoje oczekiwania wobec zobowiązań, jakie podejmie w wykonawca, któremu udzielone zostanie zamówienie.

Biblioteka Uniwersytetu X organizuje konkurs na opracowanie koncepcji aranżacji sali muzealnej ze zbiorami z XVII w. Nagrodą za najlepszą koncepcję (pracę) jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. W związku z tym zamawiający określa w regulaminie wymogi, które zostaną postawione przed wykonawcą w umowie ze względu na konieczność szczegółowego rozwinięcia zwycięskiej koncepcji.



Mianowicie zamawiający np. określi, że opracowanie musi zawierać:

- inwentaryzację architektoniczną pomieszczenia;
- opis projektowanego sprzętu ruchomego i do zabudowy stałej;
- wykaz elementów oświetleniowych, zawierających w szczególności trasy przebiegu okablowania;
- projekty wykonawcze, obejmujące szczegółowe dyspozycje plastyczne sklepienia i ścian.

5.8.9. Forma i sposób prezentacji pracy

W regulaminie określa się również zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej. Zamieszczenie takiej informacji jest niezbędne, biorąc pod uwagę specyfikę prac

składanych zwykle w konkursie. Organizator obowiązany jest zatem wskazać, co ma być nośnikiem pracy konkursowej – np. rysunek, model, wizualizacja multimedialna itp.

Ponadto organizator powinien również pamiętać, że powyższa informacja jest niezbędna nie tylko wykonawcy przygotowującemu pracę, ale również ma gwarantować porównywalność prac. Nie ulega wątpliwości, że nośnik pracy będzie zdeterminowany specyfiką przedmiotu konkursu, jednak należy także przyjąć, że porównywalność formy prezentacji ma duży wpływ na możliwość zobjektywizowania oceny prac.

5.8.10. Udział w konkursie

Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a zatem zakres ten jest tożsamy z zakresem pojęcia wykonawca.



Organizator powinien pamiętać, że jeśli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia.

Wykonawcy, którzy zamierzają wystartować w konkursie, w określonym przez organizatora terminie muszą złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału. Ustawodawca określił jedynie minimalny wymiar takiego terminu, uzależniając jego długość od wartości konkursu, tj.:

- **7 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia o konkursie w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeśli wartość konkursu jest niższa od tzw. progów unijnych;
- **21 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o konkursie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – jeżeli wartość konkursu jest równa lub przekracza tzw. progi unijne.

Zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników spełniających wymagania

określone w regulaminie konkursu. Następnie – w określonym terminie – uczestnicy konkursu składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej (o ile ze względu na specyfikę przedmiotu pracy jest to możliwe).

5.8.11. Ocena prac i rozstrzygnięcie konkursu

Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie, a następnie rozstrzyga konkurs, wybierając spośród prac konkursowych najlepszą lub najlepsze. Dla wzmocnienia gwarancji obiektywizmu oceny sądu konkursowego ustawodawca określił, że sąd ten dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych po rozstrzygnięciu konkursu. Anonimowość ma zatem stanowić dodatkowe zabezpieczenie bezstronności oceniających pracę. Praktycznie dużym problemem, jaki może się pojawić w związku z brakiem informacji na temat autorów, jest konieczność uzyskania wyjaśnień w związku z możliwością odpowiedniego stosowania art. 87 ust. 1 PZP. Sposobem na pogodzenie wymogu nieidentyfikowalności twórców z koniecznością uzyskania stosownych wyjaśnień może być posłużenie się osobą trzecią, spoza członków sądu, w komunikacji z autorami prac⁴⁶.

Jak już wspomniano, mimo że decyzja o wyborze najlepszej pracy należy do wyłącznej kompetencji sądu konkursowego, to jednak podjęte rozstrzygnięcie wymaga zatwierdzenia przez kierownika zamawiającego lub osobę przez niego upoważnioną. Warto także wspomnieć, iż użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności” określa, że w zakres czynności nadzoru wchodzi także inne czynności sądu. W praktyce oznacza to, że dostrzegając uchybienia sądu (np. w związku z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców), kierownik zamawiającego może zakwestionować decyzję podjętą wadliwie w opinii nadzorczy.

⁴⁶ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *op. cit.*, s. 533 i n.

Niezwłocznie po ustaleniu wyników konkursu zamawiający zawiadamia uczestników konkursu o wynikach i otrzymanych ocenach, podając imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) autora albo autorów wybranych prac konkursowych.

Po wyborze najlepszej pracy lub prac, zamawiającemu pozostaje spełnić przyrzeczenie poprzez wydanie nagrody, co powinno nastąpić w terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia ustalenia wyników konkursu.

5.9. Zamówienie z wolnej ręki

Zamówienie z wolnej ręki to tryb postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach z jednym wybranym wykonawcą. Podobnie jak w przypadku negocjacji bez ogłoszenia, zastosowanie zamówienia z wolnej ręki jest uzależnione od spełnienia ściśle określonych (i rygorystycznie interpretowanych) przesłanek.

5.9.1. Kiedy stosować?

Zamówienie z wolnej ręki należy stosować:

- 1) gdy dane zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (tzw. monopol faktyczny);
- 2) gdy dane zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych (np. prawo autorskie);
- 3) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej (np. zamówienie dzieła sztuki);
- 4) jeśli przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
- 5) 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;

- 6) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było 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 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 7) w przypadku udzielania zamówień dodatkowych lub uzupełniających (por. rozdz. V);
- 8) jeśli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;
- 9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej.

5.9.2. Przebieg postępowania

Jeśli zamawiający uzna, że istnieje podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wszczyna postępowanie, zapraszając wykonawcę do negocjacji. Wraz z zaproszeniem przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Wykonawca w odpowiedzi na zaproszenie musi złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeśli wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż tzw. progi unijne – również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Podobnie jak w negocjacjach bez ogłoszenia, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, wówczas zamawiający ma obowiązek zawiadomić o wszczęciu postępowania Prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych w terminie 3 dni od jego wszczęcia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Postępowanie się kończy, gdy zamawiający i wykonawca dojdą do porozumienia i zawrą umowę w sprawie zamówienia publicznego.



Podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b p.z.p. jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Dla jej zastosowania niezbędne jest wykazanie, że dany produkt może być wytworzony (dostarczony) tylko przez określonego wykonawcę oraz że na rynku (krajowym i zagranicznym) nie istnieją rozwiązania, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne – odpowiadające potrzebom zamawiającego – oferowane przez danego wykonawcę, jak również gdy ze względu na ochronę praw wyłącznych, np. posiadanie opatentowanych rozwiązań tylko jeden wykonawca może wykonać zamówienie⁴⁷.

5.9.3. Dobrowolne ogłoszenie o przejrzystości *ex ante*

Zarówno w trybie zamówienia z wolnej ręki, jaki i negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający po wszczęciu postępowania może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. W ogłoszeniu tym wskazuje przedmiot oraz zakres zamówienia, uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia oraz wykonawcę, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Funkcją dobrowolnego ogłoszenia o przejrzystości jest zminimalizowanie ryzyka unieważnienia umowy zawartej w jednym z tzw. niekonkurencyjnych trybów postępowania, gdyby się okazało, że źle

⁴⁷ Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2013 r., sygn. KIO 1636/13.

zostały przez zamawiającego zinterpretowane przesłanki do wszczęcia postępowania w takim trybie. Jeśli bowiem zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą (działanie w dobrej wierze), wówczas nawet jeśli naruszył w tym zakresie prawo, będzie mógł uniknąć sankcji w postaci unieważnienia umowy⁴⁸. Z drugiej strony ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy pełni funkcję prewencyjną, gdyż umożliwia innym wykonawcom powzięcie informacji uzasadniających ewentualne zaskarżenie czynności zamawiającego do KIO i zapobieżenie zawarciu umowy.

5.10. Dynamiczny system zakupów

Dynamiczny system zakupów jest jedną z form elektronicznych – przewidzianych zarówno prawem europejskim, jak i krajowym – realizacji zakupów przez sektor publiczny. W prawie europejskim w dyrektywie klasycznej koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych w art. 33 została zdefiniowana procedura dynamicznego systemu zakupów, wykorzystująca w pełni możliwości, jakie dają narzędzia informatyczne. Warto pamiętać, że dynamiczny system zakupów to sposób wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego przy zastosowaniu narzędzi informatycznych, pozwalających prowadzić postępowanie w czasie rzeczywistym. System ten można uznać za quasi umowę ramową, na bazie której dokonuje się dogrywka w celu wyłonienia podmiotu oferującego najkorzystniejsze warunki zamówienia.

Dynamiczny system zakupów ustanawia się poprzez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wraz z udostępnieniem przez zamawiającego na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacji dotyczących dynamicznego systemu zakupów.

Procedura dynamicznego systemu zakupów jest wszczynana przez zamawiającego poprzez opublikowanie uproszczonego ogłoszenia

⁴⁸ Por. art. 146 ust. 2 pkt 1 PZP.

o zamówieniu na swojej stronie internetowej. Zamawiający powinien wyznaczyć termin na składanie ofert orientacyjnych nie krótszy niż 15 dni. W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy, którzy nie są objęci dynamicznym systemem zakupów (wykluczeni na etapie ustanawiania systemu lub wykonawcy, którzy nie brali udziału w procesie ustanawiania systemu), składają oferty orientacyjne.



Każdy wykonawca, który złoży ofertę orientacyjną zgodnie ze specyfikacją oraz spełni kryteria kwalifikacji, ma możliwość przystąpienia do dynamicznego systemu zakupów.

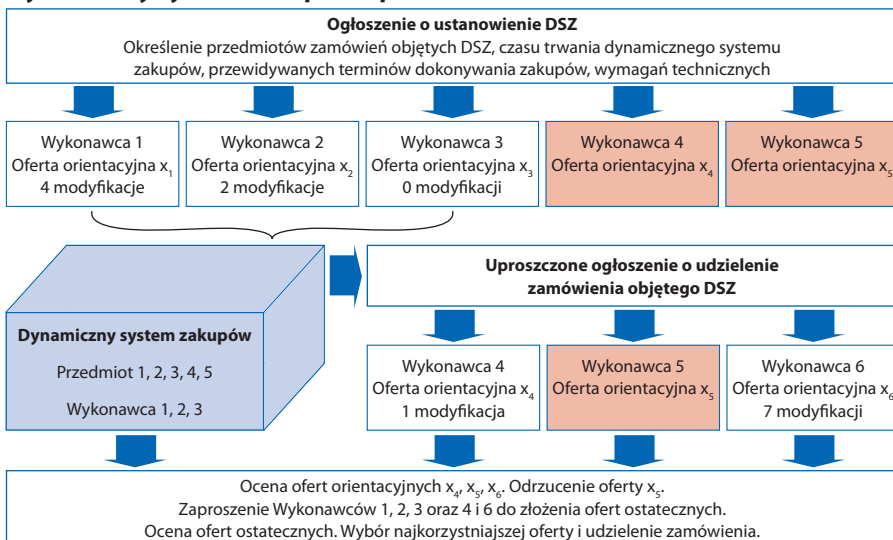
Dynamiczny system zakupów daje zatem możliwości i szanse również tym podmiotom, które zostały wykluczone na etapie ustanowienia systemu. Takie postępowanie wynika z konieczności stworzenia przez zamawiającego wykazu zakwalifikowanych oferentów oraz umożliwienie udziału nowym oferentom. W związku z tym dzięki dużej konkurencji zamawiający ma możliwość zapewnienia optymalnego wykorzystania środków publicznych.

Zamawiający ocenia oferty orientacyjne zgodnie z zasadami oceny ofert orientacyjnych na etapie ustanawiania dynamicznego systemu zakupów. Następnie po dokonaniu oceny zaprasza wykonawców, którzy zostali dopuszczeni do systemu (czyli wykonawców dopuszczonych do systemu na etapie jego ustanawiania oraz wykonawców, którzy zostali dopuszczeni na etapie postępowania o udzielenie konkretnego zamówienia objętego systemem), do złożenia ofert ostatecznych.

Należy pamiętać, że oferty składane przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów nie mogą być mniej korzystne od ofert orientacyjnych złożonych na wcześniejszym etapie postępowania.

Oferty ostateczne mogą złożyć tylko wykonawcy dopuszczeni do systemu. Jest to jedyny sposób realizacji zakupów w reżimie prawa zamówień publicznych, kiedy wykonawcy mogą złożyć więcej niż jedną ofertę.

Dynamiczny system zakupów – podsumowanie



Powyższy diagram opisuje istotę dynamicznego systemu zakupów w prawie zamówień publicznych. Opracowanie własne⁴⁹.

6. Dialog techniczny

Dialog techniczny został wprowadzony do polskiego systemu prawa zamówień publicznych nowelizacją z dnia 12 października 2012 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U., poz. 1271). Zasady jego prowadzenia zostały uregulowane w PZP w sposób szczątkowy w art. 31a–31c PZP. Nowe przepisy weszły w życie 20 lutego 2013 r.

6.1. Cel dialogu technicznego

Zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do

⁴⁹ A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 141–143.

przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy (art. 31a PZP).

Dialog techniczny stanowi legalną platformę wymiany informacji pomiędzy zamawiającym i doradcami, czy też innymi podmiotami, które mogą być zainteresowane uczestniczeniem w ewentualnym przyszłym postępowaniu w zakresie usług, dostaw czy robót budowlanych będących przedmiotem dialogu (potencjalni wykonawcy). Dialog ten ma na celu skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich zaspokojenia przez podlegający ciągłym zmianom rynek. Jego przeprowadzenie ma pomóc zamawiającemu w optymalnym i efektywnym przygotowaniu postępowania, zwłaszcza w zakresie określenia przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub warunków umowy.

Wśród podstawowych zalet prowadzenia dialogu technicznego wskazuje się:

- 1) „rozszerzenie konkurencji poprzez identyfikowanie barier mogących ograniczać dostęp wykonawców do zamówień publicznych;
- 2) zdefiniowanie najlepszych i najnowszych rozwiązań technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych w dziedzinie właściwej dla przedmiotu zamówienia;
- 3) promocję innowacji przez system zamówień publicznych, wspieranie rozwiązań proekologicznych, nowoczesnych i zaawansowanych technologicznie;
- 4) skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich realizacji przez funkcjonujące na danym rynku podmioty świadczące określonego rodzaju dostawy, usługi czy roboty budowlane;
- 5) przygotowanie do realizacji zamówienia zwłaszcza w zakresie szczegółowego określenia jego przedmiotu, a w konsekwencji do zapewnienia celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych;
- 6) określenie czynników determinujących jakość czy ekonomiczną wartość zamówienia publicznego;
- 7) określenie optymalnych kryteriów oceny ofert pożądanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia i najbardziej adekwatnych rozwiązań prawnych odnoszących się do ewentualnej przy-

szej umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dialog techniczny dotyczy;

- 8) szczegółową identyfikację kosztów udzielania zamówienia publicznego, kwestii określenia ewentualnych ryzyk kontraktowych, optymalnego ich rozkładu pomiędzy strony umowy i analizy możliwych sposobów ich ograniczenia⁵⁰.

Dialog techniczny może okazać się szczególnie przydatny podczas prowadzenia postępowań, których przedmiot jest wyjątkowo skomplikowany, jak np. nowoczesne technologie, systemy informatyczne, usługi czy dostawy innowacyjne, sprzęt medyczny.

Dialog techniczny pozwala na skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami rynku. Szczególnie warto z niego skorzystać w razie planowania zakupów, których przedmiot jest innowacyjny, nowoczesny lub złożony.



6.2. Dialog a tryb postępowania

Dialog techniczny nie jest jednym z trybów udzielania zamówień i może poprzedzać przyszłe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego bez względu na tryb, w jakim będzie ono prowadzone. Warto zwrócić uwagę, że po zakończeniu dialogu zamawiający nie jest jednak zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w zakresie usług, dostaw czy robót będących jego przedmiotem. Nie można wykluczyć, że rezygnacja z prowadzenia określonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będzie niekiedy wynikiem przeprowadzenia w tym zakresie dialogu technicznego, który pokazał zamawiającemu, że rynek nie jest aktualnie w stanie zaoferować mu usług, dostaw czy robót budowlanych zaspokajających jego potrzeby.

Po zakończonym dialogu technicznym zamawiający nie jest zobowiązany do wszczęcia postępowania w przedmiocie dialogu.



⁵⁰ W. Bajda, *Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych”, luty 2013 r., s. 46.

6.3. Zasady prowadzenia dialogu

Określając zasady prowadzenia dialogu technicznego, ustawodawca ograniczył się do wskazania jedynie zasad podstawowych. Mianowicie ma być on prowadzony w sposób zapewniający zachowanie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. Zamawiający, przestrzegając tych zasad, nie powinien np. bezpodstawnie uniemożliwiać udziału w dialogu określonym podmiotom (niedopuszczenie do udziału w dialogu powinno mieć swoje uzasadnienie, np. brak wystarczającego doświadczenia) czy też niezasadnie uprzywilejowywać niektórych dopuszczonych już do dialogu uczestników.

6.4. Obowiązki informacyjne zamawiającego

Zachowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w czasie dialogu technicznego mają sprzyjać m.in. obowiązki informacyjne nałożone na zamawiającego. Obowiązki te są następujące:

- 1) zamawiający ma obowiązek umieścić informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na swojej stronie internetowej (art. 31b PZP);
- 2) informację o zastosowaniu dialogu technicznego zamawiający ma obowiązek umieścić w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dialog techniczny dotyczył (art. 31c PZP);
- 3) jeżeli przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzono dialog techniczny, informacja o jego przeprowadzeniu, o podmiotach, które w nim uczestniczyły, oraz wpływie dialogu na opis przedmiotu zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia lub warunki umowy ma stanowić element protokołu (art. 96 ust. 2a PZP).

6.5. Sposób prowadzenia dialogu

Prawo zamówień publicznych nie nakłada na zamawiającego innych obowiązków związanych z prowadzeniem dialogu i nie narzuca formy oraz sposobu jego prowadzenia. Przepisy nie stanowią też o terminach jego prowadzenia czy okresie, w jakim po zakończeniu dialogu zamawiający może przeprowadzić postępowanie w jego przedmiocie.

Brak szczegółowych regulacji dotyczących prowadzenia dialogu zapewnia zamawiającym dużą swobodę w zakresie decydowania o sposobie jego prowadzenia. Zamawiający sam, biorąc po uwagę własne potrzeby, może określić:

- 1) formę dialogu (ustna połączona ze sporządzeniem protokołu, pisemna czy mieszana);
- 2) krąg potencjalnych uczestników dialogu i warunki, jakie muszą spełnić, aby wziąć w nim udział (wydaje się, że zamawiający nie musi dopuszczać wszystkich chętnych do udziału w dialogu a tylko tych, którzy spełniają określone przez niego kryteria, dotyczące np. doświadczenia w dziedzinie związanej z przedmiotem zamówienia);
- 3) okres, przez jaki dialog ma być prowadzony;
- 4) sposób przekazywania mu przez uczestników informacji potrzebnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

W celu uporządkowania i ujednolicenia zasad prowadzenia dialogu technicznego zamawiający mogą tworzyć własne wewnętrzne regulacje dotyczące sposobu jego prowadzenia, np. regulamin prowadzenia dialogu technicznego.

To zamawiający decyduje o formie i sposobie prowadzenia dialogu. Rekomendowane jest ustalenie szczegółowych zasad jego prowadzenia w formie dokumentu wewnętrznego zamawiającego, np. regulaminu, dzięki czemu proces jego prowadzenia będzie transparentny i jednolity. Regulamin powinien uwzględniać podstawowe zasady prowadzenia dialogu – zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników.



6.6. Brak ryzyka wykluczenia

Udział w dialogu technicznym nie stwarza obecnie ryzyka wykluczenia jego uczestnika z prowadzonego na podstawie dialogu postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP). Zgodnie z powyższym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania z wyłączeniem jednak czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego. Jak wynika z Informatora UZP: „Wykonawca uczestniczący bowiem wyłącznie w dialogu technicznym przekazuje zamawiającemu informacje i udziela porad, które następnie mogą zostać wykorzystane przez zamawiającego przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji do opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy. Taki wykonawca nie dokonuje jednak bezpośredniego opisu przedmiotu zamówienia”⁵¹.

Przed nowelizacją PZP zamawiający mogli korzystać z dialogu technicznego na podstawie dyrektywy klasycznej (motyw 8) jak i sektorowej (motyw 15), jednak z możliwości tej korzystali stosunkowo rzadko z uwagi na ryzyko wykluczenia uczestników dialogu z postępowania wszczętego po jego zakończeniu na podstawie poprzedniego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP.

6.7. Środki ochrony prawnej

W związku z tym, że dialog techniczny nie jest procedurą sformalizowaną, na czynności i zaniechania zamawiającego mające miejsce w czasie prowadzenia dialogu nie przysługują środki ochrony prawnej przewidzianej w PZP. Środki te będą przysługiwały jedynie na czynności i zaniechania zamawiającego podjęte w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można jednak wykluczyć, że pośrednio będą one wynikały z działań zamawiającego podejmowanych w trakcie dialogu technicznego – wówczas wykonawca będzie mógł skorzystać z odpowiednich środków ochrony prawnej⁵².

⁵¹ O. Starzyk, *Zmiany w katalogu przesłanek wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych”, luty 2013 r., s. 34.

⁵² J. Andala-Sępkowska, *Dialog techniczny – pomoc w przygotowaniu postępowania*, lex, nr 168528.

7. Komisja przetargowa

Proces udzielania zamówień publicznych jest działaniem zespołu ludzi, przygotowujących i nadzorujących całe postępowanie. Niezbędne jest zatem określenie ram prawnych oraz szczegółowego zakresu działania poszczególnych osób w trakcie postępowania. Jednym z istotnych podmiotów uczestniczących przy udzielaniu zamówień publicznych jest komisja przetargowa. Jest ona organem kolegialnym mającym pomóc zamawiającemu w przeprowadzeniu sformalizowanego procesu wyboru najlepszego wykonawcy i zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Komisję przetargową powołuje się do wykonania zarówno czynności przygotowujących postępowanie, jak i do przeprowadzenia samego postępowania.

Powołanie komisji przetargowej do zamówień o wartości szacunkowej niższej od progów unijnych jest uprawnieniem kierownika jednostki udzielającej zamówienia. Przy wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej progi unijne, uprawnienie przekształca się w obowiązek powołania komisji przetargowej.

Powołanie komisji przetargowej jest jedną z czynności prawnych dokonywanych przez zamawiającego, przed przystąpieniem do udzielenia zamówienia publicznego. Jest to czynność prawna neutralna z punktu widzenia ochrony interesu prawnego potencjalnych uczestników postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej nieprzekraczającej progów unijnych można również przeprowadzać bez konieczności powoływania komisji przetargowych. Zamawiający przy pomocy swojego aparatu administracyjnego może samodzielnie dokonywać poszczególnych czynności przygotowujących postępowanie, jak i czynności w trakcie toczącego się postępowania, a w szczególności dokonywać oceny złożonych ofert.

Decyzję o powołaniu komisji przetargowej podejmuje zawsze kierownik zamawiającego na pisemny wniosek komórki merytorycznej zamawiającego w zależności od jego struktury organizacyjnej. Może to być zarówno określona komórka merytoryczna zamawiającego

bądź wydzielona komórka do udzielania zamówień publicznych. Pisemny wniosek właściwej jednostki organizacyjnej zamawiającego musi zawierać określenie przedmiotu zamówienia; przedmiot ten powinien być opisany w miarę dokładnie wraz z podaniem jego zakresu. Należy pamiętać, że dokładne doprecyzowanie przedmiotu zamówienia powinno nastąpić na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej (specyfikacji istotnych warunków zamówienia). We wniosku o powołanie komisji przetargowej powinny być wymienione również osoby, które będą wchodziły w skład takiej komisji.

W trakcie prac komisji przetargowej może pojawić się konieczność skorzystania z wiadomości specjalnych, powszechnie nieznanych, zazwyczaj dotyczących przedmiotu zamówienia. W takim przypadku, na wniosek komisji przetargowej kierownik jednostki zasięga opinii biegłego. Biegły przedstawia opinię na piśmie, a na żądanie komisji może brać udział w jej pracach z głosem doradczym i udzielać dodatkowych wyjaśnień. Warto podkreślić, że w razie konieczności dokonania ustaleń wymagających wiedzy specjalistycznej, wręcz niezbędne jest uzyskanie opinii biegłego. Zaniechanie uzyskania takiej opinii powoduje, że postępowanie nie zostanie przeprowadzone rzetelnie. Ponadto należy pamiętać, że opinia biegłego powinna zawierać uzasadnienie, które pozwoli dokonać analizy logiczności i poprawności wniosków bez wkraczania w sferę wiedzy specjalistycznej.

Rola komisji przetargowej jest o tyle istotna, że wpływa na ostateczne rozstrzygnięcie postępowania. W związku z powyższym członkami komisji muszą być osoby, które rzetelnie i obiektywnie będą wykonywały powierzone im czynności, kierując się wyłącznie przepisami obowiązującego prawa, posiadaną wiedzą i doświadczeniem. Członkowie komisji przetargowych dokonują również oceny złożonych ofert w oparciu o kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej; ocena powinna być jak najbardziej obiektywna i w pełnym zakresie oddawać oczekiwania zamawiającego. Przy założeniu, że kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty powinny być obiektywne i wymierne, to również ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji powinna być bardzo zbliżona.

Przepisy ustawy nie określają szczegółowo liczby osób biorących udział w pracach komisji (nie może jednak być ich mniej niż trzy osoby) oraz nie ustalają charakteru komisji przetargowej. Dlatego też może ona mieć charakter stały i obsługiwać wszystkie zamówienia danej instytucji lub być powoływana każdorazowo do przygotowania i przeprowadzenia zamówienia publicznego. Powyższe kwestie powinien rozstrzygnąć sam zamawiający w regulaminie komisji przetargowych.

Regulamin komisji przetargowej jest wewnętrznym aktem normującym zasady pracy komisji, określającym zadania, jakie należy wykonać na każdym etapie postępowania, oraz kto i w jaki sposób ma tego dokonać. Powinien on być wprowadzony w życie wewnętrznym aktem normatywnym; najczęściej będzie to zarządzenie bądź właściwa decyzja. Regulamin powinien stanowić dla członków komisji swoisty przewodnik zachowania się w procesie udzielania zamówienia publicznego. Powinny w nim zostać opisane w porządku chronologicznym wszystkie czynności komisji, aż po złożenie kierownikowi jednostki propozycji zawierającej wskazanie najkorzystniejszej oferty. Poszczególne rozstrzygnięcia regulaminu nie mogą być sprzeczne z obowiązującym prawem.



7.1. Zakres odpowiedzialności członków komisji przetargowej

Decydującą rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odgrywa kierownik jednostki, który aprobejuje najważniejsze czynności komisji przetargowej. Przysługuje mu również prawo uchylecia każdej wadliwej czynności komisji, jednak bez możliwości jej samodzielnego powtórzenia. Kierownik jednostki ma również możliwość delegowania swoich uprawnień na inne osoby. Może to wynikać z podziału uprawnień pomiędzy zastępców kierownika jednostki bądź z potrzeby usprawnienia nadzoru nad realizowanymi zamówieniami publicznymi. Należy zatem stwierdzić, że kierownik jednostki może powierzyć określone obowiązki w zakresie zamówień publicznych upoważnionej osobie. Delegacja taka może obejmować nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również wszystkie pozostałe obowiązki określone właściwymi ustawowymi przepisami.

Wraz z zakresem powierzonych zadań do realizacji na członkach komisji przetargowej spoczywa odpowiedzialność za sposób ich wykonywania. Odpowiedzialność uczestników postępowania może być jedynie egzekwowana w przypadku i w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. W takim przypadku kierownik zamawiającego musi powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w toczącym się postępowaniu. W wypadku określenia odpowiedzialności poszczególnych członków komisji przetargowej decydujące znaczenie będzie miał zakres pełnomocnictwa do dokonania konkretnych czynności w postępowaniu, udzielony przez kierownika jednostki jako zamawiającego. W takiej bowiem sytuacji wyraźnie z góry ustalono, że pewne osoby nie będą za coś odpowiadać, ponieważ ich odpowiedzialność uległa instytucjonalizacji⁵³.

