

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest agencją rządową, podlegającą Ministrowi właściwemu ds. gospodarki. Powstała na mocy ustawy z 9 listopada 2000 roku. Zadaniem Agencji jest zarządzanie funduszami z budżetu państwa i Unii Europejskiej, przeznaczonymi na wspieranie przedsiębiorczości i innowacyjności oraz rozwój zasobów ludzkich.

Celem działania Agencji, która w 2010 r. obchodzi dziesięciolecie istnienia, jest realizacja programów rozwoju gospodarki wspierających działalność innowacyjną i badawczą małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), rozwój regionalny, wzrost eksportu, rozwój zasobów ludzkich oraz wykorzystywanie nowych technologii.

W perspektywie finansowej obejmującej lata 2007–2013 Agencja jest odpowiedzialna za wdrażanie działań w ramach trzech programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki i Rozwój Polski Wschodniej**.

Jednym z priorytetów Agencji jest promowanie postaw innowacyjnych oraz zachęcanie przedsiębiorców do stosowania nowoczesnych technologii w swoich firmach. W tym celu Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi portal internetowy poświęcony tematyce innowacyjnej www.pi.gov.pl, a także corocznie organizuje konkurs **Polski Produkt Przyszłości**. Przedstawiciele MSP mogą w ramach **Klubu Innowacyjnych Przedsiębiorstw** uczestniczyć w cyklicznych spotkaniach. Celem portalu edukacyjnego **Akademia PARP** (www.akademiaparp.gov.pl) jest upowszechnienie wśród mikro, małych i średnich firm dostępu do wiedzy biznesowej w formie e-learningu. Za pośrednictwem strony internetowej web.gov.pl PARP wspiera rozwój e-biznesu. W Agencji działa ośrodek sieci **Enterprise Europe Network**, który oferuje przedsiębiorcom informacje z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej na Wspólnym Rynku.

PARP jest inicjatorem utworzenia sieci regionalnych ośrodków wspierających MSP, tj. **Krajowego Systemu Usług dla MSP, Krajowej Sieci Innowacji i Punktów Konsultacyjnych**. Instytucje te świadczą nieodpłatnie lub wg preferencyjnych stawek usługi z zakresu informacji, doradztwa, szkoleń oraz usługi finansowe. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące** (RIF).

2010
2010

Opinie prawne
w zakresie zamówień publicznych

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
2009–2010

OPINIE PRAWNE W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
2009–2010

Publikacja została opracowana przez Urząd Zamówień Publicznych

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Publikacja opracowana przez Urząd Zamówień Publicznych

Wydawca:
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010

Druk współfinansowany przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

ISBN 978-83-7633-049-5

Wydanie I

Nakład 8500 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:



Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB
ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel. centr. (48) 364-42-41, fax (48) 364-47-65
e-mail: instytut@itee.radom.pl <http://www.itee.radom.pl>

Urząd Zamówień Publicznych jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

- 1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
- 2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
- 3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
- 4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
- 5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
- 6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zamawiających i wykonawców.

W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje. Przedsięwzięcia informacyjno-edukacyjne UZP mają znaczący wpływ na kształtowanie prawidłowej praktyki wśród zamawiających i wykonawców, propagowanie rozwiązań innowacyjnych oraz eliminowanie zachowań niekonkurencyjnych.

Kreując i wspierając rozwiązania nowoczesne i efektywne, UZP upowszechnia wykorzystanie

w procedurze udzielania zamówienia instrumentów elektronicznych m.in. poprzez udostępnienie bezpłatnych platform aukcji i licytacji elektronicznych.

W sferze działalności międzynarodowej Urząd Zamówień Publicznych uczestniczył w kilku projektach twinningowych: Phare 2005 BG/2005/IB/FI/04 „Dalsze wzmocnienie systemu zamówień publicznych w Bułgarii”, Phare 2006 HR/2006/IB/FI/04TL „Dalszy rozwój Krajowej Komisji ds. Kontroli Zamówień Publicznych oraz systemu odwoławczego w Chorwacji”, a obecnie rozpoczął projekt z Albanią „Support for the strengthening of the Albanian public procurement, concessions and public auctions” AL 08 IB EC 01 IPA 2008. Ponadto Urząd uczestniczy w licznych przedsięwzięciach na szczeblu unijnym dotyczących Zielonych zamówień publicznych oraz działań w ramach Public Procurement Network.

Słowo wstępne

Publikacja została przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych, który jest partnerem w projekcie systemowym Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”.

Projekt jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”. Założenia projektu systemowego zostały opracowane na podstawie rekomendacji zawartych w dokumencie rządowym „*Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*” opracowanym w 2008 roku przez Ministerstwo Gospodarki i Urząd Zamówień Publicznych.

Celem projektu jest

- zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych poprzez upowszechnienie rozwiązań prawnych, pozwalających uzyskać korzystne ekonomicznie oraz innowacyjne zamówienia publiczne.

Projekt przewiduje kompleksowe, ujednoczone działania, prowadzone w skali ogólnopolskiej. Główny obszar oddziaływania to szkolenia i doradztwo, mające na celu wzrost wiedzy o możliwościach, jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie nowego podejścia oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień publicznych.

Istotne jest również informowanie i promowanie rozwiązań przewidzianych ustawą, które mogą ułatwić małym i średnim przedsiębiorstwom udział w zamówieniach publicznych. Publikacja jest jednym z elementów działań informacyjno-promocyjnych. Zawiera zbiór opinii prawnych, które zostały opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych w latach 2009–2010.

Wyrażamy nadzieję, że opinie prawne będą mogły być wykorzystane zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców w procesie udzielania i ubiegania się o zamówienia publiczne.

Spis treści

Słowo wstępne	4
Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez jednostki badawczo-rozwojowe – ocena możliwości wyłączenia	7
Wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych.....	13
Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego	18
Nowe definicje oraz usługi priorytetowe i niepriorytetowe.....	21
Szacowanie wartości zamówień a plany zamawiającego dotyczące udzielania zamówień	26
Ustalanie wartości przedmiotu zamówienia. Ocena niedopuszczalnego podziału zamówienia na części	28
Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej.....	30
Opis przedmiotu zamówienia	34
Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie.....	37
Warunki udziału w postępowaniu – wymóg posiadania określonego doświadczenia.....	50
Zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia.....	52
Dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.....	54
Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia	57
Kryteria oceny ofert	60
Kryteria oceny ofert w umowie ramowej.....	62
Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej.....	64
Niedopuszczalność subiektywnej oceny ofert	77
Rażąco niska cena.....	79
Odrzucenie oferty.....	82
Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego	83
Niedopuszczalność podmiotowej zmiany wykonawcy zamówienia publicznego w odniesieniu do spółki cywilnej.....	93
Zamówienia dodatkowe	95
Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji Prawa zamówień publicznych.....	97

Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez jednostki badawczo-rozwojowe – ocena możliwości wyłączenia

INFORMATOR NR 4/2010

I. Dokonując oceny możliwości wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą Pzp” – przez jednostki badawczo-rozwojowe, w pierwszej kolejności należy mieć na uwadze fakt, iż sfera zamówień publicznych objęta jest przedmiotem regulacji prawa Unii Europejskiej. Unijne reguły koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych zostały określone w przepisach dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz dyrekcją 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Przepisy wskazanych dyrektyw poza ustaleniem samych procedur udzielania zamówień publicznych określają również krąg podmiotów zobowiązanych do ich stosowania (instytucje zamawiające). Przy czym wskazany w ww. dyrektywach krąg instytucji zamawiających ma charakter wiążący dla państw członkowskich (arg. z art. 288 ust. 3 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W konsekwencji należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne wyłączenie poza krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, podmiotów objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE i dyrektywy 2004/18/WE (arg. z art. 291 ust. 1 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

II. Katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp zawiera art. 3 ust. 1 tej ustawy. I tak ustawę Pzp stosuje się w szczególności do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240) jednostki badawczo-rozwojowe tworzone na podstawie ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 159, poz. 993, ze zm.) zaliczane były do jednostek sektora finansów publicznych (art. 4 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych – Dz. U. Nr 249, poz. 2104, ze zm.). Z tych względów jednostki badawczo-rozwojowe były kwalifikowane do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (1 stycznia 2010 r.) podmioty te zostały wyłączone poza sektor finansów publicznych (arg. z art. 9 pkt 14 tej ustawy), a tym samym utraciły status zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe nie oznacza jednak, iż jednostki badawczo-rozwojowe w ogóle utraciły status zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie konieczna jest ocena spełnienia przez jednostki badawczo-rozwojowe przesłanek określonych dla pozostałych kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Wśród kategorii zamawiających w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymienia się osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli są, bezpośrednio lub pośrednio, finansowane w ponad 50% lub też kontrolowane przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, albo przez takie osoby prawne. Kategoria podmiotów wymienionych art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp określana jest mianem podmiotów

prawa publicznego. Pojęcie to na gruncie ustawy Pzp nie ma charakteru normatywnego, ustawa Pzp nie posługuje się bowiem takim określeniem. Pojęcie podmiotu prawa publicznego występuje natomiast na gruncie prawodawstwa unijnego, tj. dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 2004/18/WE.

Pojęcie „podmiotu prawa publicznego” zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE. Zgodnie z definicjami zawartymi w tych przepisach za podmiot prawa publicznego uważany jest każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- posiada osobowość prawną oraz
- spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
 - finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego,
 - jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,
 - ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi zatem transpozycję do prawa polskiego instytucji podmiotu prawa publicznego, z tych względów przy wykładni tego przepisu zasadne jest sięgnięcie do dorobku ETS (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego.

W orzecznictwie ETS przyjęło się, iż pojęcie „podmiot prawa publicznego”, jako autonomiczne pojęcie prawa wspólnotowego, powinno być interpretowane w świetle głównego celu dyrektywy, jakim jest usunięcie barier w handlu wewnątrz Wspólnoty (Unii Europejskiej) i otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję przedsiębiorców z innych państw członkowskich oraz przeciwdziałanie jakimkolwiek formom preferencji narodowych przy udzielaniu zamówień. W związku z powyższym pojęcia definiujące zakres podmiotowy dyrektywy powinny być interpretowane szeroko i funkcjonalnie¹. Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego, spełniających kryteria wymienione w art. 1 ust. 9 lit. a) – c) drugiego akapitu zostały wskazane w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE. W załączniku tym wymienione zostały m.in.: banki narodowe, agencje ustanowione w celu realizacji określonych funkcji lub zaspokajania potrzeb pojawiających się w poszczególnych sektorach publicznych, placówki inne niż przemysłowe i handlowe podlegające kontroli państwa i działające w interesie publicznym działające m.in. w dziedzinie promowania rozwoju gospodarczego, instytucje działające w dziedzinie rozwoju technologii i przedsiębiorstw, a także w dziedzinie doradztwa w zakresie przedsiębiorczości, handlu, nauki, technologii i innowacji itp. Podkreślenia wymaga, iż wykaz podmiotów prawa publicznego umieszczony w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE nie ma charakteru wyczerpującego i decydującego. Decydujące znaczenie ma bowiem

¹ Zob. wyrok ETS z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*.

zawarta w ww. dyrektywach definicja podmiotu prawa publicznego². W związku z powyższym podmiot spełniający warunki określone w dyrektywie niezbędne do uznania go za podmiot prawa publicznego, pomimo braku umieszczenia go w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE, należy uznać za podmiot prawa publicznego zobowiązany do stosowania określonych w dyrektywie procedur udzielania zamówień publicznych.

W doktrynie z zakresu zamówień publicznych³ sformułowano definicję podmiotu prawa publicznego (wcześniej instytucji prawa publicznego) jako instytucji: nienastawionej na zysk w swojej podstawowej działalności, zazwyczaj nienapotykającej na konkurencję ze strony innych podmiotów na wolnym rynku, działającej w celu zaspokajania potrzeb ogólnych, których nie zaspokajają komercyjne przedsiębiorstwa prywatne albo takich potrzeb ogólnych, na zaspokajanie których państwo chce mieć wyłączność czy szczególnie wpływ, posiadającej osobowość prawną, pozostającej pod wpływem państwa lub innych podmiotów zamawiających, albowiem finansowanej w znacznej części (w ponad 50%) lub zarządzanej, lub nadzorowanej przez organy państwowe lub samorządowe. Zatem odpowiedź na pytanie, czy dany podmiot mieści się w zakresie definicji „podmiot prawa publicznego” wymaga przede wszystkim ustalenia celu, w jakim został on utworzony.

Istotne dla ustalenia zakresu podmiotowego pojęcia podmiotu prawa publicznego jest wyjaśnienie określenia „potrzeb w interesie ogólnym”. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż ustawodawca krajowy w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp posługuje się terminem „potrzeb o charakterze powszechnym”, które to pojęcie, ze względu na wskazanych powyżej (tj. zasady prowsótnotowej wykładni przepisów prawa krajowego), winno być rozumiane tak, jak na gruncie prawa wspólnotowego. Na marginesie należy tylko zaznaczyć, iż określenie „potrzeb powszechnych” występowało na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych⁴.

W orzecznictwie ETS przyjęło się, iż z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ⁵. Tak więc w świetle interpretacji ETS państwo czy też jednostki samorządu terytorialnego, tworząc podmioty prawa publicznego decydują się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać same lub mieć decydujący wpływ na sposób ich zaspokajania. Z potrzebami o charakterze powszechnym mamy zatem do czynienia w przypadku potrzeb, których zaspokajanie jest powiązane z instytucjonalną działalnością państwa⁶ oraz służy pożytkowi społeczeństwa jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. Innymi słowy, przez zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana

² Por. wyrok ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH.

³ Por. M. Lemke we Wprowadzeniu do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy lub roboty budowlane*, wyd. UZP, 2001 r.

⁴ Dyrektywy Rady: 92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r., 93/36/EEC z 14 czerwca 1993 r. oraz 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r.

⁵ Zob. orzeczenie z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding, Zb. Orz. [1998] str. I-6821, pkt 50–51; por. orzeczenia: z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà and Excelsior, Zb. Orz. [2001] str. I-3605, pkt 37; z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00, pkt 50; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy and Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa v Varkauden Taitotalo Oy, Zb. Orz. [2003] str. I-5321, pkt 47; cyt. orzeczenie w sprawie C-283/00 SIEPSA, pkt 80.

⁶ Zob. wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH ETS, pkt 24.

wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu⁷. W tym miejscu można powołać postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r. (sygn. akt IX Ca 196/05 niepubl.), w którym Sąd trafnie uznał, iż użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp słowa „powszechny” nie można interpretować w znaczeniu „dostępny dla wszystkich”, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu” czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone odpowiedniej rangi przepisami.

Podkreślić również należy, iż zdaniem ETS fakt zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym przez instytucję zamawiającą w warunkach konkurencji z podmiotami prywatnymi nie przesądza o tym, że potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego. Inna interpretacja w sytuacji, w której zaspokajanie określonych potrzeb o charakterze powszechnym prawie w całości byłoby przejęte przez podmioty prywatne, prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw⁸. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS w celu ustalenia, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu i warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych⁹.

Posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest uzależnione od procentowego znaczenia, w ramach całej działalności danego podmiotu, zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nie jest istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym taki podmiot ma możliwość prowadzenia innej działalności. Jeśli dany podmiot został pierwotnie ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, a następnie podjął działalność komercyjną, nie zmienia to jego statusu jako podmiotu prawa publicznego, skoro dalej prowadzi również działalność, dla której pierwotnie został ustanowiony. Fakt, że zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym stanowi jedynie stosunkowo niewielką część działalności danego podmiotu jest również nieistotny, pod warunkiem że podmiot w dalszym ciągu będzie realizował potrzeby, co do których jest wyraźnie określone, że powinien je zaspokajać¹⁰.

W świetle powyższego istotne z punktu widzenia kwalifikacji jednostek badawczo-rozwojowych do kategorii podmiotów prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest ustalenie celu, dla którego są one tworzone.

IV. Zasady działania jednostek badawczo-rozwojowych określają przepisy ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych – zwanej dalej „ustawą JBR”. W myśl postanowienia art. 1 ust. 1 tej ustawy jednostki badawczo-rozwojowe są państwowymi jednostkami organizacyjnymi wyodrębnionymi pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, tworzonymi w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. Stosownie zaś do postanowienia art. 2 ust. 1 ustawy JBR do zadań jednostek badawczo-rozwojowych należy w szczególności: prowadzenie badań naukowych i prac

⁷ G. Wicik. P. Wiśniewski. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck. Warszawa 2007, s. 60.

⁸ Zob. orzeczenie z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding, Zb. Orz. [1998] str. I-6821, pkt 43–44.

⁹ Zob. orzeczenia w sprawie C-373/00 *Adolf Truley*, pkt 66 oraz w sprawie C-18/01 *Korhonen*, pkt 48 i 59.

¹⁰ Por. orzeczenia w sprawie C-44/96, pkt 25 oraz w sprawie C-470/99, pkt 55.

rozwojowych, przystosowanie wyników prowadzonych prac do zastosowania w praktyce oraz upowszechnianie wyników tych prac, a także realizacja zadań związanych z prowadzonymi przez nią badaniami naukowymi lub pracami rozwojowymi, określonych w statucie jednostki. Potrzeba realizacji powyższych zadań stanowi zasadniczy cel tworzenia jednostek badawczo-rozwojowych (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy JBR). Poza realizowaniem powyższych zadań jednostki badawczo-rozwojowe mogą prowadzić inną działalność gospodarczą na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095, z późn. zm.), w zakresie i formach określonych w statutach tych jednostek. Ta działalność gospodarcza jest wydzielona pod względem finansowym i rachunkowym z podstawowej działalności określonej w art. 2 ust. 1 ustawy JBR.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, iż zasadniczym celem działalności jednostek badawczo-rozwojowych jest prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. Tak określony cel działalności jednostek badawczo-rozwojowych wskazuje, iż są one tworzone w celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnospołecznym (rozwój naukowy i innowacja). Powyższa działalność nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiągnięcie zysku. Jakkolwiek jednostki badawczo-rozwojowe mogą prowadzić inną działalność gospodarczą na zasadach określonych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (działalność nastawiona na zysk), to jednak nie zmienia to faktu, iż podstawowym celem tworzenia tych jednostek jest prowadzenie działalności w interesie ogólnospołecznym, co wynika wprost z przepisów ustawy JBR. Taka kwalifikacja jednostek badawczo-rozwojowych ma zatem charakter normatywny.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stanąć na stanowisku, iż jednostki badawczo-rozwojowe są tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

V. Dla kwalifikacji danego podmiotu prawa do kategorii podmiotów prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), poza wskazaniem, iż jest on tworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, konieczne jest stwierdzenie istnienia zależności pomiędzy takim podmiotem a podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podmioty tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego posiadają status zamawiających, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Zgodnie z postanowieniami art. 28 ustawy JBR jednostka badawczo-rozwojowa podlega nadzorowi sprawowanemu przez organ określony w akcie o jej utworzeniu. Właściwy minister sprawuje nadzór nad działalnością jednostki badawczo-rozwojowej oraz pracą dyrektora jednostki z punktu widzenia legalności i gospodarności. Stwierdzenie przez ministra sprawującego nadzór nad jednostką nielegalności lub niegospodarności w działalności dyrektora jednostki może być podstawą do odwołania dyrektora, bez konieczności zasięgnięcia opinii rady naukowej. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy JBR minister sprawujący nadzór może nałożyć na jednostkę badawczo-rozwojową obowiązek wprowadzenia do jej planu zadania lub wyznaczyć jej zadanie poza planem, jeżeli jest to niezbędne do realizacji szczególnie ważnych celów

gospodarczych lub społecznych, ze względu na potrzeby obrony kraju, w przypadku klęski żywiołowej bądź w celu wykonania zobowiązań międzynarodowych. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż w stosunku do jednostek badawczo-rozwojowych jest spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. c) ustawy Pzp.

Stosownie zaś do postanowienia art. 21 ust. 2 ustawy JBR dyrektora jednostki badawczo-rozwojowej będącego organem zarządzającym jednostki (arg. z art. 20 pkt 2 w zw. z art. 21 ust. 1 ustawy JBR) powołuje minister sprawujący nadzór nad tą jednostką spośród kandydatów wyłonionych w drodze konkursu, po zasięgnięciu opinii rady naukowej. Odpowiednio też minister sprawujący nadzór nad jednostką badawczo-rozwojową odwołuje dyrektora tej jednostki po zasięgnięciu opinii rady naukowej. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż w stosunku do jednostek badawczo-rozwojowych jest spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d) ustawy Pzp.

VI. Konkludując, należy stwierdzić, iż jednostki badawczo-rozwojowe jako państwowe jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, posiadają status podmiotu prawa publicznego i są zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym powyższa kwalifikacja podmiotowa jednostek badawczo-rozwojowych odpowiada kwalifikacji prawnej tych jednostek jako instytucji zamawiających w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE i art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE. Tym samym jednostki badawczo-rozwojowe są zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych i nie jest dopuszczalne wyłącznie ich spod tego obowiązku na gruncie prawa krajowego.

Wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych

INFORMATOR NR 5/2010

I. Stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp”, w brzmieniu obowiązującym od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), tj. od dnia 29 stycznia 2010 r., ustawa Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych:

- a) które nie są w całości opłacane przez zamawiającego **lub**
- b) których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Powyższy przepis w wersji obowiązującej do 28 stycznia 2010 r. wymagał zaistnienia łącznie dwóch przesłanek warunkujących uznanie danej usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych za niepodlegającą reżimowi ustawy (wyłączeniu podlegały usługi, które nie były w całości opłacane przez zamawiającego „i” których rezultaty nie stanowiły wyłącznie jego własności”. Zmiana brzmienia art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp polega zatem na zastąpieniu koniunkcji (i) alternatywą (lub). Tym samym wyłączenie w obecnym brzmieniu ma miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, czy to w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego działalności, czy też wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego. Celem tej zmiany było zapewnienie pełniejszej zgodności pomiędzy ustawą Pzp a dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi¹¹ oraz dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych¹², tj. dopuszczenie wyłączenia w szerszym zakresie.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp procedury udzielania zamówień publicznych znajdują zatem zastosowanie tylko do tych zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, które jednocześnie: służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności i są w całości opłacane przez zamawiającego.

Powyższa interpretacja przedmiotowego wyłączenia została potwierdzona przez Komisję Europejską, Dyрекcję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Dyrektoriat ds. Polityki Zamówień, do których Urząd zwrócił się z prośbą o opinię w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, dotyczącymi przepisów dyrektywy, na których zostało oparte brzmienie art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy.

¹¹ Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114.

¹² Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1.

II. W celu prawidłowego zastosowania art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp konieczne jest ustalenie zakresu przedmiotowego wyłączenia, co z kolei wymaga możliwie precyzyjnego określenia znaczeń użytych przez ustawodawcę sformułowań: „badania naukowe”, „prace rozwojowe” oraz „usługi badawcze”. Punktem wyjścia dla poprawnego zinterpretowania pojęcia „usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych” są określone w przepisach prawa definicje legalne. Wyrażenie powyższe, jako wyrażenie łączne, nie posiada definicji legalnej w prawie polskim. Stąd, pojęcia „usług w zakresie badań naukowych” oraz „usług w zakresie prac rozwojowych” należy potraktować rozłącznie.