Należy wyraźnie wyodrębnić odpowiedzialność kierownika jednostki zamawiającej od odpowiedzialności samych członków komisji przetargowej – bez wyraźnego rozdzielenia zadań wraz z odpowiedzialnością za ich wykonanie będziemy mieli do czynienia z odpowiedzialnością zbiorową osób biorących udział w jej pracach. Odpowiedzialność zbiorowa w tym przypadku najczęściej przyczynia się z jednej strony do braku aktywności części osób uczestniczących w pracach komisji, z drugiej zaś do braku jednoznacznego ustalenia osób odpowiedzialnych za wystąpienie negatywnych skutków. Należy podkreślić, że odpowiedzialność zbiorowa nie jest i nie będzie odpowiedzialnością sprawiedliwą z tego względu, że nie indywidualizuje osób dokonujących poszczególnych czynności, a przez to umożliwia funkcjonowanie w składzie komisji osób słabo przygotowanych merytorycznie oraz o niskich walorach moralnych. Odpowiedzialność, czy też raczej strach i konsekwencje jej egzekwowania, powinna być czynnikiem mobilizującym do działania poszczególnych członków komisji oraz powodującym większe zaangażowanie w jej pracach.

Całkowicie odmienne efekty można osiągnąć w sytuacji zwiększenia zaangażowania poszczególnych członków komisji w jej prace, a co się

⁵³ Wyrok Sądu Okręgowego z 22 maja 2002 r., sygn. akt V Ca 417/02, publ. w „Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych”, wrzesień 2002 r.

z tym wiąże – z indywidualizacją odpowiedzialności za podejmowane działania⁵⁴. Najlepszym rodzajem odpowiedzialności w pracach komisji przetargowych jest zatem odpowiedzialność zastępcza powodująca zindywidualizowanie zadań i dzięki temu zwiększenie odpowiedzialności poszczególnych jej członków.

Przy wyborze członków komisji przetargowej należy przede wszystkim ustalić, czy nie istnieją jakiegokolwiek przeszkody wpływające na ich bezstronność. Mianowicie na etapie przygotowania postępowania wyłączeniu powinny podlegać osoby, które:

- 1) ubiegają się o udzielenie zamówienia w organizowanym postępowaniu;
- 2) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

W momencie uzyskania informacji o wykonawcach zainteresowanych organizowanym postępowaniem, należy wyłączyć z udziału w tym postępowaniu osoby, które:

- 1) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 2) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

⁵⁴ Zob. szerzej problematyką komisji przetargowych zajmuje się A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Warszawa 2008 r., s. 103 i n.

Wyłączenia członków komisji przetargowej z udziału w jej pracach dokonuje się na podstawie złożonych oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie danej osoby. Do analizy złożonych oświadczeń powinien zostać powołany jeden z członków komisji przetargowej; najczęściej będzie to jej przewodniczący. Jeżeli wyłączenie członka komisji nastąpi w trakcie postępowania, kierownik zamawiającego powinien przeanalizować, jakie czynności przeprowadzała wyłączona osoba, a następnie dokonać oceny, czy mogą one mieć wpływ na wynik postępowania. Ocena powinna być obiektywna i dotyczyć czynności faktycznie dokonanych w postępowaniu przez osobę wyłączoną. Do czynności niemających wpływu na wynik postępowania należą m.in.: otwarcie ofert, wydawanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczenie ogłoszenia na tablicy ogłoszeń w siedzibie zamawiającego itp.⁵⁵

7.2. Czynności komisji przetargowej na etapie przygotowania postępowania

Etap przygotowania postępowania decyduje o kształcie przyszłego postępowania. To podczas niego powinny zostać określone przyszłe wymagania zamawiającego zarówno w zakresie samego przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji przez potencjalnego wykonawcę. Nie można zapominać, że od prawidłowego przygotowania się do postępowania będzie zależało powodzenie całego zamówienia. Do zasadniczych czynności przygotowawczych należy w szczególności określenie przedmiotu zamówienia, oszacowanie jego wartości oraz wybór trybu zamówienia wraz z przygotowaniem odpowiedniej dokumentacji przetargowej.

Należy pamiętać, że komisja przetargowa jako organ kolegialny wspólnie podejmuje decyzje co do poszczególnych etapów postępowania; decyzje te są następnie przekazywane do zatwierdzenia przez kierownika zamawiającego.

⁵⁵ A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2004 r., s. 73.

Podstawową czynnością, jakiej dokonuje komisja przetargowa, jest właściwy i wykonany samodzielnie opis przedmiotu zamówienia. W przypadku specjalistycznego charakteru przedmiotu zamówienia można skorzystać z pomocy innych właściwych jednostek organizacyjnych zamawiającego. Przedmiot zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 29 ustawy, należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W każdym przypadku komisja będzie zobowiązana do oceny dokonanego opisu przedmiotu zamówienia pod kątem uczciwej konkurencji.

Należy pamiętać, że również do opisu przedmiotu zamówienia służą pośrednio kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.



Zadaniem komisji przetargowej będzie zdefiniowanie odpowiednich kryteriów wyboru oferty, tak aby zaoferowany przez najlepszego wykonawcę przedmiot zamówienia w jak największym zakresie spełniał oczekiwania zamawiającego. Od decyzji samego zamawiającego będzie zależało, czy i jakich kryteriów wyboru oferty użyje oprócz kryterium ceny. Należy pamiętać, że chcąc osiągnąć „bestvalue for money”, przy bardziej złożonych i skomplikowanych zamówieniach obok ceny większe znaczenie będą miały również i inne kryteria umożliwiające wszechstronną ocenę oferty.

Mając zdefiniowany przedmiot zamówienia, komisja przetargowa musi oszacować jego wartość, tak by zastosować właściwą procedurę postępowania zgodną z przepisami ustawy. Wartość przedmiotu zamówienia komisja przetargowa powinna oszacować zgodnie z należyłą starannością, uwzględniając wszelkie obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na ostateczną wysokość. Mając oszacowaną wartość przedmiotu zamówienia, komisja przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycję trybu, w jakim przeprowadzone zostanie postępowanie. Po zatwierdzeniu przez kierownika zamawiającego trybu, w jakim zostanie udzielone zamówienie, komisja przetargowa przygotowuje niezbędną dokumentację przetargową oraz projekty wymaga-

nych ogłoszeń, które następnie samodzielnie zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych bądź też przesyła do publikacji w Dzienniku Urzędowym Urzędu Oficjalnych Publikacji WE.

W przypadku decyzji o udzieleniu zamówienia w jednym z trybów zamkniętych niekonkurencyjnych (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki), komisja przetargowa opracowuje niezbędną dokumentację do prowadzenia negocjacji z wybranym wykonawcą lub grupą potencjalnych wykonawców.

Po zatwierdzeniu projektów ogłoszeń i właściwej dokumentacji, kierownik zamawiającego wszczyna postępowanie poprzez upublicznienie chęci udzielenia zamówienia publicznego. Skutki prawne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego znacznie wywierają dopiero od momentu jego ogłoszenia – od tej chwili zamawiający staje się związany warunkami ujawnionymi w ogłoszeniu.

7.3. Etap toczącego się postępowania

Na etapie od momentu wszczęcia postępowania do wyboru najkorzystniejszej oferty komisja przetargowa dokonuje wszelkich czynności prowadzących do badania i oceny złożonych ofert, tak by wyłonić wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę w toczącym się postępowaniu. Najlepszym rozwiązaniem byłoby przydzielenie zadania do wykonania poszczególnym członkom komisji w toku trwania całego postępowania. Przykładowo wyznaczeni członkowie komisji mogą udzielać wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, inni uczestniczyć w toczących się negocjacjach, a jeszcze inni analizować treść złożonych dokumentów z wymaganiami wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na etapie prowadzenia postępowania niezwykle istotnym elementem jest dochowywanie przez zamawiającego ustawowych terminów do dokonywania określonych czynności prawnych, tak aby nie popaść w zwłokę i nie być posądzonym o zaniechanie dokonania określonych czynności, jak również prowadzenie odpowiedniej dokumentacji z czynności dokonywanych w trakcie postępowania, zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców.

Po upływie terminu złożenia i otwarcia ofert, komisja przetargowa zobowiązana jest do przeprowadzenia badania złożonych ofert pod kątem przedmiotowym oraz spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu. Na tym etapie, członkowie komisji w szczególności dokonują sprawdzenia ważności ofert oraz sprawdzają warunki wymagane od wykonawców, by następnie przejść do formalnej oceny ofert z możliwością zastosowania sankcji odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. Ważną czynnością członków komisji na etapie badania złożonych ofert będzie uzyskiwanie wyjaśnień lub poprawianie oczywistych omyłek w treści złożonych ofert. Również w sytuacji rażąco niskiej ceny, rolą komisji przetargowej będzie zastosowanie odpowiedniej procedury ustawowej.

Drugim etapem procedury będzie ocena ofert, które pomyślnie przeszły badanie i które w pełni spełniają warunki zamawiającego określone w dokumentacji przetargowej. Ocena złożonych ofert odbywa się na podstawie kryteriów wyboru oferty zdefiniowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty członkowie komisji powinni brać pod uwagę jedynie te kryteria, które zostały opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ich wybór nie może być dowolny i zależny od uznania komisji dokonującej oceny, muszą mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i powinny być stosowane w ten sam sposób do wszystkich złożonych ofert.

Trybunał Sprawiedliwości WE w wyroku z dnia 24 listopada 2005 r., w sprawie C-331/04, przypomniał, że określone przez instytucje zamawiającą kryteria udzielenia zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą nadawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru, powinny być wyraźnie wymienione w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu oraz być zgodne w szczególności z podstawowymi zasadami równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości. Prawo wspólnotowe nie dopuszcza, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom danego kryterium oceny,



rozdzielając pomiędzy nieokreśloną przez instytucję zamawiającą w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu liczbę punktów dla tego kryterium.

Członkowie komisji przetargowej dokonują indywidualnej oceny złożonych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaproszeniu do udziału w postępowaniu albo zaproszeniu do składania ofert. Po przeprowadzeniu indywidualnej oceny złożonych ofert przez każdego z członków komisji komisja proponuje wybór najkorzystniejszej oferty. Taka propozycja zostaje przedłożona kierownikowi jednostki, który podejmuje ostateczną decyzję. Przedstawiona przez komisję propozycja zawarcia umowy z wybranym wykonawcą nie jest ostateczna, ponieważ wiąże kierownika jednostki w zakresie obowiązujących przepisów prawa. W przypadku bowiem stwierdzenia przez kierownika jednostki, że w trakcie postępowania któraś z czynności podjętych przez komisję jest sprzeczna z prawem, może on uznać nieważność takiej czynności.



Kryteria oceny ofert oraz znaczenie, jakie zamawiający im nadaje, powinny być sprecyzowane i dokładnie opisane w SIWZ. Zamawiający, dokonując oceny ofert, jest obowiązany tych kryteriów przestrzegać. Ponadto ma on obowiązek przypisać wagę każdemu z kryteriów, tak aby móc określić, jakie znaczenie przy ocenianiu będzie miało dane kryterium. Ustala się to liczbą procentową dla każdego z kryteriów przy założeniu, że wszystkie kryteria łącznie stanowią 100%⁵⁶.

Po zakończeniu prac komisji przetargowej jej przewodniczący przekazuje dokumentację z prowadzonego postępowania do właściwej jednostki organizacyjnej w celu jej przechowania. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający jest zobowiązany do przechowania protokołu wraz z załącznikami przez okres czterech lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób zapewniający jego nienaruszalność. Należy zatem pamiętać, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje, wnioski

⁵⁶ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3 5/05.

i inne dokumenty oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

8. Ogłoszenie o zamówieniu jako dokument wszczynający postępowanie

8.1. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje co do zasady poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawsze następuje w wyniku publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Nie jest zatem prawidłowe wywodzenie tego momentu od innych czynności przygotowawczych o charakterze „wewnętrznym”, np. oszacowania wartości zamówienia.



Zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie:

- 1) w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie;
- 2) na swojej stronie internetowej;
- 3) w odpowiednim publikatorze: Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE bądź Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przypadku zamówień o wartości powyżej progów UE.

Nawet jeśli ze względu na jego wartość zamówienie podlega obowiązkowej publikacji wyłącznie w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający może je dobrowolnie przekazać do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – wówczas istnieje możliwość, że zgłosi się więcej potencjalnych wykonawców z innych krajów.



Można również udostępnić ogłoszenie o zamówieniu za pomocą innych kanałów komunikacji, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim (nie jest to jednak obowiązkowe).

Dopuszczalne jest, już po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, poinformowanie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia konkretnych wykonawców⁵⁷.

W przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE, zamawiający publikuje ogłoszenie na stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych (BZP) prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych. Do tego potrzebne są login oraz hasło do BZP, które są wydawane na pisemny wniosek przez Urząd Zamówień Publicznych. Publikacja ogłoszenia odbywa się w całości elektronicznie, jego treść zaś wpisuje się za pomocą formularza internetowego dostępnego na stronie UZP. Ogłoszenie o zamówieniu staje się publicznie dostępne w dniu, w którym zostało przez zamawiającego wprowadzone do systemu BZP.

Natomiast zamówienia o wartości powyżej progów UE podlegają obowiązkowej publikacji w oficjalnym publikatorze Unii Europejskiej – Dzienniku Urzędowym UE. Ogłoszenie o zamówieniu przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w formie elektronicznej – za pomocą europejskiego portalu zamówień publicznych SIMAP⁵⁸. W tym celu należy wypełnić formularz elektroniczny, zgodny ze wzorami stanowiącymi załączniki do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) NR 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005⁵⁹. Należy zwrócić uwagę, że od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do dnia jego publikacji na łamach Dziennika Urzędowego UE mija z reguły od jednego do trzech dni (zamawiający jest informowany o publikacji za pomocą wiadomości e-mail).



Czynnością doniosłą prawnie i wyznaczającą początek postępowania jest **wyłącznie** przekazanie ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE, nie zaś sama publikacja następująca

⁵⁷ Art. 40 ust. 5a PZP.

⁵⁸ <http://simap.europa.eu>

⁵⁹ Dz.U. UE L. z 2011 r., poz. 222.

kilka dni później. Od tego też momentu należy liczyć upływ ważnych terminów w postępowaniu, w szczególności terminu składania ofert oraz zadawania pytań o wyjaśnienie SIWZ.

Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu za pomocą systemu SIMAP w dniu 4 kwietnia 2014 r. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 7 kwietnia 2014 r. Datą wszczęcia postępowania jest 4 kwietnia 2014 r. i to ten dzień stanowi punkt odniesienia m.in. przy wyznaczaniu terminu na składanie ofert w postępowaniu.



Należy pamiętać, że ogłoszenie o zamówieniu, zamieszczane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób nie może zostać opublikowane przed pojawieniem się tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przed dniem jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Nie może też zawierać odmiennych treści.

Ogłoszenie o zamówieniu publikowane na stronie internetowej zamawiającego musi być tam zamieszczone dokładnie w tym samym dniu, w którym zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Nie jest dozwolone wstrzymywanie publikacji ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej do czasu jego skutecznego opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.



8.2. Elementy ogłoszenia

Obowiązkowe elementy ogłoszenia o zamówieniu w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wymienione zostały w art. 41 ustawy PZP. Są to:

- 1) nazwa (firma) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3) adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia;
- 4) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;

- 5) informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 6) termin wykonania zamówienia;
- 7) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 8) informacja na temat wadium;
- 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 10) miejsce i termin składania ofert;
- 11) termin związania ofertą;
- 12) informacja o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
- 13) informacja o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
- 14) informacja o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna;
- 15) informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Bardzo podobnie przedstawia się zakres informacji, jakie zamawiający musi podać w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem (por. art. 48 ust. 2 PZP) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust. 1 PZP).

8.3. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu

Do upływu terminu składania ofert lub terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu można zmienić treść ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający przekazuje w tym celu drogą elektroniczną Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, zgodnie z odpowiednim formularzem.

W przypadku każdej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, trzeba rozważyć, czy w wyniku zmiany wykonawcy nie będą potrzebowali dodatkowego czasu na przygotowanie niezbędnych zmian w ofertach lub wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w razie potrzeby przedłużyć odpowiednio termin składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jeśli zaś zmianę ogłoszenia o zamówieniu można zakwalifikować jako „istotną”, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, a ponadto wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, wówczas termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:

- 1) 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia do publikacji w Dz.U. UE – w trybie przetargu nieograniczonego;
- 2) 30 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia do publikacji w Dz.U. UE – w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem (termin ten może być skrócony do 10 dni, jeśli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia).

Ustawa nie definiuje zamkniętego katalogu zmian traktowanych jako istotne bądź nieistotne, a zatem w praktyce dość problematyczne może być ustalenie, czy zamawiający, dokonując zmiany ogłoszenia, jest związany wskazanymi wyżej terminami. Należy jednak przyjąć, że przez zmianę „istotną” będziemy rozumieli w szczególności każdą taką zmianę, która diametralnie modyfikuje przedmiot zamówienia lub wpływa na krąg wykonawców, którzy mogliby być potencjalnie zainteresowani danym zamówieniem.

Zamawiający planował wszcząć postępowanie zmierzające do zawarcia umowy na świadczenie usług sprzątnięcia budynków na okres 24 miesięcy. Po publikacji ogłoszenia o zamówieniu doszedł jednak do wniosku, że konieczne jest zawarcie umowy na dłuższy okres 48 miesięcy. Taką zmianę należy potraktować jako istotną, gdyż:

- znacząco zmienia zakres zamówienia;



- może spowodować, że do postępowania zgłoszą się wykonawcy, którzy z różnych przyczyn nie byli zainteresowani świadczeniem usług na „pierwotnych warunkach”, tj. przez 24 miesiące.

9. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

9.1. Uwagi ogólne

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (w skrócie SIWZ) to kluczowy dokument sporządzany przez zamawiającego w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Z wyjątkiem trybu zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej, jest ona sporządzana dla każdego zamówienia, niezależnie od przyjętego trybu postępowania⁶⁰.

Specyfikacja jest sporządzana przez kierownika zamawiającego, w razie potrzeby przy pomocy projektantów, konsultantów, komisji przetargowej, wykonawców (w ramach dopuszczalnego dialogu technicznego), innych ekspertów i doradców. Może ona zostać sporządzona również przez wybranego zamawiającego (w przypadku zamówień wspólnych udzielanych przez kilku zamawiających) lub przez pełnomocnika wybranego przez zamawiającego do przygotowania postępowania na podstawie art. 15 ust. 2 PZP.

Należy pamiętać, że z wyjątkiem dialogu technicznego, udział innych podmiotów w opracowaniu SIWZ może utrudniać im późniejszy udział w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzeniem postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami, które przygotowywały SIWZ dla zamawiającego, podlegają wykluczeniu z postępowania, chyba że wykażą, że ich udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji⁶¹.

⁶⁰ W przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, sporządzenie SIWZ nie jest wymagane przez ustawę, a warunki udzielenia zamówienia opisuje się wówczas w zaproszeniu do negocjacji. W przypadku zaś licytacji elektronicznej dokumentem określającym warunki zamówienia i składania ofert jest ogłoszenie.

⁶¹ Por. art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP.

Za przygotowanie postępowania, a zatem również za sporządzenie SIWZ, odpowiada zawsze kierownik zamawiającego, a także inne osoby (pracownicy), w zakresie, w jakim powierzono im czynności związane z przygotowaniem postępowania. Korzystanie ze wsparcia pełnomocnika nie zwalnia zamawiającego z tej odpowiedzialności, co oznacza, że błędy pełnomocnika obciążają również zamawiającego.



9.2. Udostępnianie SIWZ wykonawcom

Co do zasady SIWZ przekazuje się wykonawcom nieodpłatnie, na różnych etapach postępowania w zależności od przyjętego trybu. W przetargu nieograniczonym specyfikację może otrzymać każdy zainteresowany, dlatego też wyjątkowo w tym trybie zamawiający może żądać zapłaty ceny za jej udostępnienie na wniosek zainteresowanego podmiotu, który pokryje ewentualne koszty wydruku i przekazania SIWZ. W pozostałych trybach specyfikacja przekazywana jest ograniczonej liczbie wykonawców – spełniających warunki udziału w postępowaniu i zaproszonych do składania ofert.

W każdym z trybów udzielenia zamówienia zamawiający może umieścić SIWZ na stronie internetowej (własnej lub należącej do innego podmiotu). Nie może jednak tego zrobić przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu w jednym z oficjalnych publikatorów (BZP, DZ.U. UE). Publikacja SIWZ na stronie internetowej jest jednak obowiązkowa w trybie przetargu nieograniczonego aż do momentu upływu terminu składania ofert.

Jednostki prowadzące działalność naukową lub badawczą mogą być zobowiązane do udostępnienia SIWZ każdemu podmiotowi, który o to zawnioskuje w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, nawet po zakończeniu postępowania.



9.3. Elementy obowiązkowe

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z art. 36–36b PZP musi zawierać pewne obowiązkowe elementy, które mówiąc najogólniej:

- 1) określa przedmiot zamówienia, czyli co zamawiający chce kupić, termin i warunki jego realizacji, a tym samym – przyszłe umowne obowiązki wykonawcy, a także dopuszczalny zakres podwykonawstwa czy też obowiązek osobistej realizacji zamówienia przez wykonawcę – w tym zakresie głównym elementem SIWZ będą dokumenty opisujące przedmiot zamówienia⁶² oraz wzór umowy;
- 2) wyznaczają reguły, według których postępować będą w trakcie procedury udzielenia zamówienia zarówno zamawiający, jak i wykonawcy, tj. określa m.in. warunki udziału w postępowaniu, wiążące terminy, wymaganą zawartość wniosku czy oferty, przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert i ich znaczenie (w tym sposób obliczenia ceny), sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami w trakcie postępowania, a także wymagania dotyczące formalności, które muszą być dopełnione po wyborze najkorzystniejszej oferty w celu zawarcia umowy.

Powyższy katalog ulega jednak modyfikacji stosownie do wartości zamówienia oraz trybu, w jakim jest ono udzielane. Ustawa w poszczególnych przepisach wyraźnie wskazuje, które elementy w konkretnym przypadku nie są wymagane.



Przykład

W przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne, zamawiający nie musi żądać od wykonawców wadium czy też dokumentów, potwierdzających, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Konsekwentnie w takim przypadku SIWZ nie będzie zawierać wykazu takich dokumentów oraz wymogów dotyczących wadium.



Przykład

W przypadku postępowań wieloetapowych (np. w przetargu ograniczonym czy też negocjacjach z ogłoszeniem) SIWZ jest przekazywana wyłącznie wykonawcom uprzednio zakwalifikowanym do złożenia

⁶² Specyfikacje techniczne, kosztorysy, decyzje, pozwolenia, rysunki itp., o czym szerzej w dalszej części Podręcznika w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia.

oferty i nie będzie już opisywać warunków udziału w postępowaniu – te bowiem zostały opisane w ogłoszeniu o zamówienia właśnie na potrzeby prekwalfikacji wykonawców.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia może zawierać również inne elementy, niewskazane w przepisach PZP i nieregulowane przez ustawę. Zależy to wyłącznie od zamawiającego, jego potrzeb oraz specyfiki zamówienia. Mowa tu m.in. o postanowieniach opisujących szerszy kontekst udzielanego zamówienia (szczegóły dotyczące przedsięwzięcia, w ramach którego ogłaszane jest postępowanie), instrukcjach dotyczących przygotowania dokumentów oraz wymaganych oświadczeń i ich wzorach opracowanych przez zamawiającego i załączonych do SIWZ, czy też objaśnieniach dotyczących sposobu przyznawania punktów w ramach oceny ofert wraz z konkretnymi przykładami w przypadku skomplikowanych technicznych kryteriów oceny ofert.

9.4. Opis przedmiotu zamówienia

9.4.1. Uwagi ogólne

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) to szczegółowe określenie rodzaju i zakresu świadczenia, które wykonawca będzie realizował w ramach udzielonego mu zamówienia, w tym wyznaczenie terminu wykonania umowy oraz szczególnych wymagań dotyczących ilości i jakości zamawianych świadczeń.

Źródłami OPZ są:

- SIWZ (zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 PZP);
- załączone do SIWZ dokumenty, takie jak: dokumentacja projektowa, specyfikacje, programy funkcjonalno-użytkowe, rysunki, decyzje administracyjne, pozwolenia, kosztorysy, przedmiary, tabele elementów rozliczeniowych, harmonogramy;
- wzór umowy;
- odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ;

- bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa regulujące kwestie związane z udzielanym zamówieniem.

Funkcjami OPZ są:

- określenie potrzeby zamawiającego;
- stanowienie podstawy do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia;
- wyznaczenie kręgu potencjalnych wykonawców – pozwala ustalić właściwe proporcje co do warunków udziału w postępowaniu;
- w trybach negocjacyjnych – określenie możliwego zakresu negocjacji, a po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia również umożliwienie jej zmiany;
- stanowienie punktu odniesienia dla udzielania zamówień uzupełniających i dodatkowych.

9.4.2. Wymagania dotyczące OPZ

Podstawowe zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które znajdują zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówienia (tj. dostaw, usług oraz robót budowlanych), zostały określone w art. 29 oraz 30 PZP. Wymagają one od zamawiającego, aby przedmiot zamówienia był opisany:

- w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji;
- bez wskazywania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że będzie to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia a zamawiający nie będzie w stanie opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, przy czym wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”;
- za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia wskazanych w art. 30 ust. 1–3 PZP z jednoczesnym dopuszczeniem rozwiązań równoważnych;

- z zastosowaniem nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV)⁶³.

Ustawodawca w sposób szczegółowy uregulował rodzaj i zakres dokumentów, za pomocą których zamawiający opisuje zamówienia na roboty budowlane, przewidując, że zamawiający wykorzystuje do tego:

- dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót – przy projektach typu „wybuduj”;
- program funkcjonalno-użytkowy – przy projektach typu „zaprojektuj i wybuduj”⁶⁴.



9.4.3. Uczciwa konkurencja a potrzeby zamawiającego

Zakaz opisywania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie oznacza przymuszenia zamawiającego do nabywania dóbr, które nie będą odpowiadać jego potrzebom. Zamawiający może wprowadzić wymogi, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, pod warunkiem że takie ograniczenie konkurencji nie ma na celu preferowania określonego wykonawcy, ale otrzymanie dostaw, usług lub robót w jak największym stopniu odpowiadających jego obiektywnym, uzasadnionym potrzebom.

Aby wykazać zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji, należy dowieść, że oczekiwane przez zamawiającego parametry są na tyle wygórowane, a przy tym nieuzasadnione jego potrzebami, że utrudniają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania zgodnie z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Nie można całkowicie wykluczyć, że w skrajnych przypadkach przy specyficznych zamówieniach, zwłaszcza prototypowych i innowatorskich, na rynku znajdzie się tylko jeden czy dwóch wykonawców zdolnych do złożenia oferty. Jednak dopóki warunki zamówienia będą uzasadnione potrzebami zamawiającego, nie będzie można postawić mu zarzutu ograniczenia konkurencji.

⁶³ O kodach CPV zob. szerzej w rozdziale II.

⁶⁴ Szczegółowy zakres i formę wszystkich wskazanych dokumentów określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.



Przykład

Działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję będzie opis przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego tylko producenta, podział zamówienia na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w jednym zamówieniu kilku dóbr, które zamawiający mógłby bez problemu uzyskać oddzielnie (na różnych rynkach).

Wykonawcy nie przysługuje natomiast uprawnienie do żądania od zamawiającego, aby podwyższył wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Wymagania na niższym poziomie sprzyjają konkurencji, a zatem ich postawienie nigdy nie będzie naruszeniem przepisów PZP.