Ustawa z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. z 2008 r. Nr 169, poz. 1049) w następujący sposób definiuje wskazane pojęcia:

1) badania naukowe:

a) badania podstawowe – prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów, bez nastawienia na praktyczne zastosowania ani użytkowanie,

b) badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności celem opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzenia znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów lub usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych;

2) prace rozwojowe – nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej obecnie 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 lub usług, w szczególności:

a) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług pod warunkiem, że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,

b) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,

c) działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one następnie wykorzystywane komercyjnie;

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

Pojęcie „usług w zakresie badań naukowych”, o których mowa w ustawie Pzp, należy więc utożsamiać z pojęciem „badań naukowych” zdefiniowanym w ustawie o zasadach finansowania nauki. To samo odnosi się do określenia „usług w zakresie prac rozwojowych”, które należy utożsamiać z pojęciem „prace rozwojowe”, również zdefiniowanym w tej ustawie.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy innych aktów prawnych nie zawierają definicji legalnej pojęcia „świadczenie usług badawczych”. Mając powyższe na uwadze, przy ustalaniu zakresu wyrażenia „świadczenie usług badawczych” należy odwołać się do wykładni celowościowej, a więc w szczególności do celu ustawodawcy, jaki stał u podstaw wprowadzenia tego sformułowania do treści przedmiotowego przepisu. Dodanie do wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażenia „świadczenie usług badawczych” wynikało ze zmian, jakie zostały wprowadzone do ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. 2005 r. Nr 164, poz. 1365 ze zm.)¹³. W art. 13 ust. 1 pkt 3 tej ustawy jako podstawowe zadanie uczelni wymieniono prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych. Celem modyfikacji art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych było objęcie zakresem przedmiotowego wyłączenia wszystkich zadań związanych z działalnością badawczą i rozwojową uczelni. Tym samym wyrażenie „świadczenie usług badawczych” zawarte w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy należy przede wszystkim odnosić do działalności badawczej i rozwojowej wykonywanej przez uczelnie. Z uwagi jednak, iż wyłączenie to ma charakter przedmiotowy, niewykluczone jest, iż dotyczyć może także innych podmiotów świadczących „usługi badawcze”. Tylko takie rozumienie tego wyrażenia jest zgodne z celem wprowadzenia przez ustawodawcę zmiany do przedmiotowej regulacji.

III. Ustawa Pzp nie będzie miała zastosowania do usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, jeśli usługi te:

- nie będą w całości opłacane przez zamawiającego **lub**
- jeśli ich rezultaty nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego.

Ponieważ art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp miał na celu implementację art. 16 lit. f) *dyrektywy 2004/18/WE* jego interpretacja powinna być dokonana w oparciu o przepisy wspólnotowe.

Zgodnie z brzmieniem art. 16 lit. f) *dyrektywy 2004/18/WE* nie są objęte niniejszą *dyrektywą* zamówienia publiczne na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, pod warunkiem, że usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą. Ponadto z treści pkt 23 preambuły ww. *dyrektywy* wynika, iż spod jej regulacji powinny być wyłączone usługi badawcze i rozwojowe, w których zaangażowane będą środki także inne niż zamawiającego lub których rezultat prac ma służyć również innym podmiotom dla użytku zgodnego z ich działalnością.

Jednocześnie należy zauważyć, iż pkt 23 preambuły odwołuje się do art. 163 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), zgodnie z którym Wspólnota w celu wzmocnienia podstaw naukowych i technologicznych przemysłu Wspólnoty i sprzyjania zwiększaniu jego międzynarodowej konkurencyjności, przy jednoczesnym promowaniu działalności badawczej uznanej za niezbędną na mocy innych rozdziałów traktatu sprzyja przedsiębiorstwom w całej Wspólnocie (w tym małym i średnim), ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości. Wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmierzając w szczególności do umożliwienia przedsiębiorstwom pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy. Tym

¹³ Stenogram posiedzenia Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych oraz Komisji Gospodarki z dnia 7 marca 2006 r. rozpatrującej poprawki zgłoszone do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Nr 366/V kad.), str. 6–8.

samym zachęcanie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmocnienia naukowej i technologicznej bazy przemysłu Wspólnoty, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczynia się do osiągnięcia tego celu.

Z powyższych przepisów wynika, iż środkiem do wzmocnienia podstaw naukowych i technicznych przemysłu Wspólnoty jest po pierwsze otwarcie rynku zamówień publicznych, po drugie zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej. Realizacji powyższego środka służyć ma m.in. otwarcie rynków w zakresie zamówień publicznych na prace badawcze i rozwojowe, z drugiej zaś strony zachęcanie do udziału we współfinansowaniu badań zamawiających i zwolnienie ich w takim przypadku z obowiązku stosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem stosowanie procedur właściwych dla zamówień publicznych przy zamawianiu usług badawczo-rozwojowych, o czym świadczy ujęcie usług badawczo-rozwojowych w załączniku II A do dyrektywy jako tzw. „usług priorytetowych”. Załącznik ten, konkretyzując usługi badawcze i rozwojowe odsyła do kodów CPV, a konkretnie do numerów od 73000000-2 do 73300000-5 (z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0). Zgodnie z powyższym Słownik CPV zalicza do nich: usługi badawcze i eksperymentalno-rozwojowe, oraz pokrewne usługi doradcze (73000000-2), usługi badawcze i eksperymentalno-rozwojowe (73100000-3), usługi badawcze (73110000-6), laboratoryjne usługi badawcze (73111000-3) usługi badań morskich (73112000-0), usługi eksperymentalno-rozwojowe (73120000-9), projekt i realizacja badań oraz rozwój (73300000-5).

Jako wyjątek od zasady stosowania dyrektyw należy traktować udzielanie zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe w sytuacji, gdy wyniki prac służą nie tylko zamawiającemu lub gdy są one finansowane również przez inne podmioty niż zamawiający. Wyjątek ten służyć ma również wsparciu potencjału przedsiębiorstw, ich rozwoju, a w konsekwencji społeczeństwa poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe.

Odnosząc się do przesłanki opłacania zamówienia, wskazać należy, iż opłacenie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, że podmiotem zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. Bez znaczenia dla powyższej kwalifikacji jest ustalenie pochodzenia środków zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia. Tak więc zamawiający może opłacać dane zamówienie zarówno ze środków własnych, jak i ze środków pozyskanych w związku z uzyskaniem kredytu, dotacji, środków pochodzących z Unii Europejskiej. Tym samym nie można uznać, iż spełniona została przesłanka dotycząca współopłacania zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający uzyskał dofinansowanie zadania ze środków Unii Europejskiej, np. w formie dotacji rozwojowej, którą przewidywała ustawa o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) obowiązująca do dnia 1 stycznia 2010 r., i wydatkował je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.

Nie jest również opłacaniem zamówienia wspólnie z zamawiającym, ponoszenie przez wykonawcę kosztów realizacji udzielonego mu zamówienia. Celem wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp jest m.in. wsparcie potencjału przedsiębiorstw poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe. Przesłanka w zakresie opłacania byłaby zatem spełniona, gdyby udział w finansowaniu zamówienia ponosiła osoba trzecia, czyli np. prywatny przedsiębiorca czy nawet inna jednostka naukowo-badawcza.

Dodać należy, iż nawet niewielki procentowo udział innego podmiotu w opłacaniu zamówienia powoduje, iż przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e) ustawy Pzp, odnosząca się do nie opłacania w całości przez zamawiającego udzielanego zamówienia, zostanie spełniona. Powyższe nie może być jednak dokonywane w celu omijania przepisów ustawy Pzp.

Natomiast do spełnienia drugiej przesłanki dojdzie wówczas, gdy rezultaty zleczonych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych będą nie tylko własnością zamawiającego, ale w swoim podstawowym założeniu będą służyć także innym podmiotom. Celem tej regulacji było wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe zamówień mających nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Byłby to przypadek, w którym korzyści z usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych finansowanych z budżetu przypadają instytucjom badawczym, uniwersytetom, a nawet prywatnym przedsiębiorstwom¹⁴. Przesłanka ta zostanie zatem spełniona, jeśli rezultaty zleczonych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu, tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, tym samym prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, prawa własności przemysłowej dotyczące m.in. wynalazków, wzorów użytkowych i wzorów przemysłowych) do wyników badań lub prac rozwojowych przysługują nie tylko zamawiającemu, ale również innym podmiotom.

IV. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wszelkiego rodzaju wyłączenia przewidziane w dyrektywie, jak również w ustawie Pzp powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Ponadto z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wynika, że ciężar dowodu zaistnienia okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi skutki prawne¹⁵. W związku z tym skorzystanie z możliwości wyłączenia zamówień na usługi badawczo-rozwojowe spod procedur zamówień publicznych możliwe będzie po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, których zaistnienie zamawiający musi być w stanie wykazać.

Konkluzje:

- ❑ **Wyłączenie zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie stanowią wyłącznie własności zamawiającego (1) lub wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego (2).**
- ❑ **Rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych będą stanowiły wyłącznie własności zamawiającego w sytuacji, gdy nie służą wyłącznie zamawiającemu, tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, ale w swoim podstawowym założeniu mają służyć także innym podmiotom.**
- ❑ **Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.**

¹⁴ Zob. P. Trepte, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną, s. 41.

¹⁵ Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, pkt 19; wyrok ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, pkt 33 oraz wyrok ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt 34.

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego

INFORMATOR NR 6/2010

I. Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, przez zamówienie publiczne należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W świetle zacytowanego przepisu, udzieleniem zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która spełnia łącznie następujące przesłanki: • jej stronami są zamawiający i wykonawca, • przedmiotem tej umowy są usługi, dostawy lub roboty budowlane, • umowa ma mieć charakter odpłatny.

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że umową odpłatną jest wzajemne, dowolne świadczenie mieszczące się w ramach odpłatnych czynności prawnych, tj. czynności, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego, można stwierdzić, że wymóg odpłatności zamówienia publicznego oznacza, iż zamówieniem publicznym są tylko takie umowy, na podstawie których usługi, dostawy lub roboty budowlane (świadczenie wykonawcy) są wykonywane w zamian za wynagrodzenie ze strony zamawiającego (tak też: G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 13). Przy czym wynagrodzenie (świadczenie zamawiającego) nie musi mieć charakteru pieniężnego. Z takiego układu wzajemnych relacji stron umowy wynika, iż w wyniku zamówienia publicznego zamawiający w zamian za określone przysporzenie ze strony wykonawcy (usługę, dostawę lub robotę budowlaną) sam dokonuje przysporzenia na rzecz wykonawcy. Istotne zatem z punktu widzenia kwalifikacji prawnej zamówienia publicznego jest uzyskanie przez wykonawcę określonego przysporzenia ze strony zamawiającego. Jeżeli zatem wykonawca wskutek zawarcia określonej umowy nie uzyskuje od zamawiającego przysporzenia, tj. zamawiający nie staje się dłużnikiem wykonawcy, wówczas brak jest podstaw do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. W takim przypadku odpada causa stosowania przepisów ustawy Pzp. Stąd należy przyjąć, iż płatność w ramach zamówienia na grupowe ubezpieczenia pracownicze, mimo iż dokonywana przez zamawiającego, może być finansowana przez podmiot trzeci (pracownika) i na jego rzecz, nie zaś zamawiającego, może być wykonane świadczenie stanowiące przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że konstrukcja grupowego ubezpieczenia pracowników przewiduje, że to zamawiający samodzielnie i we własnym imieniu zobowiązuje się wobec wykonawcy i dokonuje na jego rzecz określonego przysporzenia, wykonawca zaś zobowiązany jest do spełnienia świadczenia wzajemnego w postaci określonych w umowie usług, dostaw lub robót budowlanych. Z sytuacją opisaną powyżej mamy do czynienia w szczególności w przypadku grupowych umów ubezpieczeń na życie zawieranych z zakładem ubezpieczeniowym przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp na rzecz jego pracowników. Dnia 11 sierpnia 2007 r. weszła w życie nowelizacja przepisów kodeksu cywilnego, w wyniku której w miejsce poprzednio funkcjonującej umowy na rzecz osoby trzeciej ustawodawca wprowadził umowę na cudzy rachunek. W art. 808 kodeksu cywilnego znalazło się unormowanie, wedle którego z roszczeniem o zapłatę składki zakład ubezpieczeń może wystąpić wyłącznie przeciwko ubezpieczającemu. Umowa grupowego ubezpieczenia pracowniczego na życie stanowi przykład umowy zawieranej na cudzy rachunek, w ramach której pracodawca jest ubezpieczającym, a pracownik ubezpieczonym. W konsekwencji to pracodawca, nie zaś pracownik, obciążony jest zobowiązaniem płatniczym w postaci składki, mimo iż ciężar finansowania składki ponoszą pracownicy, którzy – akceptując warunki ubezpieczenia – wyrażają jednocześnie zgodę, aby była ona potrącana z ich wynagrodzenia. Sposób pobierania składki i oznaczenie

pracowników jako beneficjentów świadczeń wynikają z umowy ubezpieczeniowej, co nie zmienia faktu, że stroną umowy ubezpieczenia jest pracodawca, który przekazuje składkę na wskazane przez zakład ubezpieczeń konto i to na nim, jako stronie umowy, ciąży wynikające z umowy i przepisów prawa zobowiązania płatnicze.

Reasumując, stwierdzić należy, że umowa ubezpieczenia w tym przypadku stanowi umowę grupową na rzecz osoby trzeciej (art. 808 Kodeksu cywilnego), a jej stronami są ubezpieczyciel oraz pracodawca jako ubezpieczający.

II. W zaistniałych okolicznościach, z punktu widzenia ustawy Pzp, pracodawca jest zamawiającym, a zakład ubezpieczeń wykonawcą. Umowa dotyczy zaś usługi, przy czym usługi ubezpieczeniowe na gruncie dyrektywy 2004/18/WE i dyrektywy 2004/17/WE zostały zakwalifikowane do tzw. usług priorytetowych (załącznik IIA do dyrektywy 2004/18/WE – kategoria nr 6 – oraz załącznik XVII A do dyrektywy 2004/17/WE – kategoria nr 6). Zakres usług ubezpieczeniowych w rozumieniu dyrektyw został określony poprzez odesłanie do nomenklatury przyjętej na gruncie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) ustalonego rozporządzeniem Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. (Dz. Urz. UE L 74/1 z 15.03.2008 r.) i zalicza on zamówienia obejmujące pracownicze ubezpieczenie grupowe do usług opisanych kodami 66511000-3 (usługi ubezpieczeń na życie), 66512100-3 (usługi ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków), 66512210-7 (usługi dobrowolnego ubezpieczenia zdrowotnego), 66512220-0 (usługi ubezpieczenia medycznego). Mając na względzie powyższe, stwierdzić można, że niezależnie od tego, z jaką grupą ryzyka mamy do czynienia fakt zawierania odpłatnej umowy przez podmiot podlegający obowiązkowi stosowania przepisów ustawy Pzp wymusza stosowanie przewidzianych w niej procedur.

III. Dodatkowo podnieść należy, że chociaż usługa ubezpieczenia grupowego świadczona jest przez zakład ubezpieczeń na rzecz pracowników zamawiającego, korzyść z tytułu zawarcia przedmiotowej usługi uzyskuje również zamawiający – pracodawca poprzez zwiększenie atrakcyjności zatrudnienia w jego zakładzie pracy. Stosowanie procedur określonych ustawą Pzp jest także korzystne dla pracowników. Na skutek stosowania przepisów ustawowych ubezpieczyciel jest zmuszony do uwzględnienia interesu pojedynczego ubezpieczonego, który nabywa w ten sposób szansę, by uzyskać ochronę ubezpieczeniową na takich warunkach, jakie są przez niego rzeczywiście akceptowalne. Z punktu widzenia ubezpieczonych – wśród zalet stosowania procedury zamówień publicznych – wymienić należy zatem nie tylko konieczność stosowania przez zamawiającego zasad równości i uczciwej konkurencji, ale również możliwość uzyskania korzystniejszych warunków ubezpieczenia. Wskazać przy tym należy, że zamawiający jest uprawniony do zdefiniowania poddanych ocenie elementów oferty, wartościowania i kompozycji oceny nie tylko w oparciu o kryterium, jakim jest cena składki. Może on bowiem wziąć pod uwagę również inne elementy – m.in. zakres ryzyk, warunki ochrony, definicje ryzyk, wyłączenia odpowiedzialności, warunki indywidualnej kontynuacji ubezpieczenia, możliwość korzystania z ubezpieczenia przez rodzinę ubezpieczonego itp., które pozwolą uzyskać najkorzystniejsze warunki ochrony ubezpieczeniowej pracowników w zamian za obciążające go zobowiązanie składkowe. Ponadto stosowanie procedur właściwych dla zamówienia publicznego przesądza o konieczności zachowania rygorów formalnych przewidzianych przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co zapewnia z jednej strony jawność, z drugiej zaś strony możliwość kontroli przeprowadzonych postępowań. Mając na względzie powyższą argumentację, Urząd Zamówień Publicznych podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym zawarcie umowy grupowego ubezpieczenia pracowników z zakładem ubezpieczeń przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp na rzecz pracowników jest udzieleniem zamówienia publicznego.

IV. Jednocześnie pragnę poinformować, że w związku z wątpliwościami pojawiającymi się na tle finansowania zamówienia przez podmioty prywatne Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Komisji Europejskiej o interpretację dotyczącą prawidłowości uznania umów grupowego ubezpieczenia finansowanych ze składek pracowników za zamówienie publiczne. W piśmie z dnia 31 marca 2010 r. Komisja Europejska udzieliła odpowiedzi, która potwierdza stanowisko przyjęte w powyższej opinii.

Poniżej zamieszczone zostały główne tezy ze stanowiska służb Komisji Europejskiej:

1) zgodnie z art. 1 dyrektywy 2004/18/WE, zamówienia publiczne zdefiniowane są jako umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest (...) świadczenie usług. Powyższa definicja zamówienia publicznego nie zawiera żadnych odniesień do tożsamości beneficjentów usług lub też pochodzenia środków, z których wypłacane jest wynagrodzenie umowne, do uznania umowy za zamówienie publiczne wystarczającym zatem jest, że zamawiający zawiera ją odpłatnie i w formie pisemnej, nawet jeśli jest to umowa na rzecz osoby trzeciej,

2) zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, [dyrektywa] nie wprowadza rozróżnienia między zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w celu realizacji potrzeb związanych z interesem powszechnym oraz zamówieniami niezwiązanymi z tymi zadaniami (Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec, C-126/03),

3) okoliczność, że zapłata umowna nie pochodzi ze środków publicznych nie stanowi czynnika, który mógłby przesądzić o tym, czy w danym przypadku miało miejsce zamówienie publiczne; wyłącznie zamawiający jest zobowiązany do zapłacenia należności ubezpieczycielowi i nie jest przy tym istotne, skąd pochodzą środki przeznaczone na pokrycie umownych zobowiązań zamawiającego,

4) możliwy wpływ rady pracowniczej na wybór ubezpieczyciela nie stanowi okoliczności mogącej wpłynąć na kwalifikację umowy z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, o ile to zamawiający podejmuje ostateczną decyzję o wyborze kontrahenta,

5) ze względu na fakt, że realizacja umowy ubezpieczenia mogłaby nastąpić przez wiele podmiotów, zastosowanie przepisów prawa zamówień publicznych jest niezbędne w celu zapobieżenia zakłóceniu konkurencji w wyniku dokonywania arbitralnych wyborów,

6) o ile ewentualne wzajemne zobowiązania pracodawcy i pracownika dotyczące zawarcia umowy pracowniczego ubezpieczenia na życie na korzyść pracownika lub zgody pracownika na potrącenie z tego tytułu części wynagrodzenia, mogą być zakwalifikowane jako umowy z zakresu prawa pracy, nie jest tak w przypadku samych umów o ubezpieczenie zawieranych między pracodawcą a ubezpieczycielem. Pracownik nie jest bowiem stroną wynikającego z takiej umowy stosunku prawnego,

7) umowy grupowego ubezpieczenia na życie zawierane przez zamawiającego na korzyść pracownika, na podstawie których zamawiający zobowiązany jest do wypłaty wynagrodzenia ubezpieczycielowi, stanowią zamówienia publiczne w rozumieniu prawa UE, a zważywszy, że umowy ubezpieczeniowe wymienione są w załączniku IIA do dyrektywy 2004/18/WE stosują się do nich w pełni szczegółowe przepisy art. 23–55 tej dyrektywy, o ile ich szacunkowa wartość przekracza odpowiednie wartości progowe.

V. Ponadto należy zwrócić uwagę, że podobne zagadnienie prawne poruszone zostało w sprawie C-271/08, zawisłej przed ETS, w której służby Komisji zajęły tożsame stanowisko. Rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości UE w powyższej sprawie zostanie niezwłocznie po jego wydaniu zamieszczone na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

□ **definicja legalna postępowania o udzielenie zamówienia**

„Duża” nowelizacja wprowadza po raz pierwszy do polskiego systemu zamówień publicznych legalną definicję postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl dodawanego w art. 2 ustawy punktu 7a, ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia, należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Nowa definicja określa wyraźnie ramy czasowe oraz cel procedur przewidzianych w ustawie, wskazując, że – w zależności od trybu, w jakim zamówienie jest udzielane – rozpoczynają się one odpowiednio ogłoszeniem lub zaproszeniem do negocjacji, a ich zakończeniem jest wybór oferty najkorzystniejszej albo wynegocjowanie postanowień umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji, nowa definicja uwzględnia zasadniczy cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i usuwa wątpliwości pojawiające się dotychczas w doktrynie odnośnie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie w ustawie zdarzeń rozpoczynających oraz kończących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na określenie czynności, które są częścią tego postępowania. Ma to istotne znaczenie, w szczególności, dla wyznaczenia zakresu zaskarżenia środkami ochrony prawnej (por. art. 180 ust. 1 ustawy) czy też wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu (por. art. 17 ustawy).

Powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu również stanowi sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast czynności sporządzenia protokołu czy zawarcia umowy nie stanowią czynności postępowania, gdyż nie są podejmowane w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Sporządzenie protokołu służy wyłącznie utrwaleniu jego przebiegu, a zawarcie umowy to czynność będąca konsekwencją przeprowadzonego postępowania.

Konieczność wprowadzenia definicji postępowania o udzielenie zamówienia wynikała z faktu, że ustawa – Prawo zamówień publicznych posługuje się tym pojęciem w wielu przepisach: tytułem przykładu, w art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ust. 1 i 2, art. 9 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 i 2, art. 17 ust. 1 pkt 5 czy art. 24 ust. 1. Wprowadzenie tej definicji należy zatem uznać za konsekwencję wielokrotnego używania pojęcia postępowania o udzielenie zamówienia w tekście ustawy.

□ **definicja usług i delegacja do wydania rozporządzenia w sprawie wykazu usług**

„Duża” nowelizacja wprowadza nieznaczny modyfikację w legalnej definicji usług. Zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i w prawie unijnym zamówienia na usługi tradycyjnie są definiowane negatywnie jako wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane ani dostawy (zob. art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy

klasycznej¹⁶ i art. 1 ust. 2 li. d) dyrektywy sektorowej¹⁷; por. art. 1 pkt 5 dyrektywy obronnej¹⁸). Wprowadzona zmiana dotyczy podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe i polega na zastąpieniu dotychczasowego odesłania do załącznika II dyrektywy klasycznej i załącznika XVII dyrektywy sektorowej delegacją ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawie wykazu usług.