Z orzecznictwa

Zamawiający określa warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia. Nie jest zobowiązany do zmiany swoich potrzeb i wymagań na mniej korzystne dla siebie tylko dlatego, aby umożliwić wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. [...] To zamawiający ustala sposób, w jaki jest dla niego najbardziej odpowiednie wykonywanie usługi i to wykonawcy są zobowiązani dostosować się do potrzeb zamawiającego, nie zaś odwrotnie⁶⁵.

Należy przyznać Zamawiającemu uprawnienie do takiego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, które będzie czynić zadość jego uzasadnionym potrzebom. Celem postępowania jest bowiem nabycie przez zamawiającego określonych rzeczy lub usług, nie zaś sprzedaż przez wykonawców posiadanego asortymentu⁶⁶.

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, powinien tak określić parametry, aby zrealizować zamówienie mógł nie tylko jeden wykonawca, a gdyby tak postawione wymogi uniemożliwiały nadal realizację zamówienia innym poza tym jedynym wykonawcą, powinien być uwzględnąć różne technologie pozwalające na osiągnięcie stawianego produktowi celu. Skoro na rynku producentów procesorów są stosowane różne technologie, wydajność procesora nie może być ograniczona wyłącznie do oczekiwania parametrów uniemożliwiających zaofiarowanie innej, lecz nie gorszej technologii⁶⁷.

⁶⁵ Wyrok z KIO z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1209/13.

⁶⁶ Wyrok z KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. KIO 114/13.

⁶⁷ Uchwała KIO z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. KIO/KD 19/09.

9.4.4. Zasady użycia znaków towarowych i patentów

Użycie do OPZ znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wskazuje na konkretnego wykonawcę. Dlatego ich użycie możliwe jest tylko wyjątkowo, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Dla uniknięcia wątpliwości i sporów z wykonawcami, zamawiający powinien sprecyzować, jakie rozwiązania (parametry) będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność, chociażby poprzez wskazanie parametrów minimalnych – np. „moc urządzenia nie mniejsza niż...”, „wydajność nie gorsza niż...”, „maksymalny pobór energii nie może przekroczyć...”.

Formułka: „Ilekcroć w niniejszej SIWZ zostaną wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenia zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych wg parametrów producenta” jest niewystarczająca, aby uznać, że zamawiający wyczerpująco określił, co rozumie pod pojęciem „równoważny”.



Naruszeniem ustawy PZP będzie również przewidzenie w SIWZ, że ustalenie równoważności produktów nastąpi po złożeniu ofert na podstawie badania przeprowadzonego przez specjalistyczne laboratorium.

9.4.5. Precyzja i jednoznaczność

Od zamawiającego wymaga się wykorzystania do OPZ standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej branży. Tego samego wymaga się od projektantów sporządzających dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne. Pozwoli to uniknąć nieporozumień i uzyskać oferty porównywalne. Jak się jednak okazuje, nawet wykonawcy z tej samej branży mogą odmiennie rozumieć pewne sformułowania. Dlatego też dobrze jest zdefiniować w SIWZ kluczowe pojęcia opisujące przedmiot zamówienia.



Pamiętaj

Niejednoznacznych i wprowadzających w błąd postanowień SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść tej strony, która zrezagowała tekst, a zatem będą one zawsze obciążać zamawiającego.

9.4.6. Kompletność i szczegółowość – odpowiedzialność za błędy w OPZ

Niedopuszczalne jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, szacunkowy, niedookreślony, przenoszący na wykonawców ciężar jego dookreślenia. Na niekompletny OPZ wskazują postanowienia SIWZ nakazujące wykonawcy zdobycie wszelkich informacji, które mogą być konieczne do przygotowania oferty i skalkulowania ceny, w szczególności podczas wizji lokalnej w terenie.

Usprawiedliwieniem niekompletnego OPZ nie może być niewiedza zamawiającego odnośnie pełnego zakresu zamówienia; zamawiający powinien odpowiednio zabezpieczyć swoje potrzeby poprzez korzystanie z prawa opcji lub udzielenie zamówień uzupełniających, które pozwalają na większą elastyczność.

Pozostawienie jakichkolwiek treści, a szczególnie skutkujących możliwością powstania obowiązku zapłacenia kar umownych, do dorozumienia, nie może być uznane za właściwe wypełnianie obowiązku sporządzenia kompletnego OPZ.



Z orzecznictwa

Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót⁶⁸.

⁶⁸ Wyrok z KIO z dnia 27 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 806/11.

Prace, których nie było w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, a których wykonanie jest niezbędne do realizacji zamówienia, nie wchodzą w zakres obowiązków wykonawcy – zamawiający powinien udzielić na nie dodatkowego zamówienia (np. z wolnej ręki jako zamówienie dodatkowe).



9.5. Pytania dotyczące treści SIWZ

W razie jakichkolwiek wątpliwości dotyczących treści SIWZ, wykonawca może zawsze zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o ich wyjaśnienie w trybie art. 38 PZP. W praktyce tryb ten wykorzystywany jest przez wykonawców do składania zamawiającemu propozycji zmiany SIWZ.

Wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wiąże zamawiającego, zobowiązując go do udzielenia odpowiedzi, jeśli został złożony do końca dnia, w którym upływa **połowa terminu wyznaczonego na składanie ofert**.

Zamawiający wyznaczył **7-dniowy** termin składania ofert → połowa tego terminu upływa z końcem 4. dnia.

Zamawiający wyznaczył **45-dniowy** termin na składanie ofert → połowa tego terminu upływa z końcem 23. dnia.

Zamawiający udziela odpowiedzi niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) **6 dni** przed upływem terminu składania ofert;
- 2) **4 dni** przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- 3) **2 dni** przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. „progów unijnych”.

Może się zdarzyć, że aby dotrzymać powyższych terminów na udzielenie odpowiedzi, zamawiający będzie zmuszony przedłużyć termin składania ofert.





Przedłużenie terminu składania ofert nie powoduje wydłużenia terminu na zadawanie pytań.

Wniosek, który wpłynie po terminie lub dotyczy zagadnień już uprzednio wyjaśnionych, zamawiający może pozostawić bez rozpoznania. Udzielając wyjaśnień, zamawiający nie może ujawnić źródła zapytania.

Niezależnie od przewidzenia takiej możliwości w SIWZ, zamawiający zawsze może zorganizować spotkanie informacyjne z wykonawcami w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji. Bezpośrednie spotkanie z wykonawcami ma wiele zalet i pozwala szybko rozwiązać ewentualne niejasności. Jego organizacja nie nakłada zaś na zamawiającego wiele pracy – z przebiegu spotkania wystarczy sporządzić informację zawierającą pytania zgłoszone na zebraniu i udzielone odpowiedzi a następnie przekazać ją wszystkim wykonawcom.

9.6. Zmiana SIWZ

- **Dopuszczalność**

Zmiana SIWZ jest możliwa:

- w „uzasadnionych” przypadkach;
- wyłącznie do upływu terminu składania ofert.

Za uzasadnioną modyfikację SIWZ przyjmuje się zmianę tych wymagań, które nie odpowiadają w pełni zamierzeniom zamawiającego, zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.

Przepisy PZP nie ograniczają zakresu możliwych zmian, a zatem zmianie co do zasady może podlegać każdy element SIWZ, w szczególności warunki udziału w postępowaniu, czy też kryteria oceny ofert.



W negocjacjach z ogłoszeniem istnieje możliwość **doprecyzowania lub uzupełnienia** SIWZ po negocjacjach, aczkolwiek tylko **w takim zakresie, w jakim była przedmiotem negocjacji** (art. 59 ust. 1 PZP). Tego rodzaju modyfikacje nie mogą jednak prowadzić do istotnej

zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia – tj. np. modyfikować kryteria oceny ofert.

• **Konsekwencje**

Informację o zmianie SIWZ należy przekazać niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym wcześniej ją przekazano, a jeżeli jest ona dostępna na stronie internetowej, to zmianę zamieszcza się również na tej stronie. Jest ona wiążąca dla wszystkich wykonawców, niezależnie od tego, czy zamawiający dokonał „fizycznej” zmiany pierwotnej SIWZ, przekazując wykonawcom jej nowy jednolity tekst. Przy licznych zmianach wskazane jest jednak przygotowanie takiej ostatecznej wersji SIWZ, która uwzględnia wszystkie modyfikacje.

Jeżeli w przetargu nieograniczonym zmiana SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, należy dane ogłoszenie odpowiednio zmodyfikować i wydłużyć termin na składanie ofert⁶⁹.

W przetargu nieograniczonym każda zmiana postanowień SIWZ polegająca na wydłużeniu terminu składania ofert wymaga bezwzględnie zmiany ogłoszenia w rubryce, która określa ten termin.

Jeśli zmiana SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, zamawiający powinien przedłużyć termin składania ofert, o ile jest **to niezbędne w celu wprowadzenia zmian w ofertach**. Taka potrzeba pojawi się zwykle w sytuacji zmiany:

- 1) w kryteriach oceny ofert;
- 2) w opisie przedmiotu zamówienia;
- 3) istotnych postanowień wzoru umowy.

W przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem zmiana SIWZ dokonana po upływie terminu składania wniosków, prowadząca do zmiany treści ogłoszenia, jest niedopuszczalna.



⁶⁹ O istotnych zmianach ogłoszenia por. rozdział II 8.8.3.

III. Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (na wzorze przetargu nieograniczonego)

10. Składanie ofert

Celem postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej. Pojęcie oferty nie zostało uregulowane w sposób szczególny dla potrzeb zamówień publicznych, dlatego należy interpretować je zgodnie z regulacją kodeksu cywilnego. Oferta jest zatem składanym drugiej stronie oświadczeniem woli zawarcia umowy, określającym istotne postanowienia tej umowy.

Należy wspomnieć, że jakkolwiek nie sformułowano autonomicznej dla zamówień definicji oferty, prawodawca przewidział pewne specyficzne regulacje jej dotyczące. Po pierwsze, ustawodawca przyznał zamawiającemu kompetencję do umożliwienia wykonawcom składania ofert wariantowych, a zatem ofert przewidujących, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Składanie ofert wariantowych możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy cena nie jest jedynym kryterium oceny.



Zamawiający, w przypadku gdy dopuszcza składanie ofert wariantowych, zobowiązany jest zawrzeć szczegółowy opis sposobu przedstawienia tej oferty, czyli przynajmniej jej minimalne warunki, związane z alternatywnym sposobem wykonania przedmiotu zamówienia, co ma w konsekwencji bezpośredni wpływ na ocenę złożonych ofert.⁷⁰

Inna instytucją, o której należy wspomnieć w tym kontekście, jest oferta częściowa. Na podstawie definicji ustawowej, jest to oferta przewidująca, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego. Wynika z tego, że

⁷⁰ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 710/12.

jedynym ograniczeniem dla skorzystania z tej możliwości jest podzielność zamówienia. Należy pamiętać, że wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca maksymalną liczbę części zamówienia.

Zamawiający decyduje zatem o tym, czy dopuszcza taką możliwość czy też nie. Prawo zamawiającego w tym zakresie nie jest jednak bezwzględne, podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielony, nie prowadzi do naruszenia zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji.⁷¹



10.1. Z czego składa się oferta

W świetle przepisów prawa zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma druga część definicji kodeksowej, czyli wymóg określania istotnych postanowień umowy. Biorąc pod uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający określa w ogłoszeniu oczekiwania co do kształtu tej umowy (np. warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert), należy przyjąć, że w skład oferty wykonawcy wchodzi zarówno dokumenty dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia, jak i dokumenty potwierdzające możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę. Konieczne elementy oferty wyznacza zatem treść postanowień SIWZ.

Zważyć należy, że na podstawie art. 82 ust. 3 PZP treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających ze specyfi-

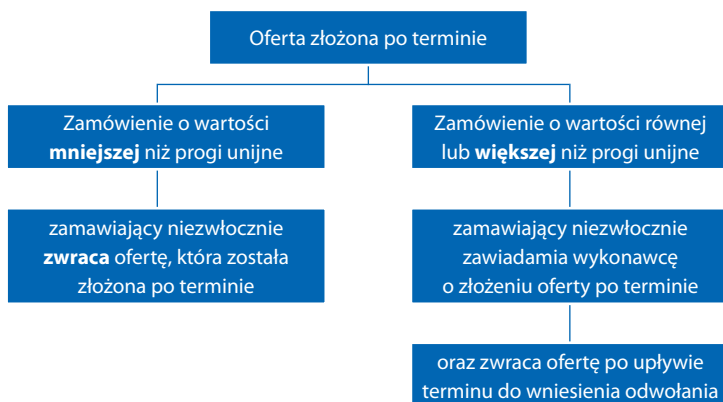


⁷¹ Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-648/05.

kacji istotnych warunków zamówienia było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r.⁷² w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. Nr 71, poz. 645), to informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 PZP, bez względu na to, czy zostały objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.⁷³

Należy również pamiętać, że ofertę składa się – pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ofertę należy złożyć w miejscu i terminie określonym przez zamawiającego w ogłoszeniu.

Ustawodawca przesądził skutki złożenia oferty po wskazanym przez zamawiającego terminie, co przedstawia poniższy diagram:



⁷² Jakkolwiek przywołany fragment odnosi się do nieobowiązującego już rozporządzenia (obecnie obowiązujące jest 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), zachowuje ono swoją aktualność.

⁷³ Uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. III CZP 74/05.

10.2. Termin związania ofertą

Wraz z upływem terminu składania ofert wykonawca nie może już cofnąć związanej oferty i jest związany jej treścią. Czas związania zależy od decyzji zamawiającego, choć ustawodawca określił maksymalne okresy związania.

TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ				
30 dni	60 dni		90 dni	
Wszystkie zamówienia, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.	Dostawy i usługi	Roboty budowlane	Dostawy i usługi	Roboty budowlane
	Wartość jest większa niż progi unijne , ale mniejsza niż 10 000 000 euro	Wartość jest większa niż progi unijne , ale mniejsza niż 20 000 000 euro	Wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro	Wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro
$X < \text{progi unijne}$	$\text{Progi unijne} < X < 10\,000\,000 \text{ euro}$ $\text{Progi unijne} < X < 20\,000\,000 \text{ euro}$		$X \geq 10\,000\,000 \text{ euro}$ $X \geq 20\,000\,000 \text{ euro}$	

Niekiedy jednak zachodzi potrzeba przedłużenia terminu związania ofertą. Ustawodawca przewidział możliwość wystąpienia takiej sytuacji, wprowadzając w ustawie odpowiednią regulację. Mianowicie, zgodnie z art. 85 ust. 2 PZP wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą.

Zamawiający powinien pamiętać, że wykonawca może odmówić przedłużenia terminu związania ofertą, a odmowa taka nie wywołuje dla niego ujemnych skutków, w szczególności nie powoduje utraty wadium.



Należy jednak podkreślić, że zamawiający może tylko raz, co najwyżej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.



Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

10.3. Wadium

Podobnie jak w przypadku oferty, pojęcie wadium również nie zostało zdefiniowane autonomicznie na potrzeby prawa zamówień publicznych. Wobec tego należy odwołać się do znaczenia, jakie przypisuje się temu pojęciu na gruncie prawa cywilnego. Stosownie do treści art. 704 § 1 KC przez wadium należy rozumieć określoną sumę albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty. W przypadku zamówień publicznych kluczowe znaczenie mają art. 45 i 46 PZP, które kształtują charakter wadium składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu po pierwsze należy zaznaczyć, że w postępowaniach prowadzonych w trybie:

- przetargu nieograniczonego,
- przetargu ograniczonego,
- negocjacji z ogłoszeniem,
- dialogu konkurencyjnego,

zamawiający jest zobowiązany do żądania wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne. Jeżeli wartość zamówienia jest niższa, zamawiający nie jest zobowiązany, ale może wymagać wniesienia wadium. Możliwość taka istnieje także w odniesieniu do postępowań prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz licytacji elektronicznej.

Ustawodawca ograniczył swobodę zamawiającego co do wartościżądanego wadium, wskazując, że kwotę tę określa się w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.

Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części.

Ustawa zawiera również katalog form, w których można żądać wadium:

- pieniądze,
- pieniężne poręczenia bankowe lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- gwarancje bankowe,
- gwarancje ubezpieczeniowe,
- poręczenia udzielane przez fundusze poręczeniowe⁷⁴.

Wadium złożone przez wykonawcę nie jest własnością zamawiającego. Zatrzymanie wadium wraz z odsetkami możliwe jest jedynie wobec spełnienia jednej z następujących przesłanek:

- wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jeżeli wykonawca cofnie ofertę przed upływem terminu, zamawiający zobowiązany jest do niezwłocznego zwrotu wadium na jego wniosek. Z zastrzeżeniem przypadków wskazanych w powyższej ramce, wadium należy zwrócić także wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ jemu wadium zostaje zwrócone niezwłocznie po zawarciu

⁷⁴ Zob. art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości



umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.



Zamawiający powinien pamiętać, że jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zwrotowi podlega nie tylko jego kwota, ale również odsetki wynikające z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

11. Udział w postępowaniu

Przepisy prawa zamówień publicznych, stojąc na straży interesu publicznego, przewidują określone zasady oceny podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wyposażeni zostali w szereg instrumentów pozwalających na weryfikację, czy wykonawca jest w stanie udźwignąć ciężar realizacji umowy.

W tym celu zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego badają, czy wykonawcy:

- spełniają warunki udziału w postępowaniu (tzw. przesłanki pozytywne udziału w postępowaniu);
- nie podlegają wykluczeniu z postępowania (tzw. przesłanki negatywne udziału w postępowaniu).

11.1. Warunki udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności;
- posiadania wiedzy i doświadczenia;
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Niezależnie od dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków, każdy z wykonawców musi złożyć również oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Warunki te są konkretyzowane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie opisuje on sposób oceny ich spełnienia przez wykonawców. Skonkretyzowanie danych warunków pozostaje w gestii zamawiającego – może on, lecz nie musi opisywać szczegółowo, jak będzie przebiegała ocena ich spełnienia.

Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się odpowiednią sytuacją ekonomiczną i finansową. Może nie konkretyzować warunku, polegając wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Jednak może też postawić wymóg np. posiadania średniego przychodu z 3 ostatnich lat obrotowych w określonej wysokości, co będzie musiało być wykazane przez wykonawcę za pomocą sprawozdań finansowych.



Warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne.

Zamawiający prowadzi postępowanie na zakup samochodów osobowych o łącznej wartości 1 mln zł. W tej sytuacji warunek udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia polegającego na dostawie aut ciężarowych byłby niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Z kolei sprzeczny z zasadą proporcjonalności byłby wymóg wykazania się doświadczeniem w dostawach samochodów osobowych np. o wartości 5 mln zł.



11.2. Korzystanie z zasobów podmiotów trzecich

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy (oprócz możliwości tworzenia konsorcjów wynikającej z art. 23 ust. 1 PZP) mogą również opierać się na potencjale podmiotów trzecich. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W szczególności wykonawca powinien

w tym celu przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający powinien zaś zbadać, czy udostępnienie zasobów będzie miało charakter realny i wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przez okres realizacji zamówienia. Takie skrupulatne badanie ma na celu zapewnienie, że udostępnienie zasobów nie będzie miało charakteru fikcyjnego (tzw. handel referencjami). W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający może również zażądać złożenia dokumentów, które będą potwierdzały brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Należy pamiętać, że zasoby uzyskane przez wykonawcę od podmiotów trzecich mogą być wykorzystane jedynie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (minimalnych), lecz nie mogą stanowić podstawy do przyznawania punktów rankingowych w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem.



Możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w realizacji zamówienia jest ściśle warunkowana udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie sytuacji, w której wykonawca – nie angażując innego podmiotu w realizację zamówienia – twierdziłby równocześnie, że jednak cały czas dysponuje zasobami tego podmiotu w trakcie wykonania zamówienia. Warunkujący poleganie na zasobach wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, na zasadzie art. 26 ust. 2b p.z.p., udział tego podmiotu w realizacji zamówienia musi przybrać formę podwykonawstwa. Nie sposób wyobrazić sobie innej formuły realnego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.⁷⁵

11.3. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu

W celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, zamawiający może, a w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych – ma obowiązek, żądać złożenia doku-

⁷⁵ Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. KIO 2885/13.

mentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Katalog powyższych dokumentów ma charakter zamknięty i jest określony w przepisach Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231; dalej: rozporządzenie dokumentowe). Warunki udziału w postępowaniu oraz przyporządkowane im dokumenty obrazuje poniższa tabela.

Warunek udziału w postępowaniu	Dokument żądany na jego potwierdzenie
Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności	Odpowiednie dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesje, zezwolenia lub licencje.
Wiedza i doświadczenie – roboty budowlane	Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
Wiedza i doświadczenie – dostawy i usługi	Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.
Potencjał techniczny	Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego posiadanego przez wykonawcę lub które będzie pozostawało w jego dyspozycji.

Warunek udziału w postępowaniu	Dokument żądany na jego potwierdzenie
Zasoby ludzkie – pracownicy	Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych oraz liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.
Zasoby ludzkie – specjaliści	Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.
Zasoby ekonomiczne – przychody	Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości – również opinia odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego: inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.
Zasoby ekonomiczne – ubezpieczenie OC	Opłacona polisa, a w przypadku jej braku – inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
Zasoby finansowe – środki pieniężne	Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.



Pamiętaj

Dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia są tzw. poświadczenia (potocznie: referencje). Ich treść nie musi wyczerpująco odnosić się do warunku opisanego w wykazie, ale powinna umożliwiać przyporządkowanie referencji do konkretnych zamówień wskazanych przez wykonawcę w wykazie oraz wyraźnie potwierdzać,

że zamówienie zostało wykonane należycie. Jedynie w drodze wyjątku wykonawcy mogą zamiast referencji posługiwać się oświadczeniem własnym, jednak muszą udowodnić w takiej sytuacji istnienie obiektywnych przyczyn, które uniemożliwiły im uzyskanie referencji (np. upadłość lub likwidacja podmiotu, na rzecz którego wykonali zamówienie).

Poza wskazanymi wyżej dokumentami, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny być także załączone pełnomocnictwa i inne dokumenty umożliwiające identyfikację osoby, która podpisała ofertę lub wniosek.

Warto również pamiętać o następujących ważnych zasadach dotyczących składania dokumentów:

- dokumenty powinny być składane w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (wyjątek: zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów oraz pełnomocnictwa – te dokumenty nie mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę; konieczne jest złożenie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza);
- do dokumentów zagranicznych nie trzeba załączać apostille;
- tłumaczenia dokumentów zagranicznych nie muszą być tłumaczeniami przysięgłymi;
- jeśli kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, zamawiający może żądać złożenia oryginału.

Kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te osoby trzecie. Świadczy o tym użycie sformułowania „odpowiednio” w przepisie § 7 ust. 2 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), co wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.⁷⁶



⁷⁶ Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1253/13.



Składane dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie ze stanem na dzień, w którym upływał termin składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

11.4. Przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu

Poza wykazaniem tzw. przesłanek pozytywnych, czyli dysponowania odpowiednim potencjałem pozwalającym na prawidłową realizację zamówienia, zamawiający bada również, czy wykonawcy nie powinni zostać wyeliminowani z postępowania, gdyż z innych przyczyn nie dają gwarancji należytej realizacji zamówienia. Przyczyny te zostały wyczerpująco wylistowane w art. 24 ust. 1 i 2 PZP. Podobnie jak w przypadku warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia powinien być wykazywany za pomocą oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz szeregu dokumentów, enumeratywnie wskazanych w rozporządzeniu dokumentowym:

Przesłanka wykluczenia	Badany dokument	Aktualność*
Likwidacja lub upadłość wykonawcy (za wyjątkiem upadłości układowej, jeśli układ nie przewiduje likwidacji majątku upadłego)	Aktualny odpis z właściwego rejestru (Krajowego Rejestru Sądowego) lub z centralnej ewidencji informacji o działalności gospodarczej	6 miesięcy
Zaleganie z płatnościami podatków i opłat	Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego	3 miesiące
Zaleganie z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne	Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego	3 miesiące
Karalność wykonawcy (członka zarządu, wspólnika, komplementariusza) za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 oraz 10–11 PZP	Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego	6 miesięcy
Orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego (np. spółki) zakazu ubiegania się o zamówienie	Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego	6 miesięcy

* Maksymalny termin wystawienia dokumentu, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

• **Dokumenty wykonawców zagranicznych**

Wskazane wyżej dokumenty są wydawane w Polsce, a zatem co do zasady będą dotyczyły wyłącznie wykonawców mających siedzibę w Polsce. Natomiast wykonawcy zagraniczni zamiast powyższych dokumentów składają:

Przesłanka wykluczenia	Badany dokument	Aktualność*
Likwidacja lub upadłość wykonawcy (za wyjątkiem upadłości układowej, jeśli układ nie przewiduje likwidacji majątku upadłego)	Dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie ogłoszono jego upadłości ani likwidacji	6 miesięcy
Zaleganie z płatnościami podatków i opłat	Dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie zalega on z uiszczaniem podatków, opłat, składek	3 miesiące
Zaleganie z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne	Dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie zalega on z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne	3 miesiące
Karalność wykonawcy (członka zarządu, wspólnika, komplementariusza) za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 oraz 10–11 PZP	Zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą	6 miesięcy
Orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego (np. spółki) zakazu ubiegania się o zamówienie	Dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie	6 miesięcy

* Maksymalny termin wystawienia dokumentu, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jeżeli w danym kraju nie wydaje się danego rodzaju dokumentów (dokumentu urzędowego), wykonawca może zamiast nich przedłożyć zamawiającemu oświadczenie złożone przed notariuszem, z którego będzie wynikać potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.



Przykład

W państwie X nie obowiązuje (jak w Polsce) ustawa o odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych i nie orzeka się wobec takich podmiotów zakazu ubiegania się o zamówienie. W takiej sytuacji wykonawca musi dostarczyć zamawiającemu złożone przez upoważnioną osobę przed notariuszem oświadczenie, z którego będzie wynikać, że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.



Pamiętaj

Zamawiający może być zmuszony do badania, jakie dokumenty oraz o jakiej treści są wystawiane w obcym państwie zgodnie z prawem tego państwa. Jest to często zadanie bardzo trudne, zwłaszcza w przypadku wykonawców pochodzących z „egzotycznych” krajów. Narzędzia, jakie w tym celu może wykorzystać zamawiający, to m.in.:

- System e-certis zawierający informacje na temat dokumentów przetargowych wydawanych w Unii Europejskiej⁷⁷; należy jednak mieć na uwadze, że nie jest on źródłem prawa, a informacje w nim zawarte mają tylko charakter pomocniczy;
- Orzecznictwo KIO wydawane w podobnych sprawach – należy jednak dokonać dokładnej analizy uzasadnienia wyroku i sprawdzić, czy orzeczenie jest aktualne;
- Korespondencja z ambasadami i konsulatami – pozwala uzyskać bezpłatnie informacje na temat dokumentów wydawanych w obcym państwie; niestety bywa to czasochłonne.



Z orzecznictwa

Przepisy o zamówieniach publicznych nie dają wskazówki co do tego, jak należy rozumieć użyty [...] zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem”. W ocenie składu orzekającego Izby zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem” oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną.⁷⁸

11.5. Inne przesłanki wykluczenia

Oprócz przesłanek do wykluczenia z postępowania, których brak wykonawca wykazuje za pomocą dokumentów, istnieją również dodat-

⁷⁷ <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do>

⁷⁸ Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 2660/10.

kowe podstawy wykluczenia wykonawcy, które mogą zaktualizować się w określonych okolicznościach.

11.6. Wyrządzenie szkody zamawiającemu

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

11.7. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy

Z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

11.8. Konflikt interesów

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

11.9. Podanie nieprawdziwych informacji

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

11.10. Wykonawcy z tej samej grupy kapitałowej



Z tą przesłanką skorelowany jest obowiązek wykonawcy złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do danej grupy kapitałowej.