Podział usług na priorytetowe i niepriorytetowe ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania przepisów ustawy. Zgodnie z dyrektywami reżimem udzielania zamówień w pełni objęte są zamówienia na usługi priorytetowe, których wykazy znajdują się w załącznikach IIA dyrektywy klasycznej i XVIIA dyrektywy sektorowej, a także w załączniku I dyrektywy obronnej (zob. art. 20 dyrektywy klasycznej, art. 31 dyrektywy sektorowej i art. 15 dyrektywy obronnej). Natomiast w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe zastosowanie znajdują, poza przepisami części ogólnej dyrektyw (takimi jak: zakres podmiotowy, zakres przedmiotowy, podstawowe zasady itp.), jedynie przepisy dotyczące niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (zob. art. 21 dyrektywy klasycznej, art. 32 dyrektywy sektorowej i art. 16 dyrektywy obronnej). Wzorem prawa europejskiego ustawa – Prawo zamówień publicznych od początku przewidywała, w art. 5, łagodniejszy reżim udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe. Dotychczas obowiązujące regulacje w tym zakresie budziły jednak poważne wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, w szczególności z postanowieniami traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawniej: traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską)¹⁹. Zastrzeżenia dotyczyły w pierwszej kolejności pełnej swobody zamawiającego w stosowaniu trybów niekonkurencyjnych, która – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości – w przypadku usług o znaczeniu transgranicznym stanowi poważne zagrożenie dla rozwoju konkurencji na wspólnym rynku²⁰.

Z uwagi na powyższe zastrzeżenia „duża” nowelizacja wprowadziła istotne zmiany w art. 5 ustawy, ograniczając możliwość udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki do uzasadnionych przypadków.

Zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem art. 5 ust. 1 ustawy, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe, nie stosuje się jedynie przepisów dotyczących:

- terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
- obowiązku żądania wadium,
- obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

¹⁶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, s. 132).

¹⁷ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, s. 19).

¹⁸ Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, s. 76). Termin transpozycji dyrektywy obronnej upływa w dniu 21 sierpnia 2011 roku.

¹⁹ Por. Dariusz Piasta, *Udzielanie zamówień publicznych na usługi „niepriorytetowe” zgodnie z prawem i orzecznictwem europejskim a przepisy w Polsce – rys historyczny, stan obecny i postulaty de lege ferenda*, s. 119, [w:] Henryk Nowicki, Jacek Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r.*, Toruń – Warszawa 2009, s. 108–122.

²⁰ Por. orzeczenie z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*, Zb. Orz. [2007], s. I-09777, pkt 30.

- ❑ zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz
- ❑ przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Co do zasady udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe następuje w trybach konkurencyjnych, tj. takich, w których ma miejsce publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym poza trybami podstawowymi, przetargiem nieograniczonym i przetargiem ograniczonym, zamawiający ma nieograniczoną możliwość udzielania tego rodzaju zamówień w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, a także w trybie licytacji elektronicznej. W tym ostatnim przypadku podkreślenia wymaga swoboda wyboru tego trybu niezależnie od wartości zamówienia, a zatem również powyżej progów unijnych²¹.

Na mocy dodanego nowelizacją art. 5 ust. 1a ustawy zamawiającemu przysługuje również uprawnienie do zastosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi odpowiednio w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1, również w innych, uzasadnionych przypadkach. Taka możliwość powstaje, w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Jedyny wyjątek od powyższej zasady dotyczy usług prawniczych polegających 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. Mocą dodanego art. 5 ust. 1b ustawy, w odniesieniu do tego rodzaju zamówień przepisy dotyczące przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki nie znajdują zastosowania. Celem wprowadzenia tej zmiany było zapewnienie właściwej ochrony interesów Skarbu Państwa.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe w trybie zapytania o cenę będzie możliwe jedynie w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 70 ustawy, tj. jedynie w przypadku udzielania zamówień o wartości poniżej progów, których przedmiotem są usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

Jednocześnie należy zauważyć, że w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe, których wartość jest równa lub przekracza wspomniane wyżej wartości progowe, przywrócony został obowiązek zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zastosowaniu trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki przewidziany w art. 62 ust. 2 i 67 ust. 2 ustawy. Ma to służyć zwiększeniu przejrzystości udzielania zamówień tego rodzaju.

²¹ Zgodnie z rozporządzeniem Komisji nr 1150/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. Urz. UE L 314 z 1.12.2009, s. 64) dla usług, podobnie jak dla dostaw, od 1 stycznia 2010 r. progi te, w zależności od rodzaju zamawiającego, wynoszą 125 000 euro i 193 000 euro (odpowiednio 479 875 i 740 927 PLN).

ZMIANY DOTYCZĄCE ZAKRESU PODMIOTOWEGO STOSOWANIA USTAWY

„Duża” nowelizacja modyfikuje również w pewien sposób krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur przewidzianych ustawą. Zmiana ta polega na uchyleniu w art. 3 ust. 1 ustawy punktu 6, zgodnie z którym ustawę stosowało się do zamówień udzielanych przez podmioty prywatne, jeżeli zamówienie było finansowane z udziałem środków, których przyznanie uzależniano od stosowania procedur udzielania zamówienia określonych w ustawie. Skreślenie tego przepisu nie ogranicza jednak możliwości stawiania podmiotom prywatnym przez podmioty publiczne wymagań dotyczących sposobu wydatkowania przekazywanych środków. W myśl dodanego nowelizacją art. 3 ust. 3 ustawy, przy przyznawaniu środków finansowych na dofinansowanie projektu będzie możliwe uzależnienie ich przyznania od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Tym samym zachowanie przejrzystości przy wydatkowaniu przekazywanych środków będzie możliwe w mniej sformalizowany sposób poprzez bezpośrednie stosowanie zasad wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Nowe wyłączenia

□ usługi badawczo-rozwojowe

Dotychczas obowiązujące brzmienie art. 4 pkt 3 lit. e) Prawa zamówień publicznych ograniczało możliwość wyłączenia zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych spod obowiązku stosowaniu przepisów ustawy do sytuacji, w których zamówienia na tego rodzaju usługi nie są w całości opłacane przez zamawiającego i jednocześnie nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności (w tekście ustawy: *rezultaty nie stanowią wyłączenie jego własności*).

Tymczasem z treści motywu 23 preambuły i przepisu art. 16 lit. f) dyrektywy klasycznej oraz motywu 37 preambuły i przepisu art. 24 lit. e) dyrektywy sektorowej (a także z treści motywu 34 preambuły i przepisu art. 13 lit. j) dyrektywy obronnej) wynika, że wyłączeniu spod zakresu zastosowania dyrektyw podlegają zamówienia na usługi badawczo-rozwojowe, które nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności lub nie są w całości opłacane przez zamawiającego.

Co do zasady usługi badawczo-rozwojowe są objęte zakresem zastosowania dyrektyw, chyba że mają charakter „altruistyczny”, tzn. służą społeczeństwu jako ogółowi, nie służą zaś wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności. Jednocześnie zamówienia na usługi badawczo-rozwojowe, które służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności są objęte zakresem zastosowania dyrektywy, o ile są w całości opłacane przez zamawiającego²². Zakresem zastosowania dyrektyw nie są objęte przypadki współfinansowania.

Innymi słowy, jeśli by podzielić zamówienia na usługi badawczo-rozwojowe na takie, które służą społeczeństwu jako ogółowi i takie, które służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności, a te z kolei na opłacane w całości przez zamawiającego oraz współfinansowane, przepisy dyrektyw znajdują zastosowanie tylko do tych, które jednocześnie spełniają dwa warunki: 1) służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności i 2) są w całości opłacane przez zamawiającego. *A contrario*, wyłączeniu spod zakresu zastosowania dyrektyw podlegają zamówienia na usługi badawczo-rozwojowe, które nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności (służą społeczeństwu jako ogółowi) lub nie są w całości opłacane przez zamawiającego.

²² Por. P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa – Katowice 2006, s. 41.

Poniżej przedstawiony został zakres zastosowania reżimu udzielania zamówień publicznych w odniesieniu do usług badawczo-rozwojowych (kolor szary) oraz zakres omawianego wyłączenia (kolor biały):

usługi badawczo-rozwojowe			
w całości opłacane przez zamawiającego	nie w całości opłacane przez zamawiającego	nie w całości opłacane przez zamawiającego	w całości opłacane przez zamawiającego
służące społeczeństwu jako ogółowi = niesłużące wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności		służące wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności	

Zmiana brzmienia art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy sprowadza się do zastąpienia koniunkcji (*i*) alternatywą zwykłą (*lub*). Tym samym wyłączenie ma miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności: czy to w sytuacji, gdy zamówienia na usługi badawczo-rozwojowe nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności, czy też wtedy, gdy usługi nie są w całości opłacane przez zamawiającego.

W tym kontekście należy zaznaczyć, że współfinansowanie zamówienia z udziałem środków pochodzących z unijnych funduszy strukturalnych nie stanowi współfinansowania, o jakim mowa. Z uwagi na miejsce środków pochodzących z Unii Europejskiej w polskim systemie finansów publicznych nie można w tym przypadku uznać, że mamy do czynienia z udziałem w finansowaniu zamówienia przez podmiot trzeci. Innymi słowy, o ile nie będzie miało miejsce faktyczne współfinansowanie zamówienia przez podmiot trzeci, zastosowanie omawianego wyłączenia będzie uzależnione od spełnienia drugiej przesłanki, tj. od tego, dla kogo przeznaczone są rezultaty zamówienia.

nadawcze usługi audiowizualne

„Dużą” nowelizacją wprowadzono zmianę w art. 4 pkt 3 lit. g) ustawy, którego podstawę stanowi art. 16 lit. b) dyrektywy klasycznej. W myśl motywu 25 tej dyrektywy „nadawanie” („emisja”) powinno być rozumiane jako transmisja i rozpowszechnianie za pośrednictwem dowolnej formy sieci elektronicznej. Stąd, zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem przepisu art. 4 pkt 3 lit g), ustawa nie ma zastosowania do zamówień, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja materiałów programowych przeznaczonych do emisji w radiu, telewizji lub Internecie. Doprecyzowanie przedmiotowego wyłączenia jest związane z postępującym rozwojem technologii internetowych i popularyzacją Internetu jako środka masowego przekazu.

wyłączenia szczególne w sektorze telekomunikacyjnym

W ramach „dużej” nowelizacji preredagowano również art. 4 pkt 10 ustawy, zbliżając jego brzmienie do przepisu art. 13 dyrektywy klasycznej. Zgodnie ze znowelizowaną treścią tego przepisu ustawa nie znajduje zastosowania do zamówień, których głównym celem jest: 1) pozwolenie zamawiającemu na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej lub 2) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub 3) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Szacowanie wartości zamówień a plany zamawiającego dotyczące udzielania zamówień

INFORMATOR NR 2/2009

Jeżeli zamawiający jest w stanie w sposób obiektywny z góry określić zakres udzielanego zamówienia na dany rok lub na okres, który obejmuje sporządzany plan rzeczowo-finansowy, szacowanie wartości takiego zamówienia powinno zostać dokonane zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy, czyli z zastosowaniem całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT) jako podstawy, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W sytuacji uzasadnionej względami organizacyjnymi, technicznymi lub gospodarczymi, związanymi ze specyfiką działalności zamawiającego i dokonywanych przez niego zamówień lub jeżeli podział nie prowadzi do obniżenia wartości poszczególnych zamówień poniżej ustawowych wartości progowych, czyli nie prowadzi do odstąpienia od właściwej dla zamówienia procedury, zamawiający uprawniony jest do skorzystania z przewidzianej w art. 32 ust. 4 ustawy możliwości udzielania zamówienia w częściach. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części. Zamawiający powinien w takim przypadku zsumować wartości wszystkich zamówień udzielanych w częściach. Jeżeli tak obliczona całkowita wartość zamówienia będzie przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14.000 euro, zamawiający zobowiązany będzie stosować określone procedury ustawy mimo, iż wartość poszczególnych części zamówienia nie będzie przekraczała równowartości kwoty określonej w art. 4 pkt. 8 ustawy.