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

11.11. Brak wadium lub brak związania ofertą

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w przypadku wyboru ich oferty w wyniku wniesionego odwołania do KIO albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

11.12. Wzywianie do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów

Jeśli dokumenty złożone w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu są niejasne lub niejednoznaczne, zamawiający może wezwać do ich wyjaśnienia. Wezwanie do wyjaśnienia dokumentu może być formułowane wielokrotnie w stosunku do tego samego dokumentu.

Wykonawca pochodzący z kraju X złożył odpis z rejestru sądowego, z którego wynika, że określone osoby pełnią funkcję dyrektora, dyrektora zarządzającego oraz sekretarza spółki. Zamawiający musi ustalić, które z tych osób będą podlegały weryfikacji w kontekście potwierdzenia ich niekaralności. W tym celu wzywa wykonawcę do wyjaśnień, które z osób wskazanym w odpisie należy uznać za „urzędujących członków organu zarządzającego”, o których wspomina art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP.



Przykład

Jednak w sytuacji gdy dokument nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a wezwanie do wyjaśnień wydaje się bezcelowe, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, wyznaczając ku temu odpowiedni termin (uwzględniający rodzaj i liczbę dokumentów, które musi uzupełnić wykonawca). Podstawą do wezwania jest zarówno brak dokumentu lub jego nieprawidłowa treść. Formułując wezwanie, zamawiający musi precyzyjnie określić, jakie są wady lub braki w złożonych dokumentach – niejasne lub niejednoznaczne wezwanie może być podstawą odwołania do KIO lub wiązać się z koniecznością powtórnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu. Wykonawca, który zaprzepaści szansę na prawidłowe uzupełnienie dokumentu, musi się liczyć z wykluczeniem z udziału w postępowaniu.



Pamiętaj

Każdy dokument uzupełniany na wezwanie zamawiającego powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle art. 26 ust. 3 Pzp decydująca jest treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. W przypadku informacji z KRK to nie data wystawienia jest wyłączną przyczyną uznania, że dokument nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia. Istotna jest bowiem, tak jak w przypadku każdego uzupełnianego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – treść całego dokumentu.⁷⁹



Z orzecnictwa

⁷⁹ Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 835/13, por. również m.in. wyrok z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. KIO 2939/12; KIO 2942/12, a także wyrok z dnia 12 maja 2009 r., sygn. KIO/UZP 540/09.

12. Kryteria oceny ofert

Oferta najkorzystniejsza to zgodnie z definicją ustawową oferta najtańsza albo oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, jeśli wybór dokonywany jest na podstawie wielu, w tym także niecenowych kryteriów.

W związku z powyższym szczególnego znaczenia nabiera zawarty w SIWZ opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający z jednej strony powinien określić kryteria i sposób ich oceny w sposób precyzyjny, co ma mu umożliwić dokonanie obiektywnej oceny. Z drugiej natomiast strony opis kryteriów i sposobu oceny ma zapewnić równe szanse wykonawcom, którzy przygotowują oferty.



Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego powinna zostać wyłączona.

Podstawowym argumentem jest konieczność zapewnienia weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz inne uprawnione podmioty. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych.⁸⁰

⁸⁰ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2013 r., sygn. KIO 2349/13.

12.1. Cena jako obowiązkowe kryterium oceny ofert

Wśród kryteriów oceny ofert tylko cena jest zawsze obowiązkowym kryterium oceny. Jest to w pełni uzasadnione, biorąc pod uwagę, że zamawiającymi są najczęściej podmioty dysponujące środkami publicznymi. Wobec tego obligatoryjność kryterium ceny stanowi konsekwencję wyrażonej w art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych dyrektywy celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.

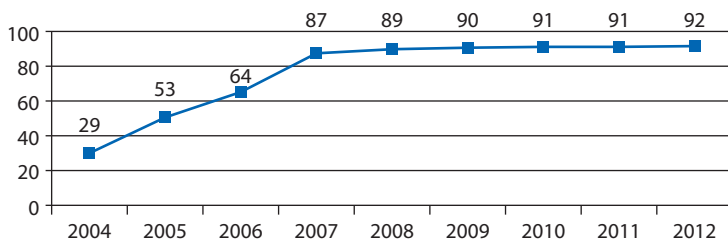
Zgodnie z ustawowym odesłaniem do treści ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, należy przez nią rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Istotne jest, że w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów, sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Zamawiający powinien pamiętać, że dokonując oceny złożonych ofert w kontekście ich ceny, należy brać pod uwagę wszystkie środki, jakie będzie musiał wydać. Dotyczy to w szczególności ewentualnych zobowiązań podatkowych zamawiającego. Zgodnie z art. 91 ust. 3a PZP, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty zobowiązany jest doliczyć do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.



W praktyce, zamawiający najczęściej udzielają zamówienia wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. Wydaje się jednak, że ze względu na specyfikę zamówień udzielanych w związku z działalnością twórczą lub naukową, stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert jest częstsze.

Poniższy schemat przedstawia procentowy udział zamówień o wartości poniżej progów unijnych udzielanych wyłącznie na podstawie ceny.



12.2. Pozacenowe kryteria oceny ofert

W kontekście zamówień udzielanych w związku z działalnością naukową, szczególnie istotnym zagadnieniem jest możliwość stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert. Ustawodawca przesądził bowiem, że w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wyboru oferty najkorzystniejszej można dokonać jedynie na podstawie najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Należy jednak pamiętać, że zamawiający jest zobowiązany do wyboru oferty na podstawie najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów także w innych sytuacjach.

Obowiązek wyboru oferty na podstawie najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów	
Art. 2 pkt 5	Gdy zamawiający udziela zamówienia w zakresie działalności twórczej lub naukowej, którego przedmiot nie daje się z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.
Art. 60b ust. 1 pkt 2	Gdy zamawiający udziela zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego.
Art. 83 ust. 1	Gdy zamawiający dopuszcza możliwość składania oferty wariantowej.
Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych na podstawie art. 91 ust. 91 ust. 8 PZP	Gdy przedmiotem zamówienia jest zakup pojazdów samochodowych.

Jedynie we wspomnianym powyżej rozporządzeniu określono konkretne kryteria, jakie zamawiający musi użyć, dokonując oceny. Są nimi:

- zużycie energii,
- emisja dwutlenku węgla,
- emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Poza zamówieniami, których przedmiotem są pojazdy samochodowe, ustawodawca przyznał zamawiającemu swobodę w doborze kryteriów. Kryteriami oceny ofert – zgodnie z art. 91 ust. 2 PZP – 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.

Ustawowy katalog ma charakter jedynie przykładowy, o czym przesądza zwrot „w szczególności”, a zatem zamawiający może określić inne kryteria oceny ofert – takie, które zagwarantują mu uzyskanie możliwie najlepszego rozwiązania w kontekście istniejących potrzeb. Należy jednak podkreślić, że swoboda zamawiającego w doborze kryteriów oceny ofert nie jest absolutna. Na podstawie bowiem art. 7 ust. 3 PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Oznacza to, że dobór kryteriów oceny ofert powinien być podporządkowany przepisom ustawy, a szczególne znaczenie ma tutaj zgodność z zasadami prawa zamówień publicznych.

Warto zwrócić uwagę, że wśród najważniejszych wymogów, jakie ustawodawca stawia przed zamawiającymi w kontekście doboru kryteriów, należy wymienić następujące:

- **Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.**

Warunek ten jest konsekwencją określonej w art. 7 ust. 1 zasady równego traktowania wykonawców – ponieważ celem postępowania jest

nabycie określonego dobra, kryteria oceny mogą odnosić się jedynie do przedmiotu zamówienia.



Jedyny wyjątek od tej zasady przewiduje art. 5 ust. 1 PZP, zgodnie z którym zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy nie stosuje się do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym.



Zamawiający prowadzi przetarg na usługi doradztwa prawnego, które stanowią usługi o charakterze niepriorytetowym. W takim postępowaniu dopuszczalne jest posłużenie się jako kryterium oceny ofert doświadczeniem wykonawcy i punktowanie np. liczby usług, jakie z powodzeniem wykonała ubiegająca się o zamówienie kancelaria prawnicza.



Chociaż lista kryteriów nie jest listą wyczerpującą i zamawiający może określić własny ich zestaw kryteriów, to jednak kryteria oceny ofert nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Kryteria muszą być sformułowane obiektywnie, odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów.⁸¹

Należy również pamiętać, iż kryteria oceny ofert nie mogą być sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, nie mogą one ograniczać konkurencji, a tym bardziej nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych preferencji określonych wykonawców.⁸²

- **Kryteria oceny muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia.**

Wymóg, aby kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia, ma znaczenie nie tylko w kontekście postulatu równego traktowania wykonawców. Oferta, którą wybierze zamawiający, ma być najkorzystniejsza z punktu widzenia jego potrzeb. Stąd kryteria, którymi zamierza

⁸¹ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. KIO/1314/13.

⁸² Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. KIO/UZP 2803/10.

się posługiwać, powinny dotyczyć tych cech przedmiotu zamówienia, które przesądzą o najlepszym zaspokojeniu danych potrzeb.

Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. W tym względzie przyznać należy rację Zamawiającemu, iż uprawniony on jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalenia kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego przedmiotu.⁸³

Należy wyprowadzić bezwzględny postulat, by kryteria oceny oferty były formułowane w sposób, który pozwoli na wybór oferty rzeczywiście najbardziej korzystnej z punktu widzenia istniejących potrzeb. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne, prowadzące do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności.⁸⁴

Oczywistym wydaje się, że za kryteria odnoszące się do przedmiotu umowy (kryteria przedmiotowe) należy uznać wszystkie jej istotne postanowienia, które stanowią jej treść, wszak ich kształt ma zadecydować o tym, czy umowa będzie dla zamawiającego korzystna.⁸⁵

- **Kryteria oceny muszą pozwalać na porównanie ofert.**

Zamawiający powinien określić kryteria w sposób umożliwiający ocenę porównawczą złożonych ofert w kontekście przedmiotu zamó-



⁸³ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2009 r., sygn. KIO/UZP 368/09.

⁸⁴ Uchwała SN z dnia 18 września 2002 r., sygn. III CZP 52/02.

⁸⁵ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1274/10.

wienia określonego w specyfikacji technicznej. Wymóg ten jest ściśle związany z wcześniej przedstawionymi. Porównywalność ofert ma zatem z jednej strony chronić przed arbitralnością zamawiającego i nierównym traktowaniem wykonawców, z drugiej natomiast gwarantować możliwość wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.



Ukształtowanie przez Zamawiającego kryteriów oceny, gdzie kryterium tym są poza kryterium ceny inne kryteria, daje Zamawiającemu możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie tylko cenowo, ale i gwarantującej najkorzystniejsze rozwiązania funkcjonalnie, technicznie itp. Jednakże kryterium takie musi odnosić się do przedmiotu zamówienia, być obiektywne i dające faktyczną możliwość porównania ofert w tym kryterium, zaś ukształtowanie kryterium, które mógłby spełnić tylko jeden wykonawca, bowiem tylko on dysponuje rozwiązaniem, które było oceniane, mogłoby prowadzić pośrednio do naruszenia konkurencji oraz pozorności kryterium.⁸⁶

Podstawowym warunkiem dla zapewnienia porównywalności ofert jest precyzyjne sformułowanie kryteriów. Jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określi kryteria i ich wagi w sposób umożliwiający wykonawcom dostosowanie oferty do określonych parametrów, możliwe jest porównanie ofert i wybór przedmiotu, który w największym stopniu spełnia potrzeby zamawiającego.

Należy zaznaczyć, że jakkolwiek kryteria powinny być sformułowane w sposób możliwie najbardziej jednoznaczny i precyzyjny, zamawiający może formułować kryteria „niewymierne”. Ma to szczególne znaczenie w przypadku nabywania określonych dóbr w drodze konkursu. Jak już wspomniano, przedmiot konkursu jest w założeniu pracą o charakterze twórczym, innowacyjnym, co przesądza o konieczności oceny takiej pracy przy użyciu kryteriów, które ze swojej istoty są niemierzalne. Należy wobec tego stwierdzić, że zastosowanie tego rodzaju kryterium, które będzie się opierać na subiektywnej ocenie

⁸⁶ Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1934/10.

oceniającego, jest możliwe, o ile specyfika przedmiotu zamówienia to uzasadnia. Jednocześnie kryterium takie, choć niemierzalne – musi być poddane kwantyfikacji, co oznacza, że zamawiający powinien możliwie najdokładniej sprecyzować, jakie czynniki będzie brał pod uwagę, oraz szczegółowo opisać sposób przyznawania punktów i określić wagi przypisane poszczególnym kryteriom.

- **Badanie i ocena ofert**
- **Możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert**

Po otwarciu ofert zamawiający bada ich treść. Gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo ustalić, zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty. Termin na złożenie wyjaśnień określa sam zamawiający, mając na uwadze termin związania ofertą. Termin ten powinien być rozsądny – realnie umożliwiający wykonawcy przygotowanie stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty – mogą jedynie ograniczać się do jej wykładni (interpretacji dotychczasowej treści). Wyjaśnieniu może przy tym podlegać jedynie treść oferty, a nie jej braki, czy też braki w złożonych oświadczeniach bądź dokumentach stanowiących załączniki do oferty.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Procedura wyjaśnień nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej ograniczać lub rozszerzać. Naruszałoby to bowiem uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców.

Ustawa PZP przewiduje pewien wyjątek od tych zasad, dotyczący postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. W tym przypadku w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przed-



stawienia informacji dodatkowych. Nadal jednak niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- **Poprawianie ofert**

Artykuł 87 ust. 2 PZP nakazuje zamawiającemu (to obowiązek zamawiającego, a nie uprawnienie), aby samodzielnie, z własnej inicjatywy, poprawił w złożonej ofercie:

- 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, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W praktyce obowiązek poprawienia dotyczy najczęściej omyłki pisarskiej. Oczywiście omyłką pisarską jest omyłka widoczna na pierwszy rzut oka, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się także omyłkę, która nie jest widoczna od razu, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość oferty. W szczególności omyłkę taką może stanowić niezamierzone przekręcenie, opuszczenie wyrazu, błąd logiczny, pisarski lub niedokładność przypadkowa. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy.

Oczywista omyłka rachunkowa jest najczęściej konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia wyliczeń arytmetycznych, a w szczególności polega na błędnym zsumowaniu lub odjęciu poszczególnych pozycji czy też ich przemnożeniu lub podzieleniu. W konsekwencji za omyłkę rachunkową można uznać tylko omyłkę, wynikającą z działań arytmetycznych, sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych.

Niezgodność zaoferowanego produktu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie jest ani oczywistą omyłką pisarską, ani rachunkową. Nie można bowiem mówić o oczywistości omyłki w sytuacji, gdy nie jest ona widoczna na pierwszy rzut oka i nie jest potwierdzona w innych miejscach oferty.⁸⁷



Trzeci typ omyłki, która powinna być poprawiona przez zamawiającego w toku oceny ofert, polega na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie, musi być nieistotna, tj. niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Uznanie, że wykonawca popełnił omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, sprowadza się do analizy wszystkich przedłożonych z ofertą dokumentów. Jeśli na pierwszy rzut oka jasno i wyraźnie widać, że omyłka ta nie wpływa na zasadnicze zobowiązania wynikające z oferty, należy przyjąć, że podlega ona poprawieniu.

Sam wykonawca nie jest uprawniony, aby inicjować lub uczestniczyć w czynności poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub też innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących zmian w treści oferty. Może wprowadzić zwrócić uwagę zamawiającego na takie omyłki, jego wskazanie nie jest jednak dla zamawiającego wiążące; zamawiający ma jedynie obowiązek zawiadomić wykonawcę, którego ofertę poprawił, o dokonaniu takiej korekty.

Jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP (niezgodność oferty z SIWZ niepowodująca istotnych zmian w treści oferty), zamawiający musi odrzucić jego ofertę.



• Podstawy odrzucenia oferty

Jedną z najważniejszych czynności zamawiającego przy badaniu i ocenie ofert jest analiza, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty.

⁸⁷ Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r., sygn. KIO 2639/13.

W przypadku zaistnienia chociażby jednej z powyższych przesłanek zamawiający jest zobowiązany ofertę odrzucić.

- **Niezgodność oferty z ustawą**

Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP). Będzie to dotyczyć niezgodności oferty przede wszystkim z ustawą PZP, jak również z aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie.



Przykład

- 1) Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie dopuszczono składania ofert częściowych, złożył dwie oferty, jednak zgodnie z art. 82 ust. 1 PZP wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.
- 2) Wykonawca złożył ofertę w języku francuskim, choć zgodnie z art. 9 ust. 2 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego językiem obowiązującym jest język polski.

- **Niezgodność z SIWZ**

Zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP). Wykonawca zobowiązany jest bowiem złożyć ofertę zgodną z wszystkimi wymogami opisanymi w SIWZ.



Przykład

Wykonawca w ofercie określił parametry techniczne zaoferowanego sprzętu komputerowego (np. w zakresie pamięci operacyjnej i szybkości procesora), które są niższe niż analogiczne parametry wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- **Czyn nieuczciwej konkurencji**

Zamawiający – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP – ma obowiązek odrzucić ofertę, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Wykonawca składa ofertę, której przedmiotem jest dostawa podzespołów elektrycznych objętych patentem uzyskanym przez podmiot trzeci, który dodatkowo jest konkurentem wykonawcy w tym samym przetargu. W przypadku powzięcia niebudzących wątpliwości informacji, że wykonawca naruszył cudze prawo wynikające z patentu, zamawiający powinien odrzucić złożoną ofertę, uznając, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji.



- **Rażąco niska cena**

Zamawiający – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP – ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. szerszej pkt d poniżej).

- **Oferta wykonawcy wykluczonego lub niezaproszonego do składania ofert**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP dotyczy dwóch sytuacji:

- 1) gdy zamawiający, badając formalne warunki spełnienia udziału w postępowaniu, wykluczył wykonawcę z postępowania w wyniku stwierdzenia braku spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W złożonej ofercie zamawiający stwierdził brak aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego i wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 PZP do jego uzupełnienia, a wykonawca w wyznaczonym terminie tego dokumentu nie uzupełnił.



- 2) w postępowaniach dwuetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, zapytanie o cenę), gdy wykonawca nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to ją złożył.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego zamawiający przewidział, że do złożenia ofert zaprosi pięciu wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów w wyniku weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wnioski



złożyło dziesięciu wykonawców. W drugim etapie na zaproszenie zamawiającego oferty złożyło pięciu wykonawców z pozycji 1–5 listy rankingowej oraz bez zaproszenia wykonawca z pozycji nr 6. Oferta wykonawcy znajdującego się na pozycji nr 6 podlega odrzuceniu.

- **Błąd w obliczeniu ceny**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP dotyczy sytuacji związanej z błędnym obliczeniem ceny. Błąd ten należy rozumieć jako obliczenie ceny oferty w odmienny sposób niż zostało to ustalone w SIWZ przez zamawiającego. Od błędu należy odróżnić omyłkę rachunkową, czyli niewłaściwe działanie arytmetyczne, które powinno być poprawione przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP.



Wykonawca błędnie założył, że świadczona usługa objęta jest stawką podatku VAT – 7% i w ten sposób skalkulował cenę w ofercie, podczas gdy w rzeczywistości usługa ta objęta jest stawką VAT – 23%.

- **Brak zgody na poprawienie omyłek**

Treść art. 89 ust. 1 pkt 7 PZP jest konsekwencją dokonania przez zamawiającego korekty w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP). W przypadku dokonania takich poprawek przez zamawiającego i przy niewyrażeniu zgody wykonawcy na ich dokonanie w terminie 3 dni od dnia otrzymania pisma o poprawie innych omyłek, zamawiający powinien taką ofertę odrzucić na podstawie tej właśnie przesłanki.

- **Nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP ustanawia podstawę odrzucenia oferty, gdy jest ona nieważna zgodnie z odrębnymi przepisami. W szczególności chodzi tutaj o przepisy kodeksu cywilnego dotyczące składania oświadczeń woli.

Oferta została złożona i podpisana przez pracownika wykonawcy nieupoważnionego do reprezentacji spółki (podmiot nieuprawniony) bądź osobę mającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych (np. osobę niepełnoletnią).



- **Tajemnica przedsiębiorstwa**

Jawność postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 PZP). Każde naruszenie zasady jawności może przyczynić się do wadliwości postępowania i w efekcie prowadzić do jego unieważnienia.

Tylko w wyjątkowych przypadkach zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Jednym z odstępstw od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) określa tajemnicę przedsiębiorstwa jako „niepodane do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Wykonawca może zastrzec, że określone informacje w ofercie lub wniosku stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, a zatem mają charakter niejawni. Informacja taka stanowi jednak tajemnicę przedsiębiorstwa, tylko wówczas, gdy spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, a także posiada wartość gospodarczą;
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Niespełnienie którejkolwiek (choćby jednej) z powyższych przesłanek wyłącza możliwość uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu powyższej ustawy.



W szczególności, chcąc skutecznie zastrzec informacje jako objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wykaazać, że podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, tj. działania zmierzające do tego, aby informacja nie została w żaden sposób upubliczniona.

Prawo do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane z uwagi na dążenie wykonawców do utajnienia swojej oferty w jak największym stopniu, w celu utrudnienia lub uniemożliwienia innym wykonawcom składania środków zaskarżenia dotyczących treści tej oferty. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-450/06 stwierdził, że: „Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu”. W swoich orzeczeniach dotyczących tej kwestii ETS kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Podobne stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza.



Przepis art. 8 ust. 3 p.z.p. nie może być nadużywany i stosowany jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.⁸⁸



Nawet jeżeli wykonawca wyłączył jawność składanych w postępowaniu dokumentów, to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania zasadności takiego zastrzeżenia (jest to obowiązek, nie uprawnienie), a następnie podjęcia decyzji o ewentualnym odtajnieniu zastrzeżonej części oferty wykonawcy. Zamawiający jest zatem zobowiązany, aby zbadać, czy zastrzeżenie poufności informacji uczynione jest w sposób prawidłowy i czy wykonawca rzeczywiście podjął środki w celu zachowania poufności danej informacji, a informacja nie jest publicznie jawna. W tym celu zamawiający może w szczególności wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jeśli zaś wykonawca zastrzegł

⁸⁸ Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. KIO 762/12.

jako poufne informacje, co do których w rzeczywistości nie zostały spełnione przesłanki ustawowe, zamawiający powinien odtajnić te informacje, nie bacząc na zastrzeżenie poufności dokonane przez wykonawcę.

Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych przez siebie w przeszłości prac, przy czym wykaz ten był dostępny na jego stronie internetowej. Informacje zawarte w wykazie nie korzystają zatem z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa.



Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności następujące dokumenty (informacje):

- 1) aktualny odpis z właściwego rejestru, zgodnie bowiem z ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym rejestr ten jest jawny;
- 2) informacje ujawniane przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4 PZP), czyli nazwa (firma) oraz adres (siedziba) wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie;
- 3) kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

Należy pamiętać, że zamawiający, mając do czynienia w treści oferty z zastrzeżeniem poufności określonych informacji, powinien w każdym przypadku dokonać indywidualnej, wnikliwej oceny zasadności dokonania przez wykonawcę takiego zastrzeżenia.

13. Rażąco niska cena jako podstawa odrzucenia oferty

13.1. Identyfikacja ceny rażąco niskiej

W ramach procesu oceny ofert zamawiający ma obowiązek zbadania, czy oferta złożona przez wykonawcę nie podlega odrzuceniu z powodu wskazania w niej rażąco niskiej ceny. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawa nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej, co utrudnia zamawiającemu zidentyfikowanie ofert podlegających na tej podstawie odrzuceniu. Pewne wskazówki co do wykładni pojęcia ceny rażąco niskiej wypracowało orzecznictwo. Mianowicie z orzeczeń KIO wynika, że cena rażąco niska to cena nierealna, odbiegająca w znaczny sposób od cen rynkowych, wskazująca na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów.



O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.⁸⁹

Za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie niebędąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku.⁹⁰

Ceny towarów i usług oferowane na rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania zagadnienia ceny rażąco niskiej niż wartość szacunkowa, która bywa często zawyżana przez zamawiających, szczególnie w branży robót budowlanych.⁹¹

Sprawdzając, czy oferty złożone w postępowaniu nie zawierają rażąco niskiej ceny, zamawiający nie może porównywać ich wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia (powiększonej o VAT), cen zafakturowanych przez innych wykonawców biorących udział w danym postępowaniu lub cen dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia oferowanych w innych postępowaniach. Wartości te mogą stanowić dla zamawiającego jedynie punkt odniesienia w trakcie badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, jednak nie mogą przesądzać o jej wy-

⁸⁹ Wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r., KIO 592/13.

⁹⁰ Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., KIO 1377/12.

⁹¹ Wyrok KIO z dnia 5 października 2012 r., KIO 2005/12.

stąpieniu⁹². Duża różnica pomiędzy ceną oferty a wartością przedmiotu zamówienia niejednokrotnie może wynikać z błędu zamawiającego i nienależytego oszacowania przez niego tej wartości. Z kolei występowanie różnic pomiędzy cenami ofert złożonych w danym postępowaniu jest naturalnym objawem konkurencji i nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że wykonawca oferujący najniższą cenę oferuje cenę rażąco niską⁹³. Porównanie do niej ceny oferty w niektórych przypadkach nie będzie w żadnym stopniu miarodajne.

Oceniając, czy cena jest rażąco niska, nie można się ograniczyć do porównania jej z cenami innych ofert złożonych w tym lub podobnych postępowaniach oraz wartości przedmiotu zamówienia. Okoliczności te stanowią jedynie wskazówki mogące świadczyć o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.



Odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że istnieje zagrożenie, że cena ofertowa jest rażąco niska. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.⁹⁴



Z faktu zaoferowania ceny niższej od szacunkowej wartości zamówienia, jak i cen zaoferowanych przez innych wykonawców nie można wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.⁹⁵

Przedmiot zamówienia jest niezmienny w toku postępowania od chwili jego ustalenia treścią SIWZ, poprzez złożenie ofert, aż do podpisania umowy, natomiast wartość szacunkowa zamówienia może być ustalona błędnie, albo przy braku należytej staranności, albo może w toku postępowania ulec dezaktualizacji w wyniku

⁹² Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2013 r., KIO 1428/13.

⁹³ Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2012 r., KIO 2578/12; KIO 2594/12.

⁹⁴ Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r., KIO 238/13; KIO 251/13.

⁹⁵ Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r., KIO 239/13.

zmian cen na danym rynku. Wartość szacunkowa zamówienia jest jednym z elementów odniesienia przy ustalaniu, czy złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, ale nie jest parametrem jedynym, którego nie można obalić za pomocą innych dowodów.⁹⁶

13.2. Cena rażąco niska a cena jednostkowa

Co do zasady, zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny całkowitej wskazanej w ofercie a nie składających się na nią cen jednostkowych. Stwierdzenie przez zamawiającego zaniżenia przez wykonawcę jednego z elementów składających się na cenę nie może prowadzić do odrzucenia oferty, jeżeli cena całkowita nie odbiega od cen rynkowych.



Pamiętaj

Ceną rażąco niską może być zasadniczo tylko cena całkowita oferty a nie cena jednostkowa wchodząca w jej skład.



Z orzecznictwa

Kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może skazywać na rażąco niską cenę ofertową.⁹⁷

Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 p.z.p. stanowią literalnie, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji, np. do ceny jednostkowej brutto za 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych.⁹⁸

Jakiegolwiek zaniżenie ceny określonego elementu kosztorysowego jako argument za twierdzeniem o rażąco niskiej cenie nie powinien być a limine negowany, niesporne jest, że podstawą jest ocena ceny ofertowej jako całości.⁹⁹

⁹⁶ Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r., 2819/12.

⁹⁷ Wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r., KIO 1068/13.

⁹⁸ Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2013 r., KIO 1338/13.

⁹⁹ Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r., KIO 654/13.

Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do ceny zaproponowanej przez wykonawcę za cały przedmiot zamówienia a nie wyłącznie jego niektórych elementów.¹⁰⁰

W niektórych jednak szczególnych sytuacjach to cena jednostkowa może decydować o wystąpieniu ceny rażąco niskiej.

Pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny globalnej – ale w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia rzeczywistymi cenami były ceny jednostkowe, to one będą podstawą rozliczenia wykonanej umowy. W tym postępowaniu w ogóle nie da się wyliczyć, na podstawie złożonych ofert, żadnej ceny globalnej (całkowitej) za realizację umowy. Powyższa okoliczność decyduje o konieczności badania cen jednostkowych w postępowaniu pod kątem rażąco niskiej ceny.

2. Zamawiający nie zleci jednorazowo wykonania 15 usług składających się na przedmiot zamówienia, ale będzie je zlecał w miarę potrzeb, określając rodzaj i ilość, zatem suma pozycji 1–15 nie ma przełożenia na rzeczywistą, przyszłą cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie zaakcentował znaczenie cen jednostkowych ustalając kryteria oceny ofert, sumie pozycji 1–15 również przyznawano punkty, jednak ta pozycja w żaden sposób nie była wyróżniona (szczególnie traktowana). Zatem w niniejszym postępowaniu zamawiający miał pełne prawo badać wysokość cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny.¹⁰¹



13.3. Procedura wyjaśniająca

Przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Zamawiający – zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP – w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamó-

¹⁰⁰ Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., KIO 1351/12.

¹⁰¹ Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 r., KIO 1638/13.

wienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno mieć formę zestawu pytań wskazujących elementy oferty, które w procesie badania ofert wzbudziły wątpliwości zamawiającego i co do których oczekuje wyjaśnień. Warto zwrócić uwagę, że wykonawca nie może się domyślać, jakie elementy jego oferty wzbudziły podejrzenia zamawiającego co do złożenia przez niego oferty z rażąco niską ceną¹⁰².

Prawo zamówień publicznych nie wskazuje terminu, w którym wykonawca powinien udzielić wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny jego oferty. Zamawiający powinien sam ustalić ten termin, zapewniając wykonawcy czas potrzebny do przygotowania należytej odpowiedzi. Termin ten nie powinien być zbyt krótki i powinien uwzględniać treść żądania zamawiającego, w tym liczbę elementów oferty, w zakresie których wezwał wykonawcę do wyjaśnień. Zgodnie z poglądem prezentowanym w doktrynie, w przypadku wyznaczenia zbyt krótkiego terminu wykonawca, który nie zdążył zebrać dowodów uzasadniających zaoferowanie przez niego bardzo niskiej ceny, będzie mógł wnieść odwołanie od decyzji o odrzuceniu jego oferty. W odwołaniu wykonawca będzie mógł zarzucić zamawiającemu naruszenie podstawowych zasad postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania¹⁰³.

Przepisy nie wskazują żadnych obligatoryjnych elementów wyjaśnień. Wykonawca jako podmiot mający najlepszą wiedzę na temat okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, sam decyduje o ich treści, formie, charakterze oraz stopniu szczegółowości. Ważne jest, że zamawiający ocenia pod kątem rażąco niskiej ceny wyjaśnienia wykonawcy wraz z dostarczonymi dowodami. Odpowiednie dowody w niektórych sytuacjach mogą okazać się niezbędne do przekonania zamawiającego, że zaproponowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Ich załączenie leży w interesie

¹⁰² Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1498/13.

¹⁰³ W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012, lex.

wykonawcy, na którym – na tym etapie postępowania – leży ciężar dowodu, że jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP. Wyjaśnienia powinny wskazywać, w szczególności, obiektywne okoliczności, które pozwoliły wykonawcy na zaoferowanie niższej ceny oraz stopień, w jakim wpłynęły na jej wysokość. Należy podkreślić, że nie wystarczy samo powołanie się na oszczędność metody wykonania bez wskazania na źródło tej oszczędności czy też na doświadczenie przy realizacji podobnych kontraktów bez dalszego uzasadnienia¹⁰⁴.

Jeżeli wyjaśnienia wykonawcy okażą się dla zamawiającego niejasne, zamawiający może zwrócić się do niego o ich uszczegółowienie lub udowodnienie¹⁰⁵.

Należy podkreślić, że zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawców o składanie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 PZP „z ostrożności”, kiedy nie ma podstaw do tego, by przypuszczać, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wystąpią racjonalne przesłanki do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty¹⁰⁶.

Nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wezwanie powinno wyraźnie wskazywać, jakie elementy oferty wzbudziły podejrzenia zamawiającego.

Celem działania wykonawcy przy składaniu wyjaśnień jest obalenie domniemania istnienia ceny rażąco niskiej przez wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Gdy zamawiający oceni prawidłowo wyjaśnienia wykonawcy i uzna, że wykonawca nie podołał swojemu obowiązkowi obalenia domniemania, to domniemanie staje się wiążące dla zamawiającego, czyli cena zaoferowana uznana przez niego musi być za rażąco niską.¹⁰⁷



¹⁰⁴ Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2013 r., KIO 1733/13.

¹⁰⁵ Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., KIO 2329/13.

¹⁰⁶ Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., 1282/13.

¹⁰⁷ Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2013 r., KIO 322/13.

Oceniając wyjaśnienia, zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

13.4. Wyjaśnienia a ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa

Wyjaśnienia stanowią integralną część oferty i jeżeli zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ich treść może być zastrzeżona w trybie art. 8 ust. 3 PZP¹⁰⁸.



Szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku.¹⁰⁹

13.5. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny

Jeżeli wykonawca wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 PZP w sprawie rażąco niskiej ceny nie złoży ich w terminie lub też ocena jego wyjaśnień i dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę takiego wykonawcy (art. 90 ust. 3 PZP).

Z orzecznictwa wynika, że brak wystarczających wyjaśnień może być potraktowany jako brak wyjaśnień, co będzie prowadziło do odrzucenia oferty, której wyjaśnienia dotyczyły¹¹⁰.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Prezesa Urzędu oraz

¹⁰⁸ Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., KIO 1377/12.

¹⁰⁹ Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., KIO 995/12.

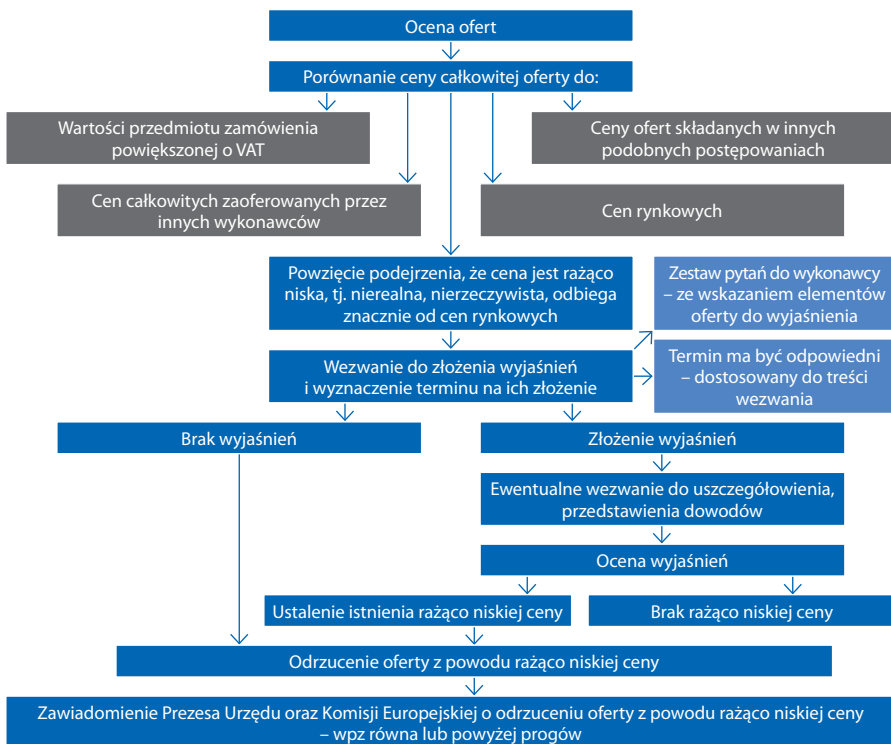
¹¹⁰ Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2013 r., KIO 1286/13.

Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według niego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Obowiązek zawiadomienia nie aktualizuje się w przypadku odrzucenia oferty o takiej wartości z innych powodów.

Zamawiający odrzuca ofertę z rażąco niską ceną, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w zakresie tej ceny albo wyjaśnienia te potwierdzą podejrzenia zamawiającego, że cena ta jest nierealna.

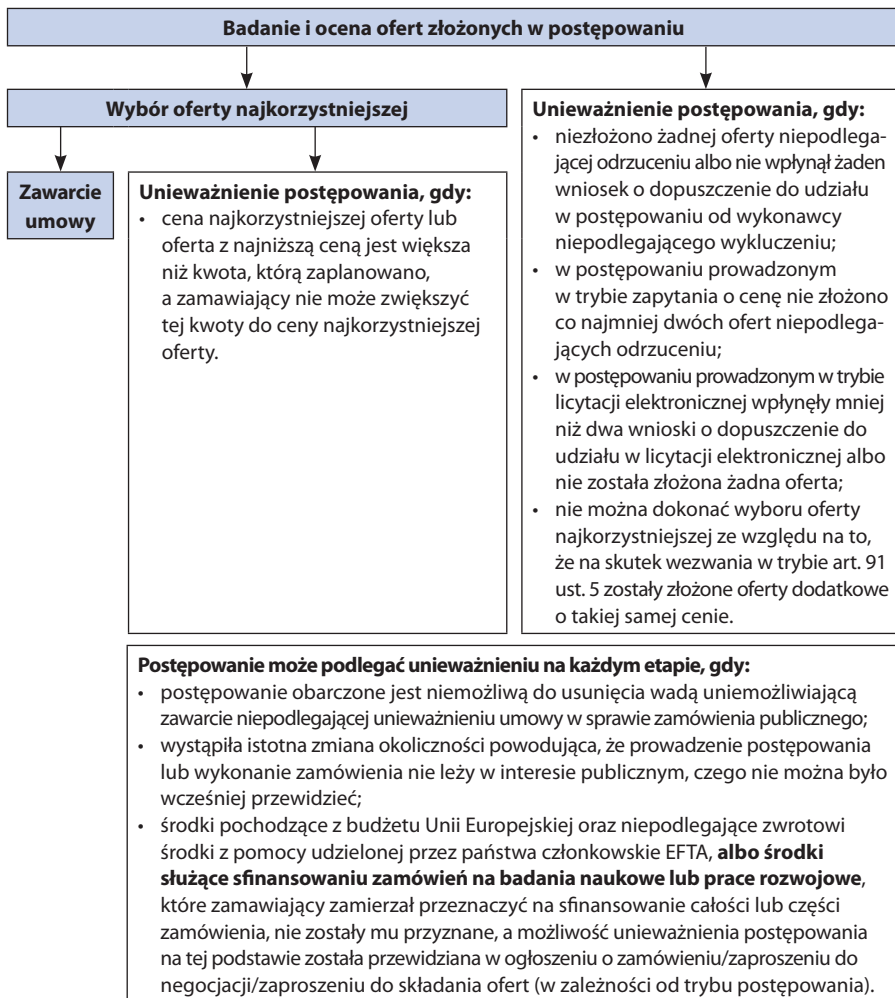


13.6. Schemat działania zamawiającego w przypadku rażąco niskiej ceny



14. Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się wraz z zawarciem umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Modelowy przebieg ostatniej fazy postępowania przedstawia poniższy schemat.



14.1. Wybór oferty najkorzystniejszej

Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując oceny ofert, jest on zobowiązany do przeprowadzenia oceny wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest ocenianie złożonych ofert przy użyciu dodatkowych kryteriów, nawet jeżeli zamawiający uzna, że byłoby to zasadne.

Ustawodawca przewidział wyjątkową sytuację złożenia ofert różnych wykonawców, które przedstawiają taką samą cenę lub identyczny bilans ceny i innych kryteriów. Mianowicie jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.

Jeżeli natomiast w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający musi wezwać wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych, przy czym oferty te nie mogą zawierać cen wyższych niż pierwotnie zaoferowane.

14.2. Aukcja elektroniczna

Szczególnym sposobem wyboru oferty jest włączenie do procesu oceny aukcji elektronicznej. Należy podkreślić, że aukcja taka nie jest trybem postępowania, lecz stanowi dodatkowy instrument, który zamawiający może wykorzystać w celu uzyskania jeszcze niższych cen. Aukcja elektroniczna jest zatem pewnego rodzaju „dogrywką”, w której wykonawcy mogą zaoferować zamawiającemu jeszcze bardziej korzystne warunki realizacji zamówienia.



Zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną, wyłącznie gdy:

- 1) zamówienie nie jest udzielane w zakresie działalności twórczej lub naukowej;
- 2) przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu;
- 3) złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu;
- 4) postępowanie jest prowadzone w trybie:
 - przetargu nieograniczonego,
 - przetargu ograniczonego
 - negocjacji z ogłoszeniem, gdy w 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.

Pierwsza ze wskazanych powyżej przesłanek znacząco zawęża możliwość stosowania aukcji elektronicznej przez podmioty prowadzące działalność naukową. Biorąc jednak pod uwagę, że przesłankę „działalności twórczej lub naukowej” należy interpretować wąsko, instytucja aukcji może znaleźć zastosowanie do nabywania innych dóbr, w szczególności w związku z działalnością administracyjną zamawiającego.



Uniwersytet X zamierza zawrzeć umowę na usługi sprzątnięcia budynków. W tym celu udzielając zamówienia, przy spełnieniu wskazanych przesłanek, może zastosować aukcję elektroniczną.

Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Oznacza to, że nie tylko cena może podlegać modyfikacjom wykonawców w drodze składanych postąpień, ale również kryteria pozacenowe.

Do aukcji powinni zostać zaproszeniu wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu. W zaproszeniu takim określa się:

- pozycje złożonych przez nich ofert i otrzymaną punktację;
- minimalne wartości postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- termin otwarcia aukcji elektronicznej;
- termin i warunki zamknięcia aukcji elektronicznej;
- sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej.

Szczególne znaczenie ma w tym kontekście minimalna wartość postąpień. Zamawiający powinien rozważyć, jaka wartość jest realna w kontekście przedmiotu zamówienia. Jednocześnie powinien zwrócić uwagę, że wartość ta może mieć wpływ na efektywność aukcji.

Zarówno zbyt duża, jak i za niska wartość postąpień może spowodować, że o zwycięstwie nie zdecyduje rzeczywista konkurencja pomiędzy wykonawcami, lecz ich „refleks”.

- Gdy wartość jest zbyt niska – może zwyciężyć ten wykonawca, który w ostatniej chwili złoży ostatnie postąpienie.
- Gdy wartość jest zbyt wysoka – może zwyciężyć ten wykonawca, który jako pierwszy złoży postąpienie.

Aukcja elektroniczna odbywa się za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną. Wykonawcy składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. W toku aukcji zamawiający zobowiązany jest na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.



14.3. Rozstrzygnięcie

Ustawodawca przesądził, że niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przekazuje wykonawcom, którzy złożyli oferty:

- informacje o ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza;
- nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano;
- uzasadnienie wyboru;
- nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- informacje o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- termin, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 92 ust. 2 PZP zamawiający zobowiązany jest również do zamieszczenia na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym informacji, które w związku z wyborem przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty.

14.4. Unieważnienie postępowania

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego reguluje art. 93 PZP. Ustawodawca określił w nim katalog przesłanek, których zaistnienie przesądza o konieczności bądź przyznaje zamawiającemu możliwość unieważnienia (przesłanki te zostały przywołane w tabeli na początku rozdziału). Są jednak wśród nich takie, które mogą powodować pewne trudności interpretacyjne, dlatego wymagają szczególnego objaśnienia.

- **Wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.**

Powyższa przesłanka składa się w istocie z kilku elementów:

- 1) Po pierwsze, zmiana okoliczności musi być istotna, czyli znacząco wpływać na postępowanie. Należy pamiętać, że znaczenie musi uzasadniać bezcelowość prowadzenia postępowania lub wykonania zamówienia zmiany.

Zmianą okoliczności na tyle istotną, że powoduje niecelowość kontynuowania postępowania, jest likwidacja zamawiającego.



- 2) Po drugie, istotna zmiana okoliczności nie została przewidziana. Jest to zatem taka okoliczność, której obiektywnie, przy dołożeniu należytej staranności, nie dało się przewidzieć.

Jeśli likwidacja zamawiającego następuje np. w drodze aktu prawnego, należałoby uznać, że co do zasady nie jest to zmiana, którą zamawiający mógł przewidywać.



- 3) Po trzecie, wystąpienie owej nieprzewidzianej (przy dołożeniu należytej staranności), istotnej okoliczności sprawia, że kontynuowanie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby sprzeczne z interesem publicznym. Należy pamiętać, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów przesłanka interesu publicznego wymaga interpretacji w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Dokonując oceny jej spełnienia, zamawiający powinien zatem brać pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, mając na względzie w szczególności cele, do których realizacji jest zobowiązany, jako podmiot wydatkujący środki publiczne.

Jednak koniecznie należy pamiętać, że interes publiczny nie może być utożsamiany jedynie z interesem ekonomicznym zamawiającego¹¹¹.



¹¹¹ Zob. Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 września 2013 r., sygn. KIO 2104/13.

- **Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

Możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie opiera się na dwóch przesłankach:

- 1) Po pierwsze, wada postępowania musi być niemożliwa do usunięcia.



Wada niemożliwa do usunięcia to taka, której żadne działanie zamawiającego nie naprawi, zdarzenie, które zaistniało i jest nieodwracalne.¹¹²

- 2) Po drugie, owa nieusuwalna wada spowoduje unieważnienie zawartej umowy. Regulacja ta koresponduje z art. 146 PZP, który wymienia katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Sytuacje te nie są jedyne, a konieczność unieważnienia umowy może wynikać z innych naruszeń prawa.



Wspomniany art. 146 ust. 1 PZP wymienia następujące sytuacje, jako powodujące konieczność unieważnienia umowy:

- z naruszeniem przepisów ustawy zastosowano tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- nie zamieszczono ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazano ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- zawarto umowę z naruszeniem odpowiednich terminów, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- uniemożliwiono składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwiono wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego system;

¹¹² Wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. KIO 104/12.

- udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem odpowiedniego terminu;
- z naruszeniem przepisów ustawy zastosowano tryb zapytania o cenę.

Przesłanki fakultatywnego unieważnienia postępowania związane z nieotrzymaniem zewnętrznego finansowania dotyczą sytuacji, w której:

- 1) środki pochodzące z budżetu UE oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie EFTA albo
- 2) środki służące sfinansowaniu zamówień na badania naukowe lub prace rozwojowe,

które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu/zaproszeniu do negocjacji/zaproszeniu do składania ofert (w zależności od trybu postępowania).

Niekiedy się zdarza, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego, a jednocześnie zakłada, że będzie ono dofinansowane ze środków pochodzących z zewnątrz. Gdyby ustawodawca nie przewidział przywołanej wyżej przesłanki unieważnienia, zamawiający musiałby powstrzymać się od rozpoczęcia postępowania, aż do momentu uzyskania decyzji o przyznaniu dofinansowania. Byłoby to poważnym utrudnieniem dla zamawiającego z uwagi na czas konieczny dla przeprowadzenia postępowania, w szczególności gdy szybkie nabycie określonego dobra jest niezbędne, np. z uwagi na konieczność nabycia odczynników do eksperymentów, których przerwanie spowodowałoby znaczne spowolnienie badań.

Podstawowym wymogiem, warunkującym możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji nieprzyznania dofinansowania, jest konieczność zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu/zaproszeniu do negocjacji/zaproszeniu do składania ofert (w zależności od trybu postępowania) odpowiedniej klauzuli informującej wykonawców o takiej możliwości unieważnienia.



Unieważniając postępowanie, zamawiający powinien zawiadomić wszystkich wykonawców, którzy:

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert;
- 2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.



W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Unieważnienie postępowania może również podlegać zaskarżeniu w drodze odwołania do KIO.

Zamawiający powinien również pamiętać, że jeśli unieważni postępowanie, wykonawca, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, może złożyć wniosek, którym zobowiąże zamawiającego do zawiadomienia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia.

14.5. Zawarcie umowy

Pomimo wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie może – co do zasady – od razu zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą. Jeśli bowiem postępowanie nie zostało unieważnione, ustawodawca wyraźnie w art. 94 ust. 1 PZP wskazał, że poza pewnymi wyjątkami umowę zawiera się najwcześniej w określonym ustawowo terminie.

Jak wspomniano, pomimo określenia przez ustawodawcę minimalnych terminów „oczekiwania” (ang. *standstill*), w określonych wyjątkowych sytuacjach możliwe jest skrócenie tego terminu. Mianowicie ustawodawca zezwala na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem wskazanych powyżej terminów, jeżeli:

- 1) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę;

Umowę można zawrzeć najwcześniej:			
Początek biegu terminu	Termin	Warunek	
od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej	15 dni	Jeżeli Wartość zamówienia jest większa lub równa progom unijnym...	a zawiadomienie nie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną
	10 dni	Jeżeli Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne...	a zawiadomienie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną
	10 dni	Jeżeli Wartość zamówienia jest większa lub równa progom unijnym...	a zawiadomienie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną
	5 dni	Jeżeli Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne...	a zawiadomienie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną
A w każdym razie:			
Po ogłoszeniu przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.			

- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego/negocjacji z ogłoszeniem/dialogu konkurencyjnego złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy upłynął termin do wniesienia odwołania na tę czynność lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;
- 3) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej;
- 4) w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne nie odrzucono żadnej oferty oraz nie wykluczono żadnego wykonawcy – dotyczy trybu przetargu nieograniczonego oraz zapytania o cenę;
- 5) w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne nie odrzucono żadnej oferty oraz upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia wykonawcy lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze – dotyczy trybu przetargu ograniczonego/negocjacji z ogłoszeniem/dialogu konkurencyjnego/licytacji elektronicznej;
- 6) postępowanie jest prowadzone w trybie licytacji elektronicznej, z wyjątkiem przypadku wykluczenia wykonawcy, wobec którego

nie upłynął jeszcze termin do wniesienia odwołania lub w następstwie jego wniesienia Izba nie ogłosiła jeszcze wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Także w przypadku trwania postępowania przed KIO możliwe jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed określonym terminem. Aby stało się to możliwe, zamawiający musi złożyć do KIO wniosek o uchylenie zakazu. Złożenie wniosku nie jest jednak gwarancją uchylenia, ponieważ Izba może, ale nie musi uczynić zadość prośbie zawartej we wniosku. W każdym razie, pozytywna decyzja Izby może zapasać jedynie w sytuacji, gdy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu.

14.6. Uchylenie się od zawarcia umowy

W praktyce dużym problemem jest uchylanie się jednej ze stron od zawarcia umowy. Należy zaznaczyć, że odpowiedzialność z tego tytułu dotyczy nie tylko wykonawcy, ale i zamawiającego.

Jeśli od zawarcia umowy uchyła się zamawiający, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, może sądowo dochodzić ostatecznego zawarcia umowy, w szczególności na podstawie art. 64 KC, zgodnie z którym prawomocne orzeczenie sądu może zastąpić oświadczenie zamawiającego o zawarciu umowy.



Nie można też wykluczyć, że w sytuacji uchylania się przez zamawiającego od zawarcia umowy zostanie on pociągnięty do odpowiedzialności odszkodowawczej wobec wykonawcy, który poniósł w związku z tym szkodę.

Częstszą jednak sytuacją będzie uchylanie się wykonawcy. Ustawodawca przesądził, że jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana,

uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki obligatoryjnego unieważnienia postępowania.

Uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy jest również przesłanką do zatrzymania wadium przez zamawiającego.

Ponadto należy zaznaczyć, że również w tego rodzaju sytuacji zamawiający mógłby domagać się odszkodowania od wykonawcy, jeżeli w wyniku jego działania poniósł jakąkolwiek szkodę.

Ustawodawca przesądził, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.



IV. Umowa w sprawie zamówienia publicznego

15. Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

Celem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, na podstawie której wykonawca będzie zobowiązany do dokonania dostawy, wykonania usługi lub robót budowlanych na rzecz zamawiającego. Proces prowadzący do zawarcia umowy jest uregulowany w PZP, podobnie jak niektóre kwestie dotyczące formy czy treści samej umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny. Poza przepisami PZP stosuje się do niej przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności przepisy rozdziału I (część ogólna) oraz III (zobowiązania).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego przybiera najczęściej postać jednej z umów nazwanych na gruncie kodeksu cywilnego, tj. umowy sprzedaży, umowy dostawy, umowy o roboty budowlane, umowy zlecenia czy umowy o dzieło. Nie ma też przeszkód, aby łączyła w sobie cechy wielu umów nazwanych lub była umową nienazwaną (nieposiadającą szczegółowej regulacji prawnej) czy umową „pod klucz” (od etapu projektowania do odbioru uruchomionego obiektu).

Ponadto należy zwrócić uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest odpłatną umową wzajemną, co oznacza, że świadczenie jednej strony umowy jest ekwiwalentem świadczenia drugiej strony, tj. niepieniężne świadczenie wykonawcy polegające na świadczeniu usług, dostawie czy robotach budowlanych stanowi ekwiwalent co do zasady pieniężnego świadczenia zamawiającego. Świadczenia te nie muszą być przy tym obiektywnie ekwiwalentne – wystarczy, żeby były one swoim odpowiednikiem w odczuciu stron umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy adhezyjnej, co oznacza, że o jej treści decyduje przede wszystkim jed-

na strona umowy, czyli zamawiający, a jej zawarcie następuje przez przystąpienie przez wykonawcę do zaproponowanych przez niego warunków. Wykonawca może wpłynąć na jej treść jedynie w bardzo ograniczonym zakresie, zwłaszcza poprzez kształtowanie ceny swojej oferty.

Kształtując treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający musi działać w granicach prawa, a w szczególności powinien uwzględnić ograniczenia co do treści i formy umowy, które wynikają z przepisów PZP.

Do umowy w sprawie zamówienia publicznego stosuje się zasadę swobody umów, która jest podstawową zasadą prawa umów wyrażoną w art. 3531 kodeksu cywilnego. Zgodnie z powyższą zasadą, strony umowy mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, pod warunkiem że jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zasada swobody umów polega na swobodzie co do:

- 1) zawarcia umowy,
 - 2) wyboru kontrahenta,
 - 3) wyboru formy umowy
- oraz
- 4) jej treści.

Powyższe elementy zasady swobody umów na gruncie PZP są istotnie ograniczone, zarówno co do wyboru kontrahenta, formy umowy, jak i jej treści. Ograniczenia te powinny być uwzględnione przez zamawiającego już na etapie przygotowywania SIWZ, której załącznikiem są istotne dla stron postanowienia przyszłej umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP).

Tworząc postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, które mają być załącznikiem do SIWZ, należy pamiętać o ograniczeniach co do treści i formy umowy wynikających z PZP.



16. Ograniczenie zasady swobody umów

16.1. Wybór kontrahenta

Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taki wybór musi być bowiem poprzedzony przeprowadzeniem postępowania w jednym z trybów określonych w PZP. Należy pamiętać, że nawet w przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki, gdy zamawiający prowadzi negocjacje tylko z jednym wykonawcą, PZP nie pozostawia zamawiającemu całkowitej swobody. Ponadto nie można zapominać, że zastosowanie tego trybu wymaga od zamawiającego spełnienia jednej z przesłanek jego zastosowania.

Ograniczenie swobody wyboru kontrahenta może w praktyce doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający będzie zobowiązany do współpracy z wykonawcą, z którym w innych okolicznościach by się na to nie zdecydował. Po wyborze wykonawcy zamawiający ma obowiązek zawrzeć z nim umowę na warunkach wskazanych we wzorze umowy¹¹³. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej powoduje konieczność zawarcia umowy z wykonawcą, którego ofertę uznano za ofertę najkorzystniejszą¹¹⁴. Obowiązek zawarcia umowy ciąży także na wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Uchylenie się od tego obowiązku jest możliwe, ale pociąga za sobą konsekwencje finansowe w postaci utraty wadium.