Jednocześnie podkreślić należy, iż zamawiający przy planowaniu udzielenia jakiegokolwiek zamówienia powinien brać pod uwagę dyspozycję art. 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z punktu widzenia tego przepisu o ewentualnym zamiarze podziału zamówienia na części powinno się wypowiadać z uwzględnieniem wiedzy zamawiającego na temat zamówienia (jego zakresu i przedmiotu) w okresie przygotowania postępowania w sprawie jego udzielenia. Jeżeli zamawiający nie udzielił całości lub części planowanego zamówienia, a pojawi się konieczność udzielenia podobnego nieplanowanego zamówienia, nie można wskazać uzasadnienia dla traktowania go jako odrębnego. Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w celu udzielenia zamówień planowanych wie już o zamówieniu nieplanowanym dotyczącym tego samego przedmiotu. Powinien więc uwzględnić je w ramach przygotowywanych postępowań, a jego wartość zsumować z wartością wszystkich nieudzielonych zamówień. Niedopuszczalnym w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podziałem zamówienia na części jest traktowanie jako odrębnych dwóch zamówień dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia, nieprzewidywanych w momencie przyjęcia planu rzeczowo-finansowego, jeżeli o obydwu zamawiający dysponuje wiedzą w chwili przygotowywania postępowania w celu udzielenia któregokolwiek z nich.

Z kolei brak możliwości przewidzenia i zaplanowania z góry zamówień powoduje, iż zamawiający nie jest w stanie udzielić ich po przeprowadzeniu jednej procedury (nie zna przedmiotu i zakresu zamówienia). Poszczególne więc zamówienia nieprzewidywalne, których konieczność udzielenia pojawi się już po udzieleniu zamówień tego samego rodzaju w trakcie roku lub innego okresu, na który sporządzony został plan rzeczowo-finansowy, powinny być traktowane jako zamówienia odrębne, których wartość należy ustalać właściwie do

ich zakresu. Szacowanie wartości każdego zamówienia również w takim przypadku będzie następowało zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy. Obowiązek stosowania przepisów ustawy będzie powstawał dla zamawiającego wyłącznie w sytuacji, jeżeli wartość konkretnego zamówienia przekroczy wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 000 euro (art. 4 pkt 8 ustawy).

Ponadto zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpi zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane już ustalenie wartości zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do dokonania zamiany (czyli ponownego obliczenia) wartości zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania. Za okoliczności mające wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia należy uznać wszelkie okoliczności wynikające ze zmiany stanu faktycznego, np. zmiana cen, jak i prawnego, np. konieczność uwzględnienia nowych rozwiązań w przedmiocie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż ustalenie szacunkowej wartości zamówienia jest czym innym niż sporządzenie planu rzeczowo-finansowego. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dokonywane jest w momencie, kiedy zamawiający jest w stanie oszacować wartość przedmiotu zamówienia z należytą starannością na podstawie określonego już opisu przedmiotu zamówienia, dokonanego z reguły na podstawie sporządzonego na dany okres planu rzeczowo-finansowego (planu przewidywanych zadań i wydatków na ich pokrycie), ale również z uwzględnieniem wszystkich innych okoliczności, które zaistniały po jego sporządzeniu (np. zwiększenia środków służących do udzielenia określonych zamówień albo niespodziewanej wcześniej konieczności zwiększenia zakresu udzielanych zamówień), a które mają znaczenie dla opisu i oszacowania wartości udzielanego zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje natomiast zasad oraz minimalnego czy maksymalnego okresu, na jaki dany podmiot zobowiązany jest sporządzić plan rzeczowo-finansowy.

Ustalanie wartości przedmiotu zamówienia. Ocena niedopuszczalnego podziału zamówienia na części

INFORMATOR NR 2/2009

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwana dalej „ustawą PZP” – zastrzega na etapie czynności przygotowawczych poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32–35 ustawy PZP). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy PZP podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy PZP zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy PZP odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy PZP właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy PZP, w myśl którego, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy PZP.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. I tak z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia

z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy PZP.

Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia, powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. I tak, jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień.

Jak już wskazano, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy PZP właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego. Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, każde następne zamówienie o tym samym przedmiocie należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego wcześniej.

Zamówienie udzielane w częściach przypomina świadczenia jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość. Każdorazowy, pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, dlatego ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem art. 32 ust. 4 ustawy PZP. W tym przypadku wartością zamówienia udzielanego w ramach odrębnego postępowania jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli więc zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się wartość całego zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, iż ustawa PZP przewiduje w art. 34 ust. 1 szczególne zasady ustalania wartości zamówienia dla zamówień na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo. W myśl tego przepisu podstawą ustalenia wartości takich zamówień jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju 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 (pkt 1), albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie (pkt 2).

Rekapitułując, należy stwierdzić, iż w przypadku zamówień, których zakres i wartość są możliwe do ustalenia na cały okres planowania (rok budżetowy), a przy tym mogą być udzielone w ramach jednego postępowania, oszacowania ich wartości dokonuje się z uwzględnieniem całego okresu. W pozostałych przypadkach, gdy nie jest możliwe oszacowanie zakresu zamówień na cały okres planowania, zamówienia udzielane w ramach odrębnych postępowań nie stanowią niedopuszczalnego podziału zamówienia na części w świetle art. 32 ust. 2 ustawy PZP.

Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej

INFORMATOR NR 2/2009

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwana dalej „ustawą PZP” – zastrzega na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32–35 ustawy PZP). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy PZP podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy PZP zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy PZP odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy PZP właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy PZP, w myśl którego, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy PZP.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie

tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego czy też z kilku różnych źródeł (np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy PZP.

Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień.

Jak już wskazano, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy PZP właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego. Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, każde następane zamówienie o tym samym przedmiocie należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego wcześniej. Zamówienie udzielane w częściach przypomina świadczenia jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość. Każdorazowy, pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, dlatego ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem art. 32 ust. 4 ustawy PZP. W tym przypadku wartością zamówienia udzielanego w ramach odrębnego postępowania jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli więc zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się wartość całego zamówienia.

Odnosząc powyższe do pierwszego z zagadnień dotyczących sposobu udzielania zamówień objętych jednym projektem współfinansowanych ze środków unijnych, iż punktem wyjścia dla jego rozstrzygnięcia jest ustalenie, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi następującymi po sobie zamówieniami dotyczącymi tożsamyh usług, dostaw lub robót budowlanych.

W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach przedmiotowego projektu współfinansowanego ze środków UE konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu. Jeżeli ze względów organizacyjnych zamówienia te będą udzielane w częściach w ramach odrębnych postępowań, do ustalenia wartości poszczególnych części stosować się będzie art. 32 ust. 4 ustawy PZP. Nie jest zatem możliwe podzielenie takiego zamówienia na części i oszacowanie ich wartości odrębnie dla każdej z części.

Podstawą do wyodrębnienia tych zamówień, tj. podstawą do uznania, iż mamy do czynienia z samodzielnymi zamówieniami jest przyjęty okres realizacji projektu, który nakazuje traktować usługi, dostawy lub roboty budowlane, które mają być wykonane w ramach projektu, jako jedno zamówienie. Przy czym warunkiem takiej kwalifikacji jest możliwość oszacowania usług, dostaw lub robót budowlanych, które mają być wykonane i sfinansowane w ramach projektu dla całego okresu jego realizacji. W takim przypadku nie może znaleźć zastosowania zasada sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Po pierwsze zasada ta – z wyjątkiem świadczeń powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 ustawy PZP) – nie została wyrażona wprost w ustawie PZP, lecz wynika z zasad gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych przyjętych na gruncie ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104, ze zm.). Po drugie, z uwagi na wyodrębnienie źródła finansowania, już na tym etapie jest możliwe oszacowanie zakresu zamówienia w okresie realizacji projektu, co ma decydujące znaczenie dla ustalenia, iż mamy do czynienia z jednym (samodzielnym) zamówieniem publicznym. Z tych względów podział takiego zamówienia na części i ustalenie ich wartości w perspektywie rocznej stanowić będzie naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy PZP.

Sam fakt realizacji projektu w latach 2008–2015 ze wskazaniem źródła jego finansowania nie powoduje bezpośrednio, że zamówienia udzielane w ramach tego projektu mogą być oszacowane dla całego okresu jego realizacji. Z charakteru przedmiotu zamówienia może bowiem wynikać, iż na etapie rozpoczęcia projektu nie będzie możliwe oszacowanie usług, dostaw lub robót budowlanych niezbędnych do realizacji projektu w całym okresie, tj. których rozmiar nie jest możliwy do ustalenia w momencie wszczęcia pierwszego postępowania. W tych przypadkach fakt realizacji projektu w ustalonym okresie nie pozwala na wyodrębnienie samodzielnego zamówienia obejmującego cały okres realizacji projektu, tj. nie stanowi kryterium uznania, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. W konsekwencji w ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części (art. 32 ust. 2 ustawy PZP), lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Innymi słowy podział zamówienia i odrębne szacowanie wartości dla każdej z części może być uzasadnione przyczynami obiektywnymi – niemożnością oszacowania wszystkich potrzebnych usług, dostaw lub robót budowlanych.

W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, należy stosować wskazaną zasadę sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Z tych względów wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi tożsamymi zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Oznacza to, iż usługi lub dostawy nabywane na potrzeby realizacji projektu będą stanowiły część jednego zamówienia oszacowanego z uwzględnieniem innych tożsamych przedmiotowo usług lub dostaw nabywanych przez zamawiającego w tym samym okresie.

Dodatkowo należy wskazać, iż do omawianego przypadku zastosowanie znajdować będzie także art. 34 ust. 1 ustawy PZP przewidujący szczególne zasady ustalania wartości dostaw i usług powtarzających się okresowo. Jeżeli zatem na potrzeby realizacji projektu udzielane będą zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo będą one podlegały sumowaniu z pozostałymi dostawami i usługami o takim charakterze. Do ustalenia wartości takiego zamówienia stosować się będzie art. 34 ust. 1 ustawy PZP.

Rekapitulując, w przypadku zamówień, których zakres i wartość są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji projektu, a przy tym mogą być udzielone w ramach jednego postępowania, oszacowania ich wartości dokonuje się z uwzględnieniem całego okresu realizacji projektu. W pozostałych przypadkach usługi lub dostawy udzielane w ramach projektu mogą być szacowane dla poszczególnych lat budżetowych.

Należy również wskazać, iż punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia czy w danym przypadku mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części w świetle art. 32 ust. 2 ustawy PZP jest także ustalenie, czy wskazane zamówienia stanowią w istocie jedno zamówienie czy też odrębne następujące po sobie zamówienia dotyczące tożsamego przedmiotu zamówienia. Podkreślenia bowiem wymaga, iż sam fakt, że mamy tu do czynienia z zamówieniami tego samego rodzaju, oznaczonymi tym samym kodem CPV, nie przesądza ipso se, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem w rozumieniu art. 32 ust. 1 ustawy PZP.

Jak już wskazano powyżej, dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się wskazanymi powyżej kryteriami (tożsamość przedmiotowa zamówienia, tożsamość czasowa zamówienia, możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy PZP. W przeciwnym przypadku, tj. w sytuacji, w której poszczególne zamówienia nie mogą być wykonane przez tego samego wykonawcę, pomimo że przedmiot zamówienia można zakwalifikować do tego samego kodu CPV, należy uznać, iż nie mamy do czynienia z jednym zamówieniem, lecz z kilkoma niezależnymi od siebie zamówieniami, których wartość będzie szacowana odrębnie z zachowaniem reguł określonych w art. 32 i n. ustawy PZP. Ocena ta z istoty rzeczy zawsze będzie dokonywana w konkretnych okolicznościach faktycznych. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym dzieleniem zamówienia, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy PZP.

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanego standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym „Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 35). Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08: „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 3, Warszawa 2009, s. 40). „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 40).

Mając powyższe na uwadze, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych treść przepisów ustawy Pzp, w tym art. 29, nie stoi na przeszkodzie zakupu towarów wysokiej jakości. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie musi się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ustawy przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji, a także z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy kryteria oceny ofert mogą jednak dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy) i obejmować np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia. Zgodnie

z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. termin płatności może być również przyjęty jako jedno z kryteriów oceny oferty.

Artykuł 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków niezwiązanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.). Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08: „ (...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45).

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednakże ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: 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. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, iż „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji

dopuszczyć ofertę do oceny bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ" (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 40).