16.2. Forma umowy

Umowa w sprawie zamówienia publicznego musi mieć formę pisemną pod rygorem nieważności. Niedochowanie formy pisemnej powoduje, że dana umowa jest bezwzględnie nieważna, a strony, o ile spełniły swoje świadczenia, powinny je sobie zwrócić. Na nieważność umowy mogą powołać się nie tylko strony umowy, ale każdy, kto ma interes prawny w stwierdzeniu jej nieważności¹¹⁵.

¹¹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11.

¹¹⁴ Wyrok KIO z dnia 19 maja 2011 r., KIO 976/11.

¹¹⁵ P. Granecki, *Komentarz do art. 139 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012 r. wydanie 3, lex.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna jednak być zawarta w formie szczególnej, jeżeli odrębne przepisy tego wymagają (art. 139 § 2 PZP). W praktyce obrotu szczególnego najczęstszą formą szczególną jest akt notarialny; przykładowo wymóg zachowania formy aktu notarialnego istnieje przy zawieraniu umów sprzedaży nieruchomości. Nabycie własności nieruchomości jest jednak wyłączone spod reżimu PZP, w związku z czym powyższy przepis jest w zasadzie pozbawiony praktycznego znaczenia.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego musi mieć formę pisemną. Niedochowanie tej formy powoduje nieważność umowy a wykonawca i zamawiający muszą zwrócić sobie wszystkie wzajemne świadczenia.



16.3. Treść umowy

16.3.1. Okres trwania umowy

Umowy w sprawie zamówienia publicznego, co do zasady, nie mogą być zawierane na czas nieokreślony (istnieją w tym zakresie wyjątki, o których mowa poniżej). Umowy te powinny być zatem zawierane na czas określony, a termin wykonania świadczenia powinien być w nich określony np. w jednostkach czasu (dni, miesiące, lata), konkretną datą czy zdarzeniem przyszłym.

Dodatkowo, umowy o świadczenia ciągłe (np. świadczenie banku w umowie rachunku bankowego) i okresowe (np. okresowe dostawy) nie powinny być zawierane na okres przekraczający 4 lata, co ma sprzyjać rozwojowi konkurencji i zapobiegać ograniczaniu dostępu do zamówień. Cechą charakterystyczną tych umów w odróżnieniu od umów o świadczenia jednorazowe (np. umowa o roboty budowlane) jest to, że ich treść i zakres są kształtowane przez czynnik czasu, a proces ich wykonywania jest rozciągnięty w czasie (choć umowy o świadczenia jednorazowe także mogą obejmować dłuższy okres).

Zawarcie umowy o świadczenie ciągłe czy świadczenie okresowe jest możliwe na okres dłuższy niż 4 lata (wciąż jednak na czas określony),

jednak pod warunkiem spełnienia jednej z poniższych przesłanek:

- 1) wykonanie zamówienia w okresie dłuższym spowoduje oszczędności kosztów realizacji w stosunku do okresu 4-letniego;
- 2) jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego;
- 3) jest to uzasadnione zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

O zaistnieniu jednej z powyższych przesłanek decyduje sam zamawiający. Jeżeli wartość umowy o świadczenie ciągłe lub okresowe, która zgodnie z decyzją zamawiającego ma być zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, to zamawiający w ciągu 3 dni od wszczęcia postępowania w sprawie takiej umowy ma obowiązek zawiadomić o zamiarze jej zawarcia Prezesa UZP. Okres 3-dniowy liczy się od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub przekazania zaproszenia do negocjacji. Zawiadomienie takie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, co ma umożliwić Prezesowi wszczęcie kontroli zamówienia.

Obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy wyłączono jednak w przypadku:

- 1) umowy kredytu lub pożyczki bez względu na okres, na jaki mają być one zawarte;
- 2) umowy rachunku bankowego oraz umowy ubezpieczenia, jeżeli okres tych umów nie przekracza 5 lat

oraz

- 3) umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

W pewnych przypadkach PZP dopuszcza zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego na czas nieoznaczony. Mianowicie zgodnie z art. 143 PZP na czas nieoznaczony może być zawarta umowa, której przedmiotem są dostawy:

- 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
- 2) gazu z sieci gazowej;
- 3) ciepła z sieci ciepłowniczej;
- 4) licencji na oprogramowanie komputerowe.

Zniesienie obowiązku zawarcia w tych przypadkach umowy na czas określony jest związane ze szczególnym charakterem powyższych zamówień. Dostawy wody, gazu czy ciepła są wykonywane przez monopoliistów, w związku z czym nie ma potrzeby zapewniania w tym zakresie konkurencji poprzez ograniczenie okresu trwania umowy. Włączenie do powyższego katalogu umów licencyjnych na oprogramowanie wynika natomiast z tego, że licencje te są bardzo często sprzedawane tylko na czas nieoznaczony¹¹⁶.

W stosunku do powyższych umów wyłączony jest obowiązek zawiadamiania Prezesa UZP o zamiarze ich zawarcia.

16.3.2. Istotna zmiana umowy

Ograniczenie zasady swobody umów na gruncie PZP przejawia się także w istotnym ograniczeniu prawa do swobodnego dokonywania zmian w jej treści.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 PZP zakazane są istotne zmiany postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Zakaz ten nie jest jednak bezwzględny. Wprowadzenie bowiem istotnych zmian do umowy stanie się możliwe, jeżeli:

- 1) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- oraz
- 2) określił warunki takiej zmiany.

Istotne zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być do niej wprowadzone, jeżeli zmiany te i warunki ich dokonania zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.



¹¹⁶ J. Pieróg, *Komentarz do art. 143 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2013, lex.

Zakaz wprowadzania zmian w sytuacji, w której nie przewidziano takiej możliwości na wcześniejszym etapie postępowania, dotyczy jedynie zmian istotnych, dlatego też wprowadzanie zmian nieistotnych jest dopuszczalne bez analogicznych ograniczeń.

Jak wynika z opinii UZP *Dopuszczalność zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki* (opublikowana na stronie www.uzp.gov.pl), art. 144 PZP dotyczy wyłącznie takiej zmiany istotnej postanowień umowy o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W konsekwencji dopuszczalne są także takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta przedmiotowa umowa.

Prawo zamówień publicznych nie wyjaśnia, jakie zmiany należy kwalifikować jako zmiany istotne. Z orzecznictwa ETS¹¹⁷ i doktryny wynika, że są to zmiany, które mogłyby mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w danym postępowaniu lub na wynik postępowania. Oznacza to w szczególności, że zmiany istotne to takie, których przewidzenie w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówień umożliwiłoby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu, lub innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Należy jednak pamiętać, że ocena istotności danej zmiany powinna być dokonywana indywidualnie, w odniesieniu do konkretnego zamówienia.

Istotne zmiany umowy mogą dotyczyć praktycznie wszystkich jej elementów, które mogły być zawarte w ofercie, w szczególności tych, które były brane pod uwagę przy ocenie ofert. Do powyższych elementów można zaliczyć m.in. cenę oferty, termin wykonania zamówienia, warunki gwarancji czy sposób płatności.

Cechą zmian istotnych umowy jest to, że ich wprowadzenie mogłyby zmienić krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia.



¹¹⁷ Wyrok z dnia 5 października 2000 r., w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francusa, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377.

Mogą one dotyczyć wszystkich elementów umowy, w szczególności ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji, sposobu płatności.

Istotna zmiana umowy może dotyczyć także wielkości przedmiotu zamówienia. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r.: *Przepis art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych zezwala na zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego pod warunkiem jej przewidzenia w ogłoszeniu lub SIWZ oraz określenia jej warunków i nie wyłącza możliwości objęcia tymi zmianami żadnego z elementów umowy, tj. np. wielkości zamówienia czy czasu jej trwania*¹¹⁸.

Zmiana w zakresie wielkości zamówienia nie może jednak dotyczyć zwiększenia jego zakresu. Zwiększenie zakresu zamówienia może być bowiem dokonane np. w ramach zamówienia uzupełniającego (udzielanego w odrębnym trybie z wolnej ręki) lub opcji. Dokonanie zmiany polegającej na zwiększeniu zakresu zamówienia mogłoby doprowadzić do unieważnienia umowy w tym zakresie – z art. 140 §3 PZP wynika, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 144 PZP, co oznacza, że o ile istotna zmiana umowy polegająca na zmniejszeniu zakresu przedmiotu świadczenia jest możliwa przy zachowaniu warunków wynikających z art. 144 PZP¹¹⁹, o tyle zmiana polegająca na jego zwiększeniu będzie podlegała unieważnieniu na gruncie art. 140 § 3PZP.

Istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może polegać na zmniejszeniu wielkości zamówienia, ale nie na jego zwiększeniu. Zwiększenie zakresu przedmiotu zamówienia może nastąpić np. w drodze zamówienia uzupełniającego lub skorzystania z prawa opcji.

¹¹⁸ Wyrok z dnia 3 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 946/09.

¹¹⁹ Potwierdziła to KIO w wyroku z dnia 1 września 2010, KIO 1776/10: *Zmiana zakresu rzeczowego, np. zmniejszenie wielkości przedmiotu zamówienia należy uznać za istotną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W ofercie bowiem wykonawcy deklarują wykonanie całego przedmiotu zamówienia.*



Wprowadzenie istotnych zmian do umowy będzie dopuszczalne, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, w jaki sposób zmiany te powinny być przewidziane, w tym jak szczegółowo należy je określić. Przyjmuje się, że zamawiający nie może ograniczać się do ogólnych stwierdzeń wskazujących na możliwość zmiany dotyczącej danej części umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu lub specyfikacja powinny zatem dookreślać, jakiego **charakteru zmiany i w jakim zakresie** przewiduje zamawiający. Dokumenty te powinny też zawierać warunki dokonania istotnych zmian umowy, które należy rozumieć jako okoliczności, w których zaktualizuje się możliwość ich wprowadzenia. Przykładowo, przewidując zmianę ceny oferty, zamawiający powinien wskazać, w jakiej konkretnie sytuacji jedna ze stron umowy będzie mogła wystąpić o zmianę umowy w tym zakresie.



Przykład

Zamawiający przewiduje możliwość istotnej zmiany umowy polegającej na odpowiedniej zmianie ceny umowy w przypadku zwiększenia stawki VAT w okresie obowiązywania umowy.

Niewskazanie przez zamawiającego okoliczności, w jakich dopuszcza wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych zmian, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji, powoduje, że zastrzeżenie wprowadzenia zmian nie spełnia wymogów z art. 144 PZP. Jak wynika z wyroku KIO z dnia 1 września 2010 r., dopuszczenie przez zamawiającego możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, bez określenia warunków, na jakich dokonano zmian, a więc bez określenia konkretnych okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony, jest niezgodne z wymogami art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych¹²⁰. Konsekwencją wprowadzenia do umowy zmian, co do których nie wskazano warunków ich wprowadzenia, jest możliwość ich unieważnienia na podstawie art. 144 ust. 2 PZP.

¹²⁰ Wyrok KIO z dnia 1 września 2010 r., KIO 1776/10.

Przewidując możliwość wprowadzenia istotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający powinien wskazać okoliczności, w jakich zmiany te będą mogły być wprowadzone. Jeśli tego nie zrobi, wówczas wprowadzenie takich zmian będzie mogło zostać unieważnione.



Możliwe w przyszłości istotne zmiany umowy należy wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. W praktyce powyższe zmiany są najczęściej wskazywane we wzorze do umowy stanowiącym załącznik do SIWZ.

Dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego konieczna jest zgoda obu stron umowy, tj. złożenie przez nie zgodnego oświadczenia woli w postaci np. aneksu do umowy. Zmiana powinna mieć formę pisemną pod rygorem nieważności. Wymóg zachowania formy pisemnej wynika z art. 77 § 1 KC, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Z wnioskiem o wprowadzenie do umowy istotnych zmian, przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, może wystąpić zarówno wykonawca, jak i zamawiający. Żadna ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma jednak roszczenia o wprowadzenie takich zmian i nie może egzekwować ich wprowadzenia na drodze sądowej. Do zmiany umowy może doprowadzić jedynie złożenie w tym zakresie zgodnych oświadczeń woli przez strony stosunku zobowiązaniowego¹²¹.

Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego może wystąpić z propozycją jej istotnej zmiany. Do dokonania takiej zmiany potrzebna jest zgoda obu stron umowy. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie mogą wymusić zgody na wprowadzenie zmiany.



¹²¹ Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 366/11; wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10.



Do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. Przepis ten nie przyznaje natomiast wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 p.z.p. nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego.¹²²

Art. 144 ust. 1 p.z.p. krępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie. Dotyczyć on może zatem zmiany poszczególnych istotnych postanowień umownych w drodze zgodnych oświadczeń woli wszystkich podmiotów stosunku zobowiązaniowego, natomiast nie może być źródłem roszczenia w braku zgody wszystkich kontrahentów o ingerencję w treść umowy w drodze orzeczenia sądowego.¹²³

Wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmiany bez zachowania wymogów przewidzianych w art. 144 ust. 1 PZP skutkuje możliwością unieważnienia takiej zmiany. Dana zmiana nie jest nieważna bezwzględnie, ale dopiero może zostać unieważniona wskutek wystąpienia z właściwym roszczeniem przez legitymowane podmioty (tzw. nieważność względna). Prezes UZP może wystąpić z pozwem o unieważnienie zmiany umowy przeprowadzonej niezgodnie z prawem na podstawie art. 144a ust. 1 pkt 2 PZP.



Wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego istotnej zmiany bez zachowania wymogów wynikających z PZP powoduje, że zmiana taka może zostać unieważniona.

Należy podkreślić, że unieważnieniu nie będzie podlegała cała umowa w sprawie zamówienia publicznego a jedynie jej zmiana, wprowa-

¹²² Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10.

¹²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 listopada 2012 r., I ACa 813/12.

dzona bez zachowania wymogów ustawowych. W pozostałym zakresie umowa będzie nadal wiązała jej strony.

Artykuł 144 PZP nie ma zastosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały zawarte w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W trybie tym dochodzi do zawarcia umowy w drodze negocjacji prowadzonych tylko z jednym wykonawcą. Co do zasady wykonawca ten nie składa w powyższym trybie oferty, która miałaby być punktem odniesienia przy ocenie ewentualnej dopuszczalności istotnych zmian umowy. Zamawiający zaś nie publikuje ogłoszenia o zamówieniu ani nie przygotowuje specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których ewentualne zmiany umowy mogłyby być przewidziane. W związku z tym art. 144 PZP nie może znaleźć odpowiedniego zastosowania do umów zawieranych w tym trybie. Kwestia dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w trybie z wolnej ręki nie została bezpośrednio uregulowana. Z opinii UZP dotyczącej dopuszczalności zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wynika jednak, że umowa taka może podlegać zmianom po jej zawarciu a do ich wprowadzenia będzie miał zastosowanie kodeks cywilny na podstawie art. 139 PZP. Zmiany te będą musiały być wprowadzone w granicach zasady swobody umów, o której mowa w art. 3531 KC, czyli ich treść oraz cel nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) danego stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego.

Z powyższej opinii UZP wynika ponadto, że wprowadzanie zmian do takiej umowy nie może być swobodne i powinno nastąpić przy ponownym uwzględnieniu przesłanki, która stanowiła w danym przypadku podstawę do tego właśnie trybu udzielenia zamówienia publicznego. Jak wynika z opinii: *Należy stwierdzić, iż odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe ograniczenie wynika z faktu, iż przedmiotowe umowy zawarte zostały w reżimie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne zasady, na jakich powinien opierać się proces ich zawierania.*

Należy podkreślić, iż na gruncie ustawy Pzp zmiana umów dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte z wolnej ręki nie mogą być swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie, 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 ręki¹²⁴.

Artykuł 144 PZP dotyczy możliwości wprowadzenia do umowy zmian istotnych po jej zawarciu. Przepis ten nie odnosi się do sytuacji wprowadzania zmian do umowy już po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale jeszcze przed zawarciem umowy. W doktrynie, jak i orzecnictwie, pojawiają się wątpliwości co do możliwości takich zmian i ich zakresu. W nowszych orzeczeniach KIO zdaje się jednak popierać stanowisko, zgodnie z którym wprowadzenie zmian do umowy przed jej zawarciem jest możliwe, o ile jednak zmiany te zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ.

W wyroku z dnia 9 lutego 2010 r. KIO uznała, że: [...] *brak jest jakichkolwiek przeszkód do uznania, że jeśli pod określonymi rygorami ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, to zmiana taka jest możliwa po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale przed podpisaniem umowy. Jednakże warunkiem sine qua non dopuszczenia takiej możliwości jest jej przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określenie warunków takiej zmiany¹²⁵.*

Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2009 r., w którym stwierdziła, że: *Nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 ZamPublU zastosować odpowiednio po wyborze oferty a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach – dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie¹²⁶.*

¹²⁴ http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:665;dopuszczalnosc_zmiany_umowy_zawartej_po_przewodzeniu_postepowania_w_trybie_zamowienia_z_wolnej_reki.html

¹²⁵ Wyrok z dnia 9 lutego 2010 r., KIO/UZP 54/10.

¹²⁶ Wyrok z dnia 9 lutego 2009 r., KIO/UZP 125/09.

16.3.3. Nadzwyczajna zmiana stosunków

Możliwość wprowadzania zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego jest znacznie ograniczona. W związku z tym rodzi się ryzyko, że po zawarciu umowy pojawią się nieprzewidziane lub niemożliwe do przewidzenia na wcześniejszym etapie okoliczności, przez które wykonywanie umowy stanie się szczególnie niekorzystne dla jednej lub obu stron umowy. W takiej sytuacji strony umowy mogą rozważyć zastosowanie tzw. klauzul *rebus sic stantibus*, przewidzianych w KC.

W przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, nieprzewidywanej w momencie zawierania umowy, wykonawca lub zamawiający mogą zwrócić się do sądu o modyfikację ich zobowiązań umownych na podstawie art. 3571 KC (tzw. duża klauzula *rebus sic stantibus*).

Artykuł ten przewiduje, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego:

- 1) oznaczyć sposób wykonania zobowiązania,
- 2) oznaczyć wysokość świadczenia
lub nawet
- 3) orzec o rozwiązaniu umowy.

Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Stosowanie dużej klauzuli *rebus sic stantibus* na gruncie zamówień publicznych potwierdził Sąd Najwyższy, Izba Cywilna w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r., w którym uznał, że: *Zmiana wysokości istotnego elementu umowy, jakim jest wysokość wynagrodzenia, może nastąpić w oparciu o art. 357[1] KC, który z mocy art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych. W tym jednak celu musi zostać zgłoszone żądanie zmiany treści stosunku łączącego strony, bowiem*

*orzeczenie sądu w zależności od treści żądania, może odmiennie niż w umowie oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, odmiennie oznaczyć wysokość świadczenia lub orzec o rozwiązaniu umowy*¹²⁷.

W umowie w sprawie zamówienia publicznego możliwe jest też stosowanie tzw. małej klauzuli – *rebus sic stantibus*, przewidzianej w art. 358¹ § 3 KC, zgodnie z którym, w razie istotnej **zmiany siły nabywczej pieniądza** po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, **zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego**, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie. Praktyczne znaczenie tej klauzuli do umów w sprawie zamówień publicznych jest znacznie ograniczone z uwagi na to, że z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. Z żądaniem modyfikacji umowy w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza mógłby zatem wystąpić tylko wykonawca niebędący przedsiębiorcą, co należy do rzadkości.



*Zmiana wysokości istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść art. 3571 k.c. (rebus sic stantibus), który z mocy art. 139 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych i umożliwia modyfikowanie zobowiązania z uwagi na nieoczekiwane zdarzenia po jego powstaniu.*¹²⁸

16.3.4. Zmiany podmiotowe

Kolejnym przejawem ograniczenia zasady swobody umów na gruncie PZP jest generalny zakaz zmiany podmiotowej umowy w sprawie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy.

¹²⁷ III CSK 143/10.

¹²⁸ Wyrok Sądu Okręgowego z Białegostoku z dnia 25 października 2011 r., VII GC 127/11.

Zamówienie publiczne – zgodnie z art. 7 ust. 3 PZP – udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP. Wykonawcą zamówienia może być zatem tylko taki podmiot, który brał udział w postępowaniu i został poddany wszelkim wynikającym stąd rygorom. Zmiana podmiotowa umowy w sprawie zamówienia publicznego byłaby niezgodna z celem ustawy i prowadziła do naruszenia tego przepisu.

Niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego.¹²⁹



Niemożliwa jest zmiana wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie umowy przenoszącej prawa i obowiązki zawartej pomiędzy wykonawcą i podmiotem trzecim, który nie brał udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Umowa taka ma na celu obejście prawa i jest nieważna na podstawie art. 7 ust. 3 PZP w związku z art. 58 § 1 KC.

Jak wynika z opinii UZP¹³⁰, zakaz zmian podmiotowych nie ma jednak charakteru absolutnego. Zmiany takie będą dopuszczalne w przypadku:

- 1) zbycia przedsiębiorstwa wykonawcy przez inny podmiot na podstawie art. 554 KC; w takim przypadku nabywca odpowiada razem ze zbywcą za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu); odpowiedzialność nabywcy jest jednak ograniczona do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu określonego w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela; odpowiedzialność ta nie może być ograniczona ani wyłączona bez zgody wierzyciela, czyli zamawiającego;
- 2) sukcesji generalnej będącej skutkiem dozwolonego przekształcenia podmiotu prawa lub dziedziczenia oraz szczególnej sukcesji z mocy samego prawa; dopuszczalna zmiana podmiotowa będzie miała miejsce np. w przypadku łączenia, podziału lub przekształcania spółek.

¹²⁹ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., VCK97/03.

¹³⁰ Opinia UZP, *Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego*; <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:2121>.



Zmiana wykonawcy zamówienia publicznego wybranego w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest co do zasady niedopuszczalna. Jednak niekiedy może być możliwa – np. w razie zmian organizacyjnych dotyczących wykonawcy (jego łączenia, podziału, przekształcenia).

17. Wpływ wykonawcy na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma cechy umowy adhezyjnej, co oznacza, że zasadniczo jedna strona umowy – zamawiający, kształtuje jej treść i decyduje o jej poszczególnych postanowieniach, uwzględniając własne potrzeby, ze względu na to, że to właśnie ich realizacja jest celem postępowania o zamówienie publiczne. W konsekwencji wpływ wykonawcy na treść umowy jest znacznie ograniczony. Warto pamiętać, że wpływa on zasadniczo tylko na jeden element umowy, jakim jest cena, którą wskazuje w składanej w postępowaniu ofercie (ewentualnie wraz z innymi kryteriami oceny ofert, takimi jak np. termin realizacji czy parametry techniczne).

Wykonawca może jednak w pewnym zakresie wpływać także na inne niż cena elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego. Może to uczynić zarówno w trakcie dialogu technicznego (zob. pkt 6), jak i na etapie zwracania się do zamawiającego o wyjaśnienie lub modyfikację treści SIWZ.

18. Dodatkowe postanowienia umowne

Kształtując poszczególne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może rozważyć wprowadzenie do nich najczęściej stosowanych w praktyce dodatkowych postanowień umownych, do których należy zaliczyć karę umowną oraz umowne prawo odstąpienia. Kara umowna ma na celu wzmocnienie więzi kontraktowej pomiędzy stronami umowy, podczas gdy prawo odstąpienia ten stosunek osłabia. Zastrzeżenie ich w umowie może ograni-

czyć negatywne konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę umowy.

- **Kara umowna**

Kara umowna jest jednym z instrumentów umownych, który ma na celu zdyscyplinowanie stron umowy do jej należytego i terminowego wykonania (art. 483 i 485 KC). Jej podstawowym zadaniem jest zapewnienie jednej ze stron umowy prawa do domagania się określonej kwoty pieniężnej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą stronę ciążącego na niej zobowiązania niepieniężnego. Należy pamiętać, że nie można zostać zwolnionym z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Z uwagi na to, że w umowach w sprawie zamówienia publicznego to zwykle wykonawca zobowiązany jest do świadczenia niepieniężnego (dostawa, świadczenie usług, roboty budowlane), zastrzeżenie kary umownej będzie następowało najczęściej na rzecz zamawiającego, którego zobowiązanie główne ma charakter pieniężny. Możliwe jest jednak zastrzeżenie kary na rzecz wykonawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego nałożonego na niego obowiązku ubocznego o charakterze niepieniężnym.

Karę umowną można zastrzec na wypadek:

- 1) niewykonania zobowiązania niepieniężnego;
- 2) nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego;
- 3) konkretnego uchybienia w zakresie sposobu wykonania takiego zobowiązania (np. co do jakości).

Możliwe jest żądanie kilku kar umownych za różne postacie nienależytego wykonania danego zobowiązania, tzn. można przykładowo żądać jednocześnie kary za nienależytą jakość dzieła, jak i za opóźnienie w jego wydaniu.

Kary umownej nie można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Takie zastrzeżenie jest nieważne.



Dopuszczalnym i często stosowanym w praktyce rozwiązaniem jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy czy jej wypowiedzenia¹³¹. Dominuje jednak pogląd, zgodnie z którym nie można domagać się kary umownej na wypadek odstąpienia, jeżeli jego przyczyną było niewykonanie przez dłużnika zobowiązania pieniężnego¹³².



Kara umowna grozi za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wysokości zastrzeżonej na tę okoliczność w umowie, bez względu na poniesioną przez wierzyciela z tego tytułu szkodę. W ewentualnym procesie o zapłatę kary umownej nie trzeba udowodniać poniesionej szkody.

Wysokość kary powinna być w umowie wskazana kwotowo, przy czym może to nastąpić zarówno bezpośrednio poprzez wskazanie określonej sumy pieniężnej, jak i pośrednio, poprzez określenie jej jako ułamka czy procentu w stosunku do np. wynagrodzenia całkowitego dłużnika (np. 4000 zł, 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy, 1/10 wynagrodzenia brutto wykonawcy). Karę można określić także poprzez wskazanie dziennej stawki w przypadku np. zwłoki w wykonaniu zobowiązania.

Ustalona w umowie kara umowna może nie pokrywać całkowitej szkody poniesionej przez wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą stronę jej zobowiązania pieniężnego. W takiej sytuacji wierzyciel będzie mógł, oprócz kary umownej, żądać odszkodowania przenoszącego jej wysokość i pokrywającego całą poniesioną przez niego z danego tytułu szkodę, ale tylko gdy strony tak postanowiły w umowie.



Strona, która poniosła szkodę wyższą od wysokości kary umownej, może żądać odszkodowania uzupełniającego tylko wtedy, gdy taka możliwość była przewidziana w umowie.

¹³¹ Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06.

¹³² Wyrok SN z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06.

Zastrzeżenie kary umownej ułatwia wierzycielowi dochodzenie odszkodowania w ewentualnym procesie. Strona umowy, która dochodzi kary umownej, musi jedynie wykazać fakt:

- 1) skutecznego zastrzeżenia kary umownej
oraz
- 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, za które ją zastrzeżono.

Wierzyciel nie musi wykazywać szkody ani jej wysokości oraz że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania spowodowały okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, że kara umowna należy się wierzycielowi nawet wtedy, gdy skutek niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika nie poniósł on żadnej szkody¹³³ (są też wyrażane poglądy odmienne¹³⁴).

Zobowiązany do zapłaty kary umownej może także żądać jej zmniejszenia. Może to nastąpić zasadniczo w dwóch przypadkach, tj. gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (tzw. miarkowanie kary umownej). Rozstrzygnięcie o tym, czy kara umowna jest wygórowana, a w konsekwencji czy powinna ulec zmniejszeniu, należy do kompetencji sądów cywilnych¹³⁵.

- **Wysokość kary umownej**

Zarówno przepisy PZP, jak i KC nie wprowadzają ograniczeń co do wysokości kary umownej, jaką można zastrzec w umowie w razie jej niewykonania lub nienależytego wykonania przez jedną ze stron. Wobec tego zamawiający, kształtując postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, może co do zasady swobodnie decydować o wysokości kar umownych, jakie w niej przewiduje, stosownie do określonej sytuacji faktycznej¹³⁶. Kara ta nie powinna być jednak

¹³³ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03; wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2004 r., II CK 94/03.

¹³⁴ Wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01.

¹³⁵ Wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r., KIO 452/13; KIO 457/13.

¹³⁶ Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r., KIO 475/11.

ani nadmiernie wysoka, ani zaniżona i zasadniczo powinna odpowiadać wysokości przewidywanej szkody. Ustalenie kary na zbyt niskim poziomie spowoduje, że nie będzie ona należycie pełniła swojej funkcji, którą jest zdyscyplinowanie drugiej strony umowy do jej prawidłowego i terminowego wykonania. Kara nie powinna być też rażąco wygórowana, gdyż w takim przypadku strona zobowiązana do jej zapłaty będzie mogła żądać jej zmniejszenia (art. 484 § 2 KC).



Pamiętaj

Kara umowna zasadniczo powinna odpowiadać wysokości ewentualnej szkody. Nie powinna być zbyt niska ani nadmiernie wysoka. Jeśli będzie rażąco wygórowana, strona zobowiązana do jej zapłaty będzie mogła żądać jej obniżenia.

Na uznanie kary umownej za rażąco wygórowaną mogą wpływać różne okoliczności, zarówno zaistniałe przy zawieraniu umowy, jak i te, które pojawiły się na etapie jej wykonywania.

Badanie, czy kara jest rażąco wygórowana, odbywa się z uwzględnieniem:

- 1) stosunku zastrzeżonej kary do wysokości doznanej przez wierzyciela szkody;
- 2) porównania wysokości kary umownej do wartości całego zobowiązania;
- 3) stopnia winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, jak i przyczynienia się wierzyciela do szkody.¹³⁷



Z orzecznictwa

Za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania zastrzeżonej kary umownej należy uznać stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela.¹³⁸

Jednym z dalszych kryteriów, w oparciu o które dokonuje się oceny wysokości kary umownej, celem stwierdzenia, czy nie jest ona rażąco wygórowana jest stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego.¹³⁹

¹³⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08.

¹³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 października 2009 r., I ACa 604/09

¹³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2013 r., I ACa 1391/12.

Należy pamiętać, że kara umowna może być rażąca zarówno w momencie jej ustalania, jak i może się taką stać dopiero na etapie realizacji umowy. Wobec tego, nie można wykluczyć, że kara ulegnie miarkowaniu, gdy wystąpią okoliczności aktualizujące obowiązek jej zapłaty, nawet jeżeli przy jej ustalaniu jej wysokość należało uznać za odpowiednią.

Kara umowna, nie będąc rażąco wygórowaną w momencie jej zastrzeżenia, może się taką stać w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, iż szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary.¹⁴⁰



• Przykłady zastosowania kary umownej

W przypadku zwłoki wykonawcy w dostawie którejkolwiek części zamówienia/w przypadku zwłoki wykonawcy z usunięciem wad i usterek przedmiotu dostawy zamawiającemu przysługuje prawo do żądania kary umownej w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto wykonawcy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, nie więcej niż 10% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający ma prawo do kary umownej w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy¹⁴¹.

• Umowne prawo odstąpienia

W umowie można zastrzec, że jednej lub obu jej stronom będzie przysługiwać, w ciągu oznaczonego terminu, prawo odstąpienia od umowy (art. 395 KC). Prawo to wykonuje się przez złożenie drugiej stronie umowy oświadczenia o odstąpieniu od niej.

Umowne prawo odstąpienia można zastrzec praktycznie w każdej umowie zobowiązującej, chyba że będzie to sprzeczne z przepisami

¹⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 lipca 2013 r., I ACa 248/13.

¹⁴¹ Przykłady opracowane na podstawie wyroku KIO z dnia 6 maja 2013 r., KIO 940/13.

regulującymi dany rodzaj umowy (np. niektóre umowy mogą być jedynie rozwiązane przez wypowiedzenie)¹⁴².

Postanowienie przewidujące umowne prawo odstąpienia dla swej skuteczności powinno wskazywać termin, w którym prawo to może być wykonane. Wskazanie terminu może nastąpić przez ustalenie konkretnej daty czy też zdarzenia przyszłego i pewnego, do wystąpienia których odstąpienie będzie możliwe.



Zastrzegając umowne prawo odstąpienia, należy wskazać termin, do którego z prawa tego można skorzystać. W innym razie zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia będzie nieważne.

Odstąpienie nastąpi z chwilą, w której oświadczenie o odstąpieniu dotrze do drugiej strony umowy w taki sposób, że mogła się ona z nim zapoznać.

Umowę, od której odstąpiono, uważa się za niezawartą, a strony zobowiązane są zwrócić sobie wszystko co wzajemnie świadczyły w stanie niezmienionym, chyba że zmiana konieczna była w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Odstąpienie, co do zasady, ma więc skutek wsteczny (*ex tunc*), jednak w umowie można zastrzec, że wykonanie prawa odstąpienia wywoła jedynie skutek na przyszłość i strony nie będą musiały zwracać sobie tego, co już świadczyły. Rozwiązanie takie jest z reguły dla stron korzystne, gdyż ułatwia dokonanie im wzajemnych rozliczeń.

Umowne prawo odstąpienia należy odróżnić od ustawowego prawa odstąpienia opisanego w pkt 21.2 poniżej.

- **Przyczyny odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego**

Skuteczność umownego prawa odstąpienia co do zasady nie zależy od wskazania w umowie przyczyn uprawniających do złożenia

¹⁴² E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 395 Kodeksu cywilnego*, 2013, legalis.

oświadczenia o odstąpieniu. Jakkolwiek, w świetle orzecznictwa KIO¹⁴³ należy przyjąć, że odstąpienie takie nie powinno być całkowicie swobodne¹⁴⁴. Warto podkreślić, że służy ono wcześniejszemu zakończeniu zawartej umowy i osłabia podstawową zasadę prawa zobowiązań, tj. zasadę dotrzymywania umów (*pacta sunt servanda*), wobec czego skorzystanie z tego prawa nie powinno być nieograniczone.

Należy przyjąć, że korzystanie z umownego prawa odstąpienia w umowie w sprawie zamówienia publicznego powinno być co do zasady uzależnione od zaistnienia konkretnych, wskazanych jasno w umowie przyczyn. Analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że nie powinny to być przyczyny błahe i nieznaczące czy wynikające z nieprzemyślanych decyzji zamawiającego.

Nie są dozwolone również zapisy o możliwości odstąpienia zamawiającego od umowy w przypadku przerwania robót przez wykonawcę na okres 3 dni oraz możliwości odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy z powodu braku środków bez zaznaczenia, że ten brak środków jest spowodowany przez okoliczności niezależne od zamawiającego [...]. Strony układając przyszły stosunek prawny muszą pamiętać o jego celu i jego treści oraz określonych w art. 5 KC zasadach współżycia społecznego.¹⁴⁵



Zamawiający, chcąc wprowadzić do umowy w sprawie zamówienia publicznego klauzulę przewidującą umowne prawo odstąpienia, powinien wskazać podstawy do skorzystania z tego prawa, przy czym powinny być one konkretne i znaczące. Wskazanie zbyt ogólnych przyczyn odstąpienia może okazać się niewystarczające i prowadzić do wniosku, że zastrzeżenie prawa odstąpienia nastąpiło w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i istotą zamówień publicznych, a zamawiający nadużył swego prawa do decydowania o treści umowy. Nieprawidłowe wskazanie przyczyn skorzystania

¹⁴³ Orzecznictwo to dotyczy co prawda przyczyn wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak z uwagi na podobieństwo funkcji wypowiedzenia i odstąpienia, należy je stosować na zasadzie analogii także do podstaw odstąpienia.

¹⁴⁴ E. Łętowska, *Prawo zobowiązań – część ogólna. System prawa prywatnego*, tom 5, 2013, legalis.

¹⁴⁵ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 czerwca 2004 r., UZP/ZO/0-924/04.

z umownego prawa odstąpienia mogłoby zostać skutecznie zaskarżone przez wykonawców zainteresowanych zawarciem umowy.

19. Rozkład ryzyka w umowie w sprawie zamówienia publicznego

Kierując się potrzebą jak najlepszego zabezpieczenia swoich interesów, a w rezultacie interesu publicznego, który w postępowaniu ma być chroniony, zamawiający może teoretycznie ukształtować treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak że znaczna część ryzyk związanych z jej wykonaniem będzie przerzucona na wykonawcę.



Żaden z przepisów Prawa zamówień publicznych nie zakazuje przerwania części ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia na wykonawcę.¹⁴⁶

Zapewnienie zamawiającemu znacznej swobody w zakresie kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia nie oznacza jednak pozostawienia mu w tej kwestii całkowitej dowolności. Za niedopuszczalne należy uznać przerzucenie na wykonawcę całkowitego ciężaru niezrealizowania umowy¹⁴⁷.

Zamawiający powinni też pamiętać, że ukształtowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób niekorzystny dla wykonawców może wiązać się z istotnymi dla nich konsekwencjami. Wykonawca, dla którego zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wiązałoby się z ryzykiem trudnym do zaakceptowania, może zrezygnować z udziału w postępowaniu albo też uwzględnić te ryzyka oraz inne przewidziane w umowie obciążenia w proponowanej przez niego w ofercie cenie¹⁴⁸.

W konsekwencji zamawiający, który decyduje się wprowadzić do wzoru umowy postanowienia znacznie niekorzystne dla wykonaw-

¹⁴⁶ Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., KIO 2735/11.

¹⁴⁷ Wyrok KIO z dnia 28 marca 2008 r., KIO/UZP 222/08.

¹⁴⁸ Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r., KIO 1442/11.

ców, powinien liczyć się z koniecznością unieważnienia przetargu z powodu braku zainteresowania przetargiem przez wykonawców lub zapłaty wyższej ceny za realizację zamówienia¹⁴⁹.

- **Symetryczne uprawnienia w umowie w sprawie zamówienia publicznego**

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie musi zapewniać symetrycznych uprawnień czy obowiązków dla obu stron umowy¹⁵⁰. Oznacza to, że co do zasady zamawiający może przewidzieć, że tylko jedna strona umowy będzie miała np. prawo skorzystania w określonej sytuacji z umownego prawa odstąpienia czy tylko jedna z nich będzie zobowiązana do zapłaty kary umownej z określonych w niej przyczyn. Zamawiający może zatem za pomocą dodatkowych postanowień umownych ukształtować umowę w taki sposób, żeby jak najlepiej zabezpieczała jego interesy, a tym samym interes publiczny, który w postępowaniu o udzielnie zamówienia reprezentuje.

20. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w celu pokrycia roszczeń, jakie mogą mu przysługiwać przeciwko wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie umożliwia zamawiającemu pokrycie jego roszczeń bezpośrednio z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową.

Warto zwrócić uwagę, że zabezpieczenie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów jest całkowicie fakultatywne, co oznacza, że zamawiający samodzielnie decyduje o tym, czy go żądać od wykonawcy, niezależnie od rodzaju zamówienia i jego wartości. Informację na temat wymagań dotyczących należytego zabezpieczenia wykonania

¹⁴⁹ Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r., KIO/UZP 1547/09.

¹⁵⁰ Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., KIO 411/13; wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO 461/11.

umowy zamawiający powinien umieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 15 PZP).

Zabezpieczenie umowy pełni funkcję gwarancyjną i dyscyplinującą wykonawcę do należytego wykonania umowy. Ułatwia zamawiającemu dochodzenie roszczeń wynikających z zaniechań wykonawcy, dzięki czemu mobilizuje go do jej bardziej starannego wykonywania. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń zamawiającego wynikających zarówno z przepisów prawa, jak i umowy, w szczególności roszczeń o zapłatę:

- 1) odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 § 1 KC);
- 2) odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 § 1 KC);
- 3) odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 §1 KC);
- 4) kary umownej;
- 5) z tytułu korzystania z wykonania zastępczego¹⁵¹.

Po nowelizacji PZP z dnia 5 listopada 2009 r. zabezpieczenie nie pokrywa roszczeń zamawiającego z tytułu gwarancji. Nadal jednak zamawiający może zaspokoić z zabezpieczenia roszczenia przysługujące mu z tytułu rękojmi, w umowach, w których rękojmia mu przysługuje.

Prawo zamówień publicznych nie wskazuje terminu, w jakim zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być wniesione. Przedstawiciele doktryny nie są zgodni co do chwili, w której taki obowiązek powstaje. Niektórzy z nich twierdzą, że zabezpieczenie w każdym przypadku powinno być wniesione przed zawarciem umowy, co wynika z obowiązku zamawiającego prowadzenia postępowania z należytą starannością¹⁵². Inni zaś twierdzą, że zabezpieczenie może być wniesione także po zawarciu umowy, jeżeli strony tak postanowiły, co znajduje szczególnie uzasadnienie w sytuacji zawarcia umowy pod warunkiem lub z przeniesionym w czasie jej terminem wejścia

¹⁵¹ Opinia UZP: *Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

¹⁵² P. Granecki, *Komentarz do art. 139 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012, lex.

w życie¹⁵³. Bezpieczniejnym rozwiązaniem wydaje się wnoszenie zabezpieczenia przed zawarciem umowy, zwłaszcza że niewniesienie wymaganego zabezpieczenia stanowi jedną z przesłanek utraty wadium.

• **Formy zabezpieczenia**

Zabezpieczenie, zgodnie z art. 148 ust. 1 PZP, może być wnoszone w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Zamawiający nie może narzucić wykonawcy obowiązku wniesienia zabezpieczenia w wybranej przez niego formie czy formach. Swoboda wyboru formy zabezpieczenia jest pozostawiona wykonawcy, ale i ograniczona tylko do form dopuszczalnych ustawowo.

Wykonawca może sam wybrać formę zabezpieczenia z tych przewidzianych w PZP. Zamawiający nie może narzucić mu z góry formy zabezpieczenia, która jest dla niego najbardziej dogodna.



Za zgodą zamawiającego dopuszczalne staje się wniesienie zabezpieczenia także w innych formach, tj.:

- 1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
- 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;

¹⁵³ J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012, lex; J. Pięroń, *Komentarz do art. 148 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2013, lex.

- 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (art. 148 ust. 2 PZP).

Wykonawca, który wpłacił wcześniej wadium w pieniądzu, może wyrazić zgodę na zaliczenie jego wartości na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgoda taka musi być wyraźna.

Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym a następnie zwraca je razem z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy (art. 148 ust. 5 PZP).

Skorzystanie z zabezpieczenia w celu pokrycia przysługujących zamawiającemu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy następuje poprzez złożenie składającemu zabezpieczenie odpowiedniego oświadczenia o jego zatrzymaniu.

21. Rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego

- **Wypowiedzenie umowy**

Wypowiedzenie jest jednym ze sposobów zakończenia stosunków umownych o charakterze długotrwałym, przewidujących świadczenia ciągłe lub okresowe¹⁵⁴. Nie może ono prowadzić do rozwiązania umów rezultatu, takich jak umowa o dzieło czy umowa o roboty budowlane – wygaśnięcie tych umów może nastąpić w drodze odstąpienia.

Postanowienia umowne przewidujące prawo wypowiedzenia wskazują termin, po upływie którego, od momentu złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu, nastąpi skutek w postaci rozwiązania umowy. Co do zasady strony mogą swobodnie decydować o długości terminu

¹⁵⁴ K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449 (10)*, tom I, 2011, legalis.

wypowiedzenia, chyba że będzie on wynikał z przepisów prawa bezwzględnie obowiązujących, których nie można modyfikować. Wypowiedzenie umowy powoduje zwolnienie obu stron z obowiązku wzajemnego świadczenia na przyszłość.

Strony, w celu zabezpieczenia się przed dowolnym i bezzasadnym wypowiedzeniem umowy, często wskazują w niej przyczyny, których zaistnienie zaktualizuje prawo jednej z nich do złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy. Co do zasady nie jest to jednak element obligatoryjny klauzul o wypowiedzeniu umowy, od którego zależałyby ich skuteczność.

Zamawiający, w granicach przyznanej swobody kontraktowania, w umowach, w których jest to dopuszczalne, może zastrzec dla siebie możliwość ich wypowiedzenia. Z orzecznictwa KIO wynika jednak, że skorzystanie z tego uprawnienia w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego powinno być uzależnione od wystąpienia określonych przyczyn.

- **Przesłanki wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego**

Wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowienia umożliwiającego zamawiającemu jej rozwiązanie przez wypowiedzenie bez wskazania podstaw do skorzystania z tego uprawnienia **może być uznane za nadużycie przez zamawiającego jego silniejszej pozycji**¹⁵⁵. Ponadto, brak podstaw do wypowiedzenia osłabia więź umowną, jaka nawiązuje się pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, i wprowadza niepewność co do trwałości tego stosunku umownego.

*Brak wskazania przesłanek rozwiązania umowy wprowadza niepewność po stronie wykonawcy, uniemożliwia też jemu wkalkulowanie w cenę oferty ryzyka z tym związanego.*¹⁵⁶



¹⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09: *Nadużyciem przez zamawiającego pozycji zajmowanej w postępowaniu jest zastrzeżenie prawa rozwiązania umowy przez zamawiającego wobec braku wskazania przesłanek rozwiązania umowy.*

¹⁵⁶ Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09.

Ponadto, postanowienia umożliwiające rozwiązanie umowy bez żadnego powodu, w opinii Izby, są **sprzeczne z istotą systemu zamówień publicznych**. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 11 sierpnia 2008 r.¹⁵⁷: *Postanowienie takie powoduje, iż żadna ze stron nie może być pewna trwałości zawartej umowy i, zdaniem składu orzekającego Izby, nie przystaje do istoty udzielania zamówień publicznych [...]*.

Co więcej, z orzecznictwa KIO można wywnioskować, że wskazane w umowie w sprawie zamówienia publicznego przyczyny wypowiedzenia powinny być jasne i konkretne. W wyroku z dnia 28 listopada 2008 r. KIO stwierdziła, że: *Postanowienie umowne przewidujące rozwiązanie umowy z chwilą wykorzystania środków finansowych netto przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację umowy nie zostało przez Zamawiającego skonkretyzowane*¹⁵⁸.

W istocie brak konkretnych czy jasnych przyczyn wypowiedzenia może prowadzić do takiej samej konkluzji, jak przy braku jakichkolwiek podstaw – niezgodności postanowienia o wypowiedzeniu z istotą prawa zamówień publicznych.

Określenie przez zamawiającego dostatecznie jasnych przyczyn wypowiedzenia umowy jest wskazane również ze strategicznego punktu widzenia. Włączenie do umowy postanowień, które w uproszczony sposób umożliwią mu jej rozwiązanie, może wpłynąć na brak zainteresowania postępowaniem ze strony wykonawców. Wykonawcy mogą zrezygnować z ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w rezultacie nawiązania stosunku umownego, który z dowolnych czy też niejasnych przyczyn może się szybko zakończyć wskutek jednostronnej decyzji drugiej strony.

- **Ustawowe prawo odstąpienia**

Warto również wspomnieć, że zamawiający, w czasie trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego, może od niej odstąpić nie tylko na podstawie przepisów KC przewidujących to uprawnienie

¹⁵⁷ Wyrok z dnia 11 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 779/08.

¹⁵⁸ Wyrok z dnia 28 listopada 2008 r., KIO/UZP 1325/08.

(np. art. 491–493 KC), ale także na podstawie art. 145 PZP¹⁵⁹. Przepis ten wprowadza dodatkowe uprawnienie dla zamawiającego i nie ogranicza możliwości odstąpienia przez niego od umowy na innych podstawach wskazanych w przepisach obowiązującego prawa czy też w samej umowie (przy zastrzeżeniu umownego prawa odstąpienia).

W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach (art. 145 PZP).

Przyczyną odstąpienia od umowy na tej podstawie jest bezcelowość realizacji zamówienia dla interesu publicznego, wynikająca z przyczyn faktycznych (np. odstąpienie przez gminę od budowy szkoły związane z koniecznością naprawy szkód popowodziowych) lub prawnych (np. odstąpienie od umowy, której przedmiot świadczenia przestał być niezbędny z uwagi na zdjęcie obowiązku realizacji zamówienia).

Zamawiający ma zatem już ustawowo zapewnione prawo do zakończenia umowy w sprawie zamówienia publicznego w razie braku jej zasadności. Jakkolwiek, odstąpienie od umowy na tej podstawie jest utrudnione poprzez konieczność łącznego wykazania:

- 1) zaistnienia istotnej zmiany okoliczności;
- 2) braku interesu publicznego w realizacji umowy;
- 3) niemożności przewidzenia zmiany okoliczności i jej następstw w chwili zawarcia umowy.

W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy na podstawie art. 145 PZP, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

¹⁵⁹ Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2008 r., KIO/UZP 1325/0.

22. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

Prezes UZP w wypadkach wskazanych w PZP może wystąpić o unieważnienie całej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej części, tj. wówczas, gdy:

- 1) umowa wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokonano zmian umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 PZP, tj. zmiany istotne nie zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ lub też nie przewidziano warunków ich wprowadzenia;
- 3) zachodzą okoliczności umożliwiające unieważnienie umowy wskazane w art. 146 ust. 1 PZP.

Prawo do wystąpienia przez Prezesa UZP z roszczeniem o unieważnienie umowy lub jej części jest ograniczone terminem i wygasa z upływem 4 lat od zawarcia umowy lub 4 lat od jej zmiany.

Na podstawie art. 146 ust. 6 PZP Prezes UZP jest też upoważniony do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Prawo zamówień publicznych nie wskazuje w tym przypadku terminu, po którym uprawnienie to wygasa. W doktrynie wskazuje się, że uprawnienie to nie powinno mieć charakteru bezterminowego i także do tego przypadku należy stosować termin 4-letni, na zasadzie analogii¹⁶⁰.

Unieważnienia zawartej umowy mogą także domagać się – w określonych sytuacjach – wykonawcy oraz inne uprawnione podmioty w ramach składania środków ochrony prawnej (tj. odwołania do KIO oraz skargi do sądu okręgowego).

¹⁶⁰ J. Pieróg, *Komentarz do art. 144a ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2013, lex; J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 144a ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012, lex.

V. Opcje, zamówienia dodatkowe, uzupełniające, umowa ramowa

23. Opcje w zamówieniach publicznych

Instytucja prawa opcji została przejęta do ustawy prawo zamówień publicznych z prawa WE. Prawo opcji zostało zdefiniowane w dyrektywach wspólnotowych – tzw. dyrektywie klasycznej i sektorowej. Zgodnie z brzmieniem art. 9 ust. 1 dyrektywy 2004/18 WE, podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez podatku VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającego; w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia. Uzupełnieniem powyższego opisu była dyspozycja zawarta w katalogu definicji dyrektywy klasycznej w art. 1 ust. 2 lit. C, która odniosła się do pojęcia opcji, określając, że zamówienia publiczne na dostawy oznaczają zamówienia publiczne inne niż określone w lit. B, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu produktów. Widzimy zatem, że ustawodawca europejski nie zdefiniował jednoznacznie instytucji opcji, a zawarł jedynie w treści dyrektyw regulujących problematykę zamówień publicznych odniesienia do opcji jako pojęcia do końca niezdefiniowanego.

Podobnie postąpił ustawodawca krajowy, który również nie zdefiniował instytucji opcji, a jedynie odniósł się do prawa opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia (art. 34 ust. 5 PZP). W prawie opcji skoncentrowano się głównie na odniesieniu tego prawa do procesu ustalania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Warto pamiętać, że pojęcie prawa opcji jest czystym pojęciem ekonomicznym, dającym pewien zakres możliwości realizacji określonych transakcji w ściśle określonych warunkach zewnętrznych¹⁶¹.

Przystępując do wykorzystania prawa opcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim należy dokładnie

¹⁶¹ Zob. orzeczenie KIO/UZP 22/07, orzeczenie KIO/UZP 1447/10.

zdefiniować przedmiot i zakres zamówienia. Pojęcie opcji w językowym znaczeniu będzie oznaczało możliwość rozszerzenia, dodania ponad pierwotny stan czegoś. W naszej sytuacji zakres przedmiotu zamówienia ponad podstawowy poziom będzie opcją, dającą prawo możliwości realizacji tej części zamówienia, uzależnioną od wskazanych w umowie okoliczności, stanowiącą jedynie uprawnienie organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia. Należy pamiętać, że wykorzystanie opcji nie jest obowiązkiem zamawiającego, lecz jedynie jego uprawnieniem, wynikającym z zaistnienia obiektywnych potrzeb.



Pamiętaj

Opcja jest to prawem zdefiniowane uprawnienie a nie obowiązek zrealizowania w większym zakresie zawartej transakcji.

Decydując się na wykorzystanie w organizowanym postępowaniu opcji, zamawiający jest zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu zarówno części podstawowej zamówienia, jak i opcji. Opcja jest bowiem składnikiem zamówienia i podlega regułom opisu zgodnie z dyspozycją art. 29 PZP. Zamawiający definiuje w dokumentacji przetargowej maksymalny zakres przedmiotu zamówienia uwzględniający opcje oraz określa poziom zamówienia, który zrealizuje bezwzględnie. Zakres przedmiotu zamówienia ponad podstawowy poziom będzie opcją, dającą prawo możliwości realizacji tej części zamówienia, uzależnioną od wskazanych w umowie okoliczności, stanowiącą jedynie uprawnienie organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia¹⁶².



Pamiętaj

Opcje to zdaniem KIO maksymalny zakres zamówienia¹⁶³.

Zamawiający powinien pamiętać, że wykorzystując opcje, może wpłynąć na zmniejszenie efektu ekonomicznego zamówienia – wprowadzenie możliwości udzielenia zamówienia z opcją, wprowadza ryzyko dla potencjalnego wykonawcy związane z kalkulacją ceny oferty. Inaczej bowiem zostałaby skalkulowana cena oferty, gdyby wykonawca był pewien, że zamawiający zakupi 100 sztuk komputerów,

¹⁶² Orzeczenie KIO/UZP 22/07, orzeczenie KIO/UZP 1447/10.

¹⁶³ Orzeczenie KIO 2398/11.

a zupełnie inaczej, gdyby był pewny zakupu jedynie 50 sztuk komputerów, a pozostałych już nie.

Dlatego też dobrze jest wprowadzać do dokumentacji przetargowej rozwiązania, które wpłyną na zmniejszenie lub znaczne ograniczenie ryzyka po stronie wykonawcy związanego z wykorzystaniem prawa opcji. Takim rozwiązaniem może być uzależnienie możliwości wykorzystania prawa opcji od zgody obu stron zawartej umowy o zamówienie publiczne, a nie tylko od zamawiającego. Ponadto, jasno zdefiniowane okoliczności, na etapie przygotowania postępowania, po zaistnieniu których opcja zostanie zrealizowana, również wpłyną na ograniczenie ryzyka wykonawcy, a dzięki temu na efekt ekonomiczny zamówienia.

Skorzystanie z prawa opcji nie wymaga konieczności dokonania określonych czynności prawnych, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach. W treści zawartej umowy o zamówienie publiczne muszą się znaleźć jedynie zapisy dotyczące warunków i okoliczności skorzystania z prawa opcji.

Przedmiotem opcji mogą być zarówno zamówienia na dostawy usługi, jak i na roboty budowlane. Pomimo że ustawodawca odnosi się w treści art. 34 ust 5 PZP jedynie do dostaw i usług, to jeżeli dokonamy wykładni systemowej, wówczas również roboty budowlane będą mogły być objęte opcją. Możliwość wykorzystania opcji przy robotach budowlanych możemy wyprowadzić z analizy załącznika VII A do Dyrektywy 2004/18WE, zawierającego wykaz niezbędnych informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane.

Opcja nie musi być tożsama z podstawowym przedmiotem i zakresem zamówienia.

Opcja stanowi możliwość rozszerzenia zamówienia podstawowego o konkretny przedmiot, który co do zasady nie jest tożsamy z zamówieniem podstawowym. Przykładowo przedmiotem zamówienia podstawowego może być dostawa sprzętu i aparatury badawczo-



- naukowej, w opcji zamawiający może zaś dokonać zakupu np. materiałów zużywalnych do badań.