Jak wynika z cytowanych wyżej orzeczeń, nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia „lub równoważne” albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. Jeżeli zamawiający nie wskaże, iż zamawiany produkt musi być: „nie cięższy niż ...”, „do wysokości ...”, „o wymiarach nie mniejszych niż... i nie większych niż” itp., nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający, wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Zamawiający narusza ustawę Prawo zamówień publicznych także wówczas, jeżeli, mimo że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane w art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana w art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania oraz sytuacja określona w art. 146 ust. 1 pkt. 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający, stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.

Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie

INFORMATOR NR 1/2010

W dniu 22 grudnia 2009 r. weszła w życie nowelizacja z dnia 5 listopada 2009 r. ustawy Prawo zamówień publicznych²³, która w sposób zasadniczy dokonała zmian w zakresie wymagań stawianych wykonawcom (warunków) zainteresowanym realizacją zamówień publicznych, sposobu oceny ich spełniania oraz zasad wykazywania przez wykonawców spełniania tych wymagań.

Zmiany dokonane w powyżej wskazanym zakresie mają charakter zasadniczy z kilku powodów. Po pierwsze dokonane zmiany mają na celu rozszerzenie potencjalnej możliwości uczestnictwa w realizacji zamówień publicznych przez przedsiębiorców. Zapewnienie szerszego niż dotychczas dostępu do zamówień publicznych jest istotne z punktu widzenia zwiększania stopnia konkurencyjności rynku i uzyskiwania tym samym lepszych efektów ekonomicznych przez podmioty publiczne. Zmiany w tym zakresie realizują podstawowy cel norm Prawa zamówień publicznych, a mianowicie zapewnienia przedsiębiorcom dostępu do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych. Uczestnictwo to odbywa się w różnej formule przede wszystkim jako bezpośrednie wykonawstwo, ale również jako podwykonawstwo. Nieuzasadnione ograniczanie dostępu do zamówień publicznych poprzez stawianie nadmiernych i nieuzasadnionych wymagań lub nieuzasadnione ograniczanie podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego wypacza podstawowe cele systemu zamówień publicznych, stwarzając ryzyko nieracjonalnego wydatkowania środków oraz powstawania zmów. Realna konkurencja w sposób zasadniczy ogranicza zatem ryzyko powstawania zjawisk patologicznych. Tym samym zmienione normy mają na celu zapewnienie w większym niż dotychczas stopniu podstawowych celów zamówień publicznych.

Po drugie warto podkreślić, iż rozszerzanie konkurencji ma zasadnicze znaczenie w sytuacji recesji gospodarczej, albowiem jest szansą dla wielu przedsiębiorców zyskania dodatkowych przychodów. Szczególnie w tym zakresie istotne jest, iż dopuszczenie w większym zakresie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych jest szansą dla przedsiębiorców krajowych, którzy głównie w tej roli występują. Stąd też nieuzasadnione ograniczanie podwykonawstwa stanowi ograniczanie dostępu z reguły podmiotom krajowym do udziału w realizacji zamówienia publicznego. Stąd też zmiany w zakresie warunków (szczególnie możliwości odwoływania się do potencjału podmiotów trzecich), jak również już dokonane w roku 2008 zmiany mają na celu ograniczenie możliwości stawiania barier przez zamawiających oraz wpisują się w zmiany mające na celu stworzenie szerszych niż dotychczas możliwości walki przedsiębiorców z recesją gospodarczą.

Po trzecie konsekwencją wprowadzonych norm jest konieczność dokonania w sposób zasadniczy zmian dotychczasowej praktyki ukształtowanej przez ostatnie lata. Nowe normy, szczególnie w zakresie odwoływania się do potencjału podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b), przedkładania alternatywnych dokumentów w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej (art. 26 ust. 2c), czy też zmiany w rozporządzeniu dotyczącym dokumentów zmuszają zamawiających do dokonania zmian w sposobie oceny wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

²³ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

Konsekwencją wprowadzenia zmian w ustawie jest konieczność dokonania zmian w aktach wykonawczych do ustawy. Zmiany ustawy w zakresie warunków i sposobu dokonywania ich oceny spowodowały konieczność dostosowania do nowego stanu prawnego, w szczególności rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosowne rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów weszło w życie z dniem 31 grudnia 2009 r.²⁴.

Zasadnicze znaczenie dla zapewnienia prawidłowości nowych norm ustawowych mają zaproponowane przez Urząd zmiany w projekcie rozporządzenia w zakresie wzorów ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zakresie dotyczącym wzorca ogłoszenia o zamówieniu. Zmiany zmierzają do usystematyzowania wszystkich wymaganych przez ustawę informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, tak by ograniczyć ryzyko ich pominięcia przez zamawiającego. Ponadto projektowane zmiany zapewnią mają możliwość szerszego niż dotychczas dostępu wykonawców do istotnych informacji bezpośrednio z ogłoszenia o zamówieniu.

1. WARUNKI

Definicja

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. **Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 uPzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia.**

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Z kolei przepis art. 24 ust. 1 wskazuje podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaistnienie jednej z okoliczności wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Sama **istota okoliczności wskazywanych w art. 24 ust. 1 wskazuje na to, iż mamy do czynienia z warunkami, od których zależy dalszy udział wykonawcy**

²⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz.U. Nr 226, poz. 1817.

w postępowaniu o zamówienie publiczne. Na powyższe wskazują wprost pozostałe przepisy ustawy, choćby art. 26 ust. 2a ustawy: „Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, **i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1**”.

Od „warunków podmiotowych” określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić „warunki przedmiotowe”, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu; ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne; ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu niespełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu niespełniania warunków przedmiotowych. Właściwości wykonawcy nie mogą być już brane pod uwagę przy ocenie ofert (z wyjątkiem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy).

Rozszerzenie katalogu przestępstw

W istocie warunki udziału w postępowaniu w stosunku do poprzedniego stanu prawnego nie uległy istotnym zmianom. Zmianie uległy jedynie okoliczności skutkujące wykluczeniem wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, które **rozszerzyły typ przestępstw o przestępstwa przeciwko środowisku**, za których popełnienie stosuje się sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe rozwiązanie ma na celu implementację postanowienia art. 45 ust. 2 lit. c) i d) i tezy 43 preambuły dyrektywy 2004/18/WE oraz uwzględnienie coraz większego znaczenia zagadnień związanych z ochroną środowiska. W świetle postanowień dyrektywy nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie, które może stanowić podstawę wykluczenia z uwagi na skazanie wykonawcy za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową albo ponoszenie przez wykonawcę winy poważnego wykroczenia zawodowego.

Rozdzielenie warunków z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1

Na uwagę zasługuje nieuwzględnienie w obecnym brzmieniu dotychczasowej treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, a mianowicie warunku niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczasowe brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 4 miało charakter ogólny – „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia”. Tym samym przepis nie precyzował dokładnie okoliczności, w których następowało złożenie oświadczenia przez wykonawcę. Warto podkreślić, iż ustawa zawierała okoliczności wykluczenia wykonawcy w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy, przy czym niektóre z nich (np. złożenie nieprawdziwych informacji) samo w sobie nie mogło być objęte oświadczeniem wykonawcy. Ponadto następowało przemieszczanie warunków z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10, zgodnie z którym z postępowania wykluczało się wykonawców „którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3”. Niejednoznaczność składanego oświadczenia w tym zakresie stanowiła zagrożenie dla pewności co do jego prawdziwości i w skutkach prowadziło do uchylania się wykonawców od odpowiedzialności z tego tytułu.

Dlatego, by wzmocnić ochronę prawidłowości przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych zdecydowano o oddzieleniu warunków z art. 22 ust. 1 oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy. Wykonawcy na

podstawie nowych norm co do zasady mogą być zobowiązani do składania dwojakiego rodzaju oświadczeń, a więc oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Przyjęte ustawą rozwiązanie zapewnia ze względu na swą jednoznaczność pewność w zakresie treści składanych przez wykonawców oświadczeń i pozwala skutecznie zastosować sankcje przewidziane w odrębnych przepisach (art. 297 i 305 Kodeksu karnego) w okolicznościach, w których składane oświadczenie okazuje się nieprawdziwe.

Ciężar dowodzenia

Na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady, to nie zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy w brzmieniu nadanym nowelą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy *„nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”*. Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy: *„wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”*. Tym samym sam fakt niewykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz niespełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a). Ze względu na znaczenie dla potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne **zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia żądamy od wykonawców wskazywany jest już w treści ogłoszenia o zamówieniu**. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno wymieniać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 ustawy w ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odstępstwo od powyższej zasady dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty.

Potencjał podmiotów trzecich

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy w brzmieniu nadanym nowelą „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Warto zwrócić uwagę na kilka kwestii związanych z praktycznym stosowaniem przepisu art. 26 ust. 2b.

Po pierwsze uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełnienia warunków dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy warunków. Jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy, uprawnienie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. W tym zakresie zamawiający może wymagać wykazania spełnienia powyżej wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

W zakresie dotyczącym uprawnień warto podkreślić, iż za wystarczające do uznania spełnienia warunku w postępowaniu dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień.

Jeżeli chodzi o potencjał ekonomiczny, wykonawca nie może się opierać na potencjale podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wymagania te ze względu na bezpieczeństwo realizacji inwestycji przypisane są wykonawcy. Przykładowo powszechnie stosowane w praktyce wymagania ekonomiczne, takie jak posiadanie odpowiedniej płynności bieżącej czy też posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy.

Po drugie, gdy wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu odwołuje się do potencjału podmiotów trzecich, zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z ustawy i nie jest wymagane w tym zakresie wyrażenie woli zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Warte jednak podkreślenia jest, iż ustawowy obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od wykonawców, a więc co do zasady warunków, które są opisane przez zamawiającego i dla których żąda on złożenia stosownych dokumentów.

Po trzecie to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego.

Za oczywistą należy uznać sytuację, w której wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, nawet jeżeli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotów trzecich, nie jest zobowiązany do udowadniania, iż zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował.

W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Konieczność udowodnienia dysponowania tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wdzierżawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

W stosownych sytuacjach dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami konieczne może okazać się uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji części zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how²⁵. Tak więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy, jak np. renowa przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć ani w inny sposób zadysonować nim, przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia.

Powyższe wiąże się z zagadnieniem **podwykonawstwa** w zamówieniach publicznych definiowanego jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy. Ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie, w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny. Stąd też ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia.

²⁵ S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego, Warszawa 2002, s. 179.

Orzecznictwo ETS²⁶ wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do **wykonania zasadniczych części zamówienia** w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę.

Po czwarte dostępność zasobów osób trzecich może być starannie badana przez zamawiającego.

Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4), jak i orzecznictwa ETS. W jednym z orzeczeń ETS²⁷ czytamy: *Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to, by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia* (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17).

Po piąte pod pewnymi warunkami za dopuszczalne należy uznać zmiany podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia, na zasobach których wykonawca opierał się, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kierując się jednak art. 7 ust. 1 ustawy oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 ustawy, zmianę taką należy uznać za dopuszczalną pod warunkiem, gdy zmiana została dopuszczona na etapie przetargu oraz nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podwykonawca.

2. OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW

Istota opisu

Od warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem każde postępowanie o zamówienie publiczne różni się od siebie choćby pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd.

W postępowaniu o zamówienie publiczne konieczna jest zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy **opis**

²⁶ Orzeczenie ETS z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01.

²⁷ Orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 (Holst Italia).

sposobu oceny spełniania warunków stanowi kryteria oceny, jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest przez zamawiającego²⁸.

Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków z jednej strony pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki, jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (pomijając już to, iż stanowiłoby to naruszenie ustawy) prowadziłby do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes poszczególnych wykonawców.

Sposób dokonywania opisu

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ten nowy przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

„Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków

²⁸ **Wyrok SO w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r., Sygn. Akt II Ca 168/06:** „Słusznie zauważa pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż z treści przepisu art. 22 ust. 1 uPzp można wyinterpretować normę prawną, której uszczegółowienie jest możliwe dopiero w zestawieniu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tym podmiotom, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji tego przepisu jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwi prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście zatem jest, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania”. **Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., Sygn. Akt V Ca 1021/05:** „Sąd Okręgowy podzielił argumentację zamawiającego co do wymagań odnośnie do potencjału technicznego wykonawcy w zakresie sprzętu i liczby pracowników o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Miały one na celu zagwarantowanie terminowości i jakości prac. Nie istnieje nadto przepis zakazujący zawierania takich warunków w SIWZ. Art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP stanowi jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wprowadza więc zakazu określenia przez zamawiającego w SIWZ minimum wymaganego potencjału technicznego i ludzkiego. (...) W ocenie Sądu Okręgowego żądanie zamawiającego sprowadza się do przedstawienia wyżej wymienionej informacji, a sprecyzowanie liczby i rodzaju urządzeń oraz liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia nie jest sprzeczne z powołanym wyżej przepisem”.

powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: *„Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich niespełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu”²⁹.*

Zakres opisu

Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają dalszego opisu przez zamawiającego. Stąd też, w stosunku do tych warunków, zamawiający poprzestaje jedynie na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje nowy przepis art. 26 ust. 2a ustawy, który stanowi, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z kolei w myśl nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału.

Obowiązek zamieszczenia opisu w ogłoszeniu o zamówieniu

Ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełniania warunków, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6), jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5), o ile oczywiście taki opis jest dokonywany przez zamawiającego.

Środki ochrony prawnej przysługujące na opis

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego, albowiem wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tego względu ustawodawca, tak jak w dotychczas obowiązującym stanie prawnym, przyznał wykonawcom uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej na tę czynność niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Środki ochrony prawnej w tym zakresie służą zapewnieniu realizacji zasady dostępu wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych.

²⁹ Wyrok SO w Warszawie z dnia 26 lutego 2003 r., Sygn. akt: V Ca 221/03.

3. DOKUMENTY POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU

Wykonawca zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy za pomocą dokumentów. Wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę dokonywane jest w oparciu o dokumenty, w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w zależności od trybu udzielanego zamówienia w ogłoszeniu, o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy). Niezłożenie dokumentu lub oświadczenia niewymaganego przez zamawiającego co do zasady nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne³⁰. Wyjątek dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b uPzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. **nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem³¹. Powyższa zasada nie ma zastosowania do sytuacji, w której wykonawca zobowiązany jest udowodnić dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy)** oraz zamówień sektorowych, w stosunku do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2).

Warto zwrócić uwagę na systematykę nowego rozporządzenia, która odzwierciedla systematykę ustawy, a zatem w § 1 ust. 1 dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w art. 22 ust. 1, natomiast § 2 ust. 1 dokumenty odnoszą się do warunków wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Również systematyka wymienionych dokumentów wskazanych w poszczególnych paragrafach rozporządzenia odpowiada systematyce poszczególnych warunków określonych ustawą.

Uprawnienia (art. 22 ust. 1 pkt 1) – weryfikacja tego warunku następuje poprzez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wykazaniu spełniania warunku posiadania uprawnień służy odpowiedni dokument koncesji, zezwolenia lub licencji (§ 1 ust. 1 pkt 1 rozp.).

³⁰ **Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 listopada 2005 r., Sygn. Akt V Ca 1489/05:** „Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia Zespołu Arbitrów, że z treści zapisu pkt 4 i następujących po nim podpunktów nie wynika obowiązek przekazania zamawiającemu listy osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia. (...) Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie niewykazania przez niego przesłanek, do których nie był zobowiązany i w konsekwencji wybór innej oferty, stanowiło naruszenie przepisów ustawy dotyczących odrzucenia ofert (art. 89 ust. 1 pkt 2)”.

³¹ **Wyrok SO w Lublinie z dnia 31 marca 2006 r., Sygn. Akt IX Ga 37/06:** „Przepisy tego rozporządzenia zawierają normy o charakterze semiimperatywnym, co oznacza, iż określają maksymalne wymagania w zakresie obowiązku przedstawienia stosownych dokumentów, jakie mogą zostać postawione oferentowi. Nic nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie niektóre spośród wymienionych w rozporządzeniu dokumentów. (...) W żaden sposób nie można natomiast zaakceptować poglądu, by zamawiającemu wolno było żądać jakichkolwiek innych dokumentów ponad wskazane w rozporządzeniu”.

Należy odróżnić posiadanie uprawnień przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego od posiadania odpowiednich uprawnień przez osobę uczestniczącą w wykonywaniu zamówienia po stronie wykonawcy. O ile obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji przypisany jest wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne, a więc przyszłej stronie umowy, o tyle to drugie co do zasady przypisane jest osobie, którą wykonawca dysponuje, np. architektowi. W pierwszym przypadku to wykonawca powinien posiadać uprawnienia, w drugim powinien dysponować osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia.

Wiedza i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane zamówienia. Istotniejszym czynnikiem jest tutaj wiedza. Nabyte doświadczenie co do zasady wskazuje na posiadanie wiedzy niezbędnej do wykonywania danego zamówienia publicznego. Weryfikacji spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia służą odpowiednio wykazy robót budowlanych (§ 1 ust. 1 pkt 2 rozp.), dostaw lub usług (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozp.).

Potencjał techniczny (art. 22 ust. 1 pkt 3) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (§ 1 ust. 1 pkt 4 rozp.), stan zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego (§ 1 ust. 1 pkt 5 rozp.).

Osoby zdolne do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie (§ 1 ust. 1 pkt 6 rozp.) oraz uprawnienia (§ 1 ust. 1 pkt 7 rozp.).

Sytuacja ekonomiczna i finansowa (art. 22 ust. 1 pkt 4) – weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o sprawozdanie finansowe lub inne dokumenty finansowe, informację z banku o wysokości środków lub zdolności kredytowej, opłaconą polisę (§ 1 ust. 1 pkt 8–10 rozp.).

Rozporządzenie nie wymienia oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, albowiem obowiązek jego żądania i złożenia przez wykonawcę wynika bezpośrednio z ustawy (art. 44 ustawy).

Zakres żądanych dokumentów

Nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom. Z tego względu ustawodawca wskazuje, iż zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń dla niego **niezbędnych** (art. 25 ust. 1). **O tym, jaki dokument jest niezbędny co do zasady decyduje zamawiający.**

Nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów daje w tym zakresie jednoznaczne wytyczne, uzależniając zakres żądanych dokumentów w pierwszej kolejności od wartości udzielanego zamówienia, a więc od tego, czy wartość przekracza lub nie „progi unijne”. Istotne jest również to, czy mamy do czynienia z dokumentami odnoszącymi się do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 czy też warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Powyżej „progów unijnych” zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 w zakresie, w jakim dokonał ich opisu oraz wszystkich dokumentów wskazywanych w rozporządzeniu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Poniżej „progów unijnych” zamawiający ma uprawnienie do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 w zakresie, w jakim dokonał ich opisu, natomiast nie ma takiego obowiązku. Tym samym zamawiający nie powinien żądać dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, jeżeli nie dokonał ich opisu. W zakresie dokumentów odnoszących się do wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 żądanie dokumentów stanowi uprawnienie zamawiającego.

Dokumenty podmiotu trzeciego

Zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Zgodnie § 1 ust. 2 rozporządzenia, *jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.*

Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać złożenia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do dokumentów dotyczących bezpośrednio wykonawców.

Obowiązek złożenia wymaganych dokumentów dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, w której wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich oraz gdy z okoliczności wynika, iż dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego.

W sytuacji, w której wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji finansowej wykonawca zobowiązany jest złożyć informację z banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu trzeciego, którego zasobami wykonawca będzie dysponował (§ 1 ust. 3 rozp.). Obowiązek złożenia dokumentu wynika wprost z rozporządzenia i w powyższym zakresie nie jest wymagane wyrażanie woli w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Obowiązek złożenia informacji z banku odnoszącej się do podmiotu trzeciego jest konsekwencją powołania się przez wykonawcę na jego potencjał przy wykazywaniu spełnienia warunku odpowiedniej sytuacji finansowej.

Niezłożenie dokumentów przez wykonawcę odnoszących się do podmiotu trzeciego skutkuje obowiązkiem jego wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków (art. 24 ust. 2 pkt 4 uPzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Spełnianie warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 uPzp stanowi wymóg, od którego uzależnione jest dopuszczenie podmiotu trzeciego do wykonywania części zamówienia publicznego. Brak wykazania spełniania wymagań odnoszących się do podmiotu trzeciego stanowi podstawę do niedopuszczenia podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia. W takich też okolicznościach nie jest możliwe wykazanie zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Pozostałe istotne zmiany w rozporządzeniu:

- a) Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług „w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”. Dotychczas wykaz dotyczył zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.
- b) Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia zamawiający oprócz informacji na temat narzędzi lub urządzeń może żądać informacji na temat wyposażenia zakładu. Dodatkowo zamawiający może żądać informacji o podstawie dysponowania zasobami w celu zweryfikowania dostępności tych zasobów, gdy pochodzą od podmiotów trzecich.
- c) Zamawiający może żądać informacji na temat liczebności personelu kierowniczego (§ 1 ust. 1 pkt 5 rozp.).
- d) Zamawiający może żądać informacji o podstawie dysponowania zasobami odnoszącymi się do osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia w celu zweryfikowania dostępności tych osób dla wykonawcy (§ 1 ust. 1 pkt 6 rozp.).
- e) Zamawiający może żądać oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy (§ 2 ust. 1 pkt 1 rozp.).
- f) W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 osoby fizyczne mogą być obowiązane do złożenia oświadczenia. (§ 2 ust. 1 pkt 2 rozp.).
- g) W przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby zasiadające w organach podmiotów wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 5–8 ustawy, które mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej są zobowiązane do złożenia zaświadczenia organu właściwego dla miejsca zamieszkania (§ 2 ust. 2 rozp.).
- h) W przypadku wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby zasiadające w organach podmiotów wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 5–8 ustawy składają zaświadczenia właściwego organu dla miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą (§ 4 ust. 1 pkt 2 rozp.).

Warunki udziału w postępowaniu – wymóg posiadania określonego doświadczenia

INFORMATOR NR 3/2009

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP” – zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi wyraz jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP).

Przepis art. 22 ust. 2 ustawy PZP nie określa sytuacji, chociażby poprzez ich przykładowe wymienienie, w których mamy do czynienia z określeniem warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, iż mamy tu do czynienia jedynie z normą kierunkową. Z przepisu tego wynika bowiem kategoryczny zakaz („nie może”) takiego określania warunków udziału w postępowaniu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten ma zatem charakter normy iuris cogentis.

Konsekwencją takiego brzmienia art. 22 ust. 2 ustawy PZP jest stwierdzenie, iż ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia art. 22 ust. 2 ustawy PZP może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie ad casum, w realiach danego przypadku.

Ze względów wskazanych powyżej należy stwierdzić, iż ocena, czy określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu naruszają zasadę uczciwej konkurencji (art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy PZP) musi być dokonywana w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy specyfika danego zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne jego wykonania oraz zamierzony cel gospodarczy, jakiemu ma służyć wykonanie zamówienia wpływa na ocenę dopuszczalności stosowania określonych warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż każdy warunek udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia.

Z określeniem warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy będzie bowiem ograniczenie kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. Nie oznacza to jednak, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić udział każdego potencjalnego wykonawcy prowadzącego działalność danego rodzaju. Określenie warunków, które mogą spełnić nieliczni wykonawcy nie stanowi ipso se utrudniania uczciwej konkurencji. Niemożność spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przez niektórych wykonawców, nie świadczy o niedozwolonym ustanowieniu warunków przez zamawiającego (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 259/08, Lex nr 395901). Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia (arg. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Tak więc zamawiającemu wolno określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie tych warunków nie spowoduje wyeliminowania

konkurencji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07, Lex nr 393439). Z tych względów warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego mają z jednej strony zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie mogą one ograniczać konkurencji pomiędzy