Zamówienie z opcją w przeciwieństwie do zamówienia dodatkowego nie musi być tożsame z przedmiotem zamówienia podstawowego lub z niego wynikać.

Zamawiający musi jednak przestrzegać jednej z podstawowych zasad przy udzielaniu zamówienia z opcją, a mianowicie zgodności opisu przedmiotu zamówienia w dokumentacji przetargowej z zakresem przedmiotowym zawartej umowy. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 140 ust. 3 PZP, umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego niezwykle ważny jest precyzyjny i dokładny opis przedmiotu zamówienia podstawowego, jak i opcji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wszczyna w sytuacji, kiedy posiada odpowiednią ilość zabezpieczonych środków finansowych na pokrycie przyszłego zobowiązania. Warto się zatem zastanowić, czy w przypadku skorzystania z opcji, zamawiający zobowiązany jest do zabezpieczenia odpowiedniej ilości środków finansowych, które przeznaczy na wykonanie zamówienia.

W doktrynie funkcjonują dwa przeciwstawne poglądy, co do konieczności posiadania odpowiedniej ilości środków finansowych na realizację zamówienia powiększonego o opcję. Zgodnie z jednym z orzeczeń KIO, w przypadku zamówienia z prawem opcji, ustalona przez zamawiającego kwota przeznaczona na jego sfinansowanie powinna zabezpieczać wydatki na zakres obligatoryjny zamówienia. Zamiar sfinansowania przez zamawiającego całości zakresu zamówienia mija się bowiem z celowością zastrzeżenia prawa opcji¹⁶⁴. Taka interpretacja jest w pełni uzasadniona i słuszna, gdyż opcja jest pewnym uprawnieniem zamawiającego uzależnionym od spełnienia różnych przesłanek, w tym m.in. możliwości finansowych zamawia-

¹⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2398/11.

jącego, a informację o takim uprawnieniu zamawiającego wykonawcy uzyskują w momencie wszczęcia postępowania.

Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg różnych sposobów udzielania zamówień publicznych, takich jak zamówienia uzupełniające oraz zamówienia dodatkowe. Są to sposoby realizacji zamówienia dość zbliżone do prawa opcji, jednak w zasadniczej istocie od niego się różniące. Mianowicie zamówienie uzupełniające jest uprawnieniem zamawiającego, które musi być zrealizowane już na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego. W prawie opcji zaś zakres objęty prawem opcji niekoniecznie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią, której realizacja jest pewna. Ponadto, zamówienie uzupełniające może być jedynie zamówieniem tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, czyli dotyczyć takich samych usług, jak usługi zawarte w zamówieniu podstawowym, i może być udzielone jedynie wtedy, gdy zamówienie podstawowe zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. O zastosowaniu zamówień uzupełniających decyduje sam zamawiający, a ich realizacja odbywa się w osobnym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Z kolei prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Zamówienie dodatkowe zaś jest zamówieniem uwarunkowanym ściśle od realizacji zamówienia podstawowego, i nie jest jedynie czystym uprawnieniem zamawiającego, lecz jego prawnie uwarunkowaną możliwością¹⁶⁵.

Wycena opcji może stanowić składnik kryterium ceny w danym postępowaniu, jak również kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty mogą odnosić się do zakresu przewidzianego prawem opcji¹⁶⁶.

Podsumowując, opcja może dotyczyć zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.



¹⁶⁵ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu. Zamówienia klasyczne. Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2013 r., s. 168–172.

¹⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt KIO 1891/12.



- Opcja zwiększenia częstotliwości dostaw.
- Opcja ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.
- Opcja zwiększenia ilości dostarczanego przedmiotu zamówienia.

24. Zamówienia dodatkowe

Konstrukcja zamówienia dodatkowego została zdefiniowana w treści art. 67 ust. 1 pkt 5 PZP. Zgodnie z intencją ustawodawcy zamówienie dodatkowe jest zamówieniem nieprzewidzianym w zakresie przedmiotowym zamówienia podstawowego. Nie oznacza to jednak, że każda zmiana polegająca na rozszerzeniu zakresu przedmiotu zamówienia podstawowego w trakcie jego realizacji będzie zamówieniem dodatkowym. Należy bowiem zwrócić uwagę na zasadniczy warunek umożliwiający udzielenie zamówienia dodatkowego, jakim jest funkcjonalność tego zamówienia względem zamówienia podstawowego. Zamówienie dodatkowe jest zamówieniem, które pojawia się zawsze w związku z realizacją zamówienia podstawowego – nie ma zatem zamówienia dodatkowego bez istnienia zobowiązania pierwotnego.

Zamówienie dodatkowe może zostać udzielone wyłącznie wykonawcy realizującemu dotychczasowe zamówienie podstawowe. W art. 2 PZP ustawodawca określił katalog podmiotów mogących być wykonawcą w zamówieniach publicznych – będą to osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyły ofertę lub zawarły umowę o zamówienie publiczne. Wykonawcy mogą również wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne, zgodnie z dyspozycją art. 23 PZP. W takiej sytuacji zamawiający może udzielić zamówienia dodatkowego wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wspólną ofertę, jak również jednemu z tych wykonawców.



W każdym przypadku wspólnego realizowania zamówienia publicznego przez wykonawców lub też realizowania zamówienia dodatkowego przez jednego z wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę, obowiązuje solidarna odpowiedzialność wszystkich wykonawców za wykonanie zamówienia wobec zamawiającego.

Jeżeli zamówienie dodatkowe ma być udzielone dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, a przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia dodatkowego funkcjonalnie wiążą możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego z zamówieniem podstawowym dotychczas realizowanym, to bezwzględnie koniecznym warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego będzie istnienie więzi obligacyjnej pomiędzy zamawiającym a tym wykonawcą w zakresie zamówienia podstawowego.

Zamówienia dodatkowe nie można udzielić w momencie, kiedy zamówienie podstawowe zostało zrealizowane, a strony nie wiążą już żaden stosunek zobowiązaniowy.



Należy pamiętać, że zamówienie dodatkowe jest nowym zamówieniem udzielanym zgodnie z przepisami PZP. Chcąc udzielić zamówienia dodatkowego, zamawiający przede wszystkim musi ustalić, czy przesłanka do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki została spełniona. Jeżeli tak, to musi dokładnie opisać przedmiot zamówienia dodatkowego oraz określić jego wartość szacunkową. Do określenia wartości szacunkowej zamówienia nie muszą być brane pod uwagę informacje uzyskane z oferty złożonej przez wykonawcę, który realizuje zamówienie podstawowe. Zamówienie dodatkowe, podobnie jak zamówienie uzupełniające, jest całkowicie odrębnym zamówieniem od zamówienia podstawowego, powiązaniem jedynie funkcjonalnie bądź prawnie z zamówieniem podstawowym, co wymusza konieczność spełniania przez zamawiającego wszystkich wymogów proceduralnych przewidzianych PZP. Dlatego też zamawiający nie powinien zapominać o konieczności prowadzenia dla takich zamówień odrębnych protokołów z prowadzonego postępowania oraz pełnej dokumentacji dokonywanych czynności. Obowiązek prowadzenia protokołu postępowania wynika wprost z art. 96 ust. 1 PZP, dołączenie zaś załączników do protokołu, takich jak np. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków – również te dokumenty, wynika z art. 96 ust. 2 PZP.



Zamówienia dodatkowego można udzielić jedynie wtedy, gdy przedmiot zamówienia jest usługą lub robotą budowlaną.

Przykładowo, nie można udzielić zamówienia dodatkowego, kiedy przedmiotem zamówienia będzie dostawa leków i materiałów zużywalnych do badań i zabiegów operacyjnych, gdyż zamówienie to nie będzie ani usługą, ani robotą budowlaną. Należy podkreślić, że bez znaczenia będzie przy tym fakt, że zamówienie podstawowe jest zamówieniem na usługę lub robotę budowlaną.

Do określania rodzaju zamówienia dodatkowego zastosowanie będą miały przepisy art. 6 PZP, zgodnie z którym, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia należy zastosować przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia zastosowanie będą miały przepisy dotyczące dostaw.

Z kolei jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia należy zastosować przepisy dotyczące robót budowlanych, a jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług – przepisy dotyczące usług. Zamawiający może udzielić kilku zamówień dodatkowych, istotne przy tym jest jedynie to, aby ich łączna wartość nie przekroczyła 50% wartości realizowanego zamówienia. Przy czym wartość realizowanego zamówienia będzie stanowiła sumę wartości zamówienia podstawowego wraz z dotychczas udzielonymi zamówieniami dodatkowymi.

Przykładowo, wartość zamówienia podstawowego wynosi 100, zamawiający udzielił pierwszego zamówienia dodatkowego o wartości 40, czyli nieprzekraczającej 50% wartości realizowanego zamówienia, a następnie udzielił kolejnego zamówienia dodatkowego o wartości 30, czyli o wartości łącznie nieprzekraczającej 50% sumy wartości zamó-

wienia podstawowego wraz z dotychczas udzielonym zamówieniem dodatkowym.

Jeżeli wartość szacunkowa zamówienia dodatkowego będzie równa lub przekroczy progi unijne, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zmuszony będzie do zawiadomienia Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Następnie zamawiający zaprasza dotychczasowego wykonawcę zamówienia podstawowego, któremu chce udzielić zamówienia dodatkowego do negocjacji, przygotowując jednocześnie dokładny protokół z prowadzonych negocjacji. Negocjacje kończy zawarcie umowy, której przedmiotem będzie udzielenie zamówienia dodatkowego oraz opublikowanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Istotą zamówień dodatkowych jest ich nieprzewidywalność w momencie udzielania zamówienia podstawowego.

Należy pamiętać, że nie każde zwiększenie zakresu zamówienia podstawowego będzie się kwalifikowało do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamówieniem dodatkowym będzie bowiem jedynie zamówienie niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, którego konieczności udzielenia nie można było wcześniej przewidzieć, jeżeli:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Nieprzewidywalność konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego. Każdą bowiem czynność przy udzielaniu zamówień publicznych



zamawiający powinien wykonywać z należytą starannością. Jedynie, gdy pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności, pojawiła się konieczność udzielenia zamówienia w celu prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, można zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki. Należy przy tym pamiętać, aby sam zamawiający nie zawniósł powstaniu konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego w celu realizacji zamówienia podstawowego.



Pamiętaj

Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego¹⁶⁷.

Należy przy tym pamiętać, że zamówienie dodatkowe wystąpi wtedy, gdy obiektywnie nie będzie można wykonać zamówienia podstawowego bez konieczności wykonania zamówienia dodatkowego.



Przykład

Zamawiający w trakcie realizacji inwestycji drogowej polegającej na budowie odcinka x drogi stwierdził, że na odcinku y wystąpiły warunki glebowe uniemożliwiające realizację inwestycji zgodnie z umową, bez konieczności wymiany gruntu na odcinku y. Ta niespodziewana okoliczność wystąpiła, pomimo dołożenia należytej staranności przez zamawiającego w postaci wykonania szeregu badań geologicznych gleby. W takiej sytuacji zamawiający powinien zadać sobie pytanie, czy wykonanie zamówienia polegającego na budowie odcinka x drogi jest możliwe bez konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego na wymianę na odcinku y gleby. Jeżeli odpowiedź będzie negatywna, tzn. bez udzielenia zamówienia dodatkowego nie zostanie wykonane zamówienie podstawowe, zaistnieją przesłanki do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Należy przy tym pamiętać, że okoliczność powodująca wprowadzenie zmian użytkowych czy też funkcjonalnych do umowy, wynikająca z wejścia w życie nowych przepisów, nie stanowi wystarczającej podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzieleniu zamówień dodatkowych¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 28/10.

¹⁶⁸ Uchwała KIO z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO/KD 108/11.

Nie będą stanowiły wystarczającego uzasadnienia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b PZP, następujące argumenty:

- 1) oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego byłoby niekorzystne dla zamawiającego;
- 2) utrudniałoby to odbiór robót oraz rozszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji;
- 3) mogłoby to zagrażać jakości wykonywanych robót;
- 4) mogłoby to spowodować wstrzymanie prac na obiekcie do czasu wyłonienia nowego wykonawcy co byłoby niekorzystne dla zamawiającego¹⁶⁹.

Zamówieniem dodatkowym nie mogą być roboty czy też prace zamienne, które w żaden sposób nie wpływają na prawidłowość wykonania zakresu robót podstawowych¹⁷⁰.

Ponadto należy pamiętać, że zamówieniem dodatkowym nie może być również zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego lub niestarannego przygotowania postępowania przetargowego¹⁷¹.

Udzielenie zamówienia publicznego, z naruszeniem przesłanek zdefiniowanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 PZP, może skutkować:

- wystąpieniem Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części;
- nałożeniem kary pieniężnej, na podstawie art. 200–203 PZP;
- skierowaniem wniosku do właściwego Rzecznika o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁷².



¹⁶⁹ Uchwała KIO z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO/KD 89/11.

¹⁷⁰ Uchwała KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO/KD 79/11.

¹⁷¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99.

¹⁷² Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.

25. Zamówienia uzupełniające

Możliwość udzielania zamówień uzupełniających przewidziały przepisy art. 31 pkt 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, które zostały następnie zaimplementowane do prawa krajowego w postaci art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7.

Zamówienia uzupełniające muszą spełniać łącznie następujące przesłanki:

- 1) muszą być udzielane w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego;
- 2) muszą być udzielane dotychczasowemu wykonawcy dostaw, usług lub robót budowlanych;
- 3) muszą stanowić nie więcej niż 50% zamówienia podstawowego w przypadku usług lub robót budowlanych i nie więcej niż 20% zamówienia podstawowego w przypadku dostaw;
- 4) muszą polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Ponadto zamówienie uzupełniające na usługi lub roboty może być udzielone wyłącznie wtedy, gdy zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. W przypadku zaś zamówienia uzupełniającego na dostawy, zamówienie to może być udzielone, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Przy udzieleniu zamówienia uzupełniającego niezwykle ważnym elementem jest konieczność zdefiniowania w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego możliwości udzielenia takiego zamówienia wraz

z dokładnym określeniem jego rodzaju i zakresu. Określony zaś w ogłoszeniu zakres zamówienia uzupełniającego musi być zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego w wybranej w zależności od potrzeb zamawiającego jego części.

Należy pamiętać, że zamówienie uzupełniające jest nowym zamówieniem udzielanym zgodnie z przepisami PZP. Chcąc udzielić zamówienia uzupełniającego, zamawiający przede wszystkim musi ustalić, czy przesłanka do udzielenia tego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki została spełniona. Jeżeli tak, to wówczas musi dokładnie opisać przedmiot zamówienia uzupełniającego oraz określić jego wartość szacunkową. Do określenia wartości szacunkowej zamówienia nie muszą być brane pod uwagę informacje uzyskane z oferty złożonej przez wykonawcę, który realizuje zamówienie podstawowe.

Zamówienie uzupełniające musi być powiązane funkcjonalnie i przedmiotowo z zamówieniem podstawowym. W istocie swej jest to zupełnie nowe i samodzielne zamówienie udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki.



Strony przy realizowaniu inwestycji budowlanej x określiły w umowie podstawowej wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, w umowie zaś na roboty uzupełniające – jego wynagrodzenie kosztorysowe. Takie działania stron są jak najbardziej prawidłowe, ze względu na to, że łączą je dwa zupełnie różne stosunki obligacyjne¹⁷³.



Zamówienie uzupełniające może zostać udzielone wyłącznie wykonawcy realizującemu dotychczasowe zamówienie podstawowe.

W każdym przypadku wspólnego realizowania zamówienia publicznego przez wykonawców lub też realizowania zamówienia uzupełniającego przez jednego z wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę, obowiązuje solidarna odpowiedzialność wszystkich wykonawców za wykonanie zamówienia wobec zamawiającego.



¹⁷³ Wyrok KIO z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt KIO 749/10.

Jeżeli wartość szacunkowa zamówienia uzupełniającego będzie równa lub przekroczy progi unijne, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zmuszony będzie do zawiadomienia Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Następnie zamawiający zaprasza dotychczasowego wykonawcę zamówienia podstawowego, któremu chce udzielić zamówienia uzupełniającego do negocjacji, przygotowując jednocześnie dokładny protokół z prowadzonych negocjacji. Negocjacje kończy zawarcie umowy, której przedmiotem będzie udzielenie zamówienia uzupełniającego oraz opublikowanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Zamawiający powinien pamiętać, że zapraszając dotychczasowego wykonawcę do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia uzupełniającego, musi się liczyć z tym, że zamówienie to może zostać udzielone na podobnych lub zupełnie innych warunkach. Przy jego udzieleniu nie obowiązują bowiem warunki, które zostały zaoficerowane przez wykonawcę w złożonej ofercie, w przedmiocie zamówienia podstawowego. W związku z powyższym, przed zawarciem umowy na wykonanie zamówienia uzupełniającego, zamawiający powinien przeanalizować warunki udzielenia tego zamówienia i ewentualnie podjąć decyzję o jego udzieleniu w jednym z trybów konkurencyjnych otwartych.

Charakterystyczny dla zamówienia uzupełniającego jest jego przedmiot, powiązany ściśle i funkcjonalnie z zamówieniem podstawowym. Przedmiotem zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane lub usługi będzie powtórzenie takiego samego rodzaju zamówienia, jak zamówienie podstawowe. Zatem zamówieniem uzupełniającym nie będzie zamówienie, którego zamawiający nie planował na etapie udzielania zamówienia podstawowego oraz którego konieczność udzielenia pojawiła się po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Czym innym są bowiem zamówienia dodatkowe, których konieczności udzielenia towarzyszy nieprzewidywalność i brak zawinienia

po stronie zamawiającego, czym innym zaś zamówienia uzupełniająca, o których możliwości udzielenia, zamawiający powinien wiedzieć już na etapie definiowania dokumentacji przetargowej. Z kolei przy zamówieniu uzupełniającym na dostawy dodatkowym warunkiem do spełnienia będzie rozszerzenie dostawy objętej zamówieniem podstawowym przy jednoczesnym istnieniu okoliczności, że zmiana wykonawcy zamówienia podstawowego powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co skutkowało by niekompatybilnością techniczną lub nieproporcjonalnie dużymi trudnościami technicznymi w użytkowaniu i dozorze.

Zamawiający może udzielać wielu zamówień uzupełniających, pod warunkiem że ich łączna wartość nie przekroczyła 50% wartości zamówienia podstawowego w przypadku zamówień na roboty budowane lub usługi oraz 20% wartości zamówienia podstawowego w przypadku zamówień na dostawy.



26. Zamówienia dodatkowe a zamówienia uzupełniające

PODOBIENSTWA	RÓŻNICE
Stanowią przedmiot odrębnego zamówienia z punktu widzenia procedury	Zamówienia uzupełniające muszą być planowane na etapie udzielania zamówienia podstawowego, z kolei konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynika z nieprzewidywalności i braku zawinienia po stronie zamawiającego
Wymagają przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki	Przy zamówieniach uzupełniających, przedmiot zamówienia musi być tożsamy z zamówieniem podstawowym, z kolei przy zamówieniach dodatkowych przedmiot zamówienia musi wynikać z konieczności należytego wykonania zamówienia podstawowego
Jeżeli wartość takiego zamówienia przekroczy progi unijne (art. 11 ust. 8 PZP), zamawiający zobowiązany będzie do zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania	Warunki, na jakich zostanie udzielone zamówienie dodatkowe lub zamówienie uzupełniające, mogą być różne od tych, na jakich udzielono zamówienia podstawowego

PODOBIENSTWA	RÓŻNICE
Zamówienia udziela się temu samemu wykonawcy, który realizuje zamówienie podstawowe	Zamówienie uzupełniające musi zostać przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, z kolei zamówienie dodatkowe musi wynikać obiektywnie z zaistniałych ustawowych przesłanek
Ograniczenie procentowe wartości udzielanych zamówień dodatkowych i uzupełniających	Zamówienia uzupełniające odnoszą się do pełnego zakresu przedmiotowego przewidzianego przepisami PZP, z kolei zamówienia dodatkowe odnoszą się jedynie do zamówień na roboty budowlane lub usługi
	Zamówienia dodatkowe są zawsze związane z realizowanym kontraktem, z kolei możliwość udzielenia zamówień uzupełniających ograniczona jest okresem trzech lat od momentu udzielenia zamówienia

27. Umowa ramowa

Możliwość wykorzystania konstrukcji umowy ramowej w zamówieniach publicznych przewidziały przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE umowa ramowa jest umową zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, a jej celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz – o ile ma to zastosowanie – do przewidywanych ilości. Z kolei krajowy ustawodawca w podobnym brzmieniu zdefiniował umowę ramową w treści art. 2 pkt 9a PZP.

Istota umowy ramowej nie została uregulowana szczegółowo w przepisach obowiązującego prawa – jest ona raczej wyłącznie tworem wypracowanym w trakcie praktyki gospodarczej, stosowanym coraz szerzej w wielu dziedzinach gospodarki ze względu na jej dużą praktyczność i elastyczność. Umowa ramowa jest zatem typem umowy

nienazwanej, dlatego możliwe jest w miarę swobodne kształtowanie jej minimalnej treści.

W praktyce, m.in. związanej z zawieraniem umów o zamówienie publiczne, bardzo często następuje mylenie pojęć umowy ramowej z ramową postacią umowy. Mianowicie konstrukcja ramowej postaci umowy jest szczególną techniką kontraktowania, polegającą na tym, że w wyniku zawarcia takiej umowy osiągnięty konsensus wyznacza treść stosunku obligacyjnego jedynie w minimalnym niezbędnym dla jej identyfikacji zakresie a ostateczny zakres umowy jest kształtowany poprzez kolejne realizacje jej postanowień w miarę wykonywania umowy. W wyniku zastosowania ramowej postaci umowy strony takiego stosunku zobowiązaniowego dla osiągnięcia zamierzonych celów zobowiązują się do współdziałania przy zawieraniu określonych rodzajowo umów na z góry umówionych warunkach i najczęściej w oznaczony w umowie sposób¹⁷⁴.

Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość zawarcia umowy ramowej jedynie w sytuacji przeprowadzenia postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych otwartych, tj.:

- przetargu nieograniczonym,
- przetargu ograniczonym,
- negocjacjach z ogłoszeniem.

Umowa ramowa podobnie jak umowa przedwstępna jest instrumentem organizującym proces zawierania umów w przyszłości. Celem jej zawarcia jest stworzenie podstaw do podpisania w przyszłości umów realizacyjnych pomiędzy niezależnymi podmiotami gospodarczymi. Umowa ramowa powinna być zatem kwalifikowana jak szczególna czynność prawna organizująca proces kontraktowania w przyszłości – nie jest więc istotą tego typu konstrukcji prawnej bezpośrednio zaspokajanie potrzeb ekonomicznych stron ani bezpośrednio urzeczywistnianie określonego zamiaru gospodarczego. Jednocześnie umowy ramowej nie można oceniać w płaszczyźnie sposobów zawierania umów, takich jak oferta czy rokowania. Najczęściej w umowie ramowej



¹⁷⁴ A. Panasiuk, *Umowy ramowe w systemie zamówień publicznych*, [w:] „Prawo Zamówień Publicznych”, Nr 3 z 2006 r., s. 11–16.

dochodzi do bliższego sprecyzowania przedmiotu świadczenia, jednak bez jego dokładnego doprecyzowania. Zostaje on zatem określony jedynie w sposób ramowy, tak aby umożliwić w przyszłości stronom swobodne zawieranie umów realizacyjnych zgodnych z przedmiotem umowy ramowej. Ponadto postanowienia umowy ramowej określają formę i granice współdziałania stron przy zawieraniu stosunków obligacyjnych w przyszłości¹⁷⁵.

Umowa ramowa jest więc instrumentem prawnym umożliwiającym sprawniejsze udzielanie zamówień w przyszłości w wyniku zidentyfikowania kręgu potencjalnych wykonawców przyszłych zamówień. Jest swoistego rodzaju instrumentem elastycznego wyboru wykonawców, z którymi ustalone zostają warunki dotyczące zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, objętym umową ramową (nie dłuższym jednak niż 4 lata).



Umowę ramową można zawrzeć na okres nie dłuższy niż 4 lata. W wyjątkowej sytuacji – podyktowanej przedmiotem zamówienia i szczególnym interesem zamawiającego – okres ten może być dłuższy, jednak niezwłocznie należy o tym powiadomić Prezesa UZP.

Udzielanie zamówień publicznych przy zastosowaniu procedury umowy ramowej nie może zmierzać do ograniczenia konkurencji. Istotą bowiem zastosowania takiej umowy są względy ekonomiki postępowania przy udzielaniu zamówień, jak również zwiększenie konkurencji pomiędzy wykonawcami będącymi jej stronami.

Procedura udzielenia zamówienia przy wykorzystaniu umowy ramowej złożona jest z dwóch etapów. Na pierwszym etapie dokonuje się indywidualizacji wykonawców, z którymi zamawiający zawiera umowy ramowe, wraz z ustaleniem warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w okresie obowiązywania umowy ramowej, w szczególności cen i przewidywanych ilości. Następnie uczestnicy składają konkurencyjne oferty, wyrażające ich oświadczenia woli co do chęci zawarcia z zamawiającym umowy ramowej.

¹⁷⁵ *Ibidem*, s. 11–16.

W ofertach tych indywidualizują swoje oświadczenia woli, w szczególności co do kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, ceny oraz innych warunków koniecznych do spełnienia, aby zawrzeć umowę. Warto pamiętać, że etap pierwszy, który jeszcze nie wyznacza ram przyszłych kontraktów zobowiązaniowych, wzmaga konkurencję pomiędzy uczestnikami takiego postępowania.

Z kolei na drugim etapie odbywa się weryfikacja wykonawców, z którymi zawarto umowę ramową na realizację określonego zamówienia, w wyniku prowadzonych negocjacji. Złożenie ofert podczas tego etapu odbywa się po przekazaniu wykonawcom informacji o zakresie przedmiotu zamówienia oraz terminie składania ofert uwzględniającym czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty. Następnie dochodzi do skonkretyzowania propozycji wykonawców względem zamawiającego w postaci złożonych ofert, które będą podstawą dokonywanego na tym etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Konkurencyjność trwająca przez cały czas obowiązywania umowy ramowej może prowadzić do udzielania zamówień publicznych na znacznie korzystniejszych warunkach, aniżeli w postępowaniu bez wykorzystania takiej umowy.

Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, z którymi zawarto umowę ramową, o wyborze najkorzystniejszej oferty.



Drugi etap, prowadzący do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest etapem powtarzalnym, co oznacza, że zamawiający może wielokrotnie przeprowadzać negocjacje z podmiotami, z którymi zawarto umowy ramowe w okresie ich obowiązywania. Należy podkreślić, że powtarzalność negocjacji z tą samą grupą wykonawców sprzyja wzmocnieniu mechanizmu konkurencji między nimi. Zamawiający może bowiem oczekiwać korzystniejszych warunków udzielenia zamówienia w porównaniu z procedurami konkurencyjnymi, w których nie zastosowano umowy ramowej.

Procedura udzielania zamówień w ramach umowy ramowej jest procedurą przewidywalną i dość sztywną, jeżeli chodzi o możliwość

wprowadzania do niej zmian. Zamawiający nie może bowiem w czasie obowiązywania tej umowy dokonywać modyfikacji przedmiotu zamówienia jak również kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.



Zamawiający może jedynie dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli zmiana ta nie jest istotna. Nie może zatem w szczególności ingerować w zakres i przedmiot zamówienia oraz kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do korzyści wynikających z zastosowania umowy ramowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można zaliczyć przede wszystkim stabilność realizowanych dostaw po stronie zamawiającego oraz pewność warunków po stronie wykonawców. Zastosowanie umowy ramowej będzie szczególnie korzystne dla zamówień, których istota nie ulega zmianie w dłuższym czasie, czyli do zamówień powszechnych o określonych standardach jakościowych oraz zamówień powtarzalnych. Ponadto umowa ramowa może mieć wpływ również na konkurencyjność składanych ofert przez wykonawców, z którymi została ona zawarta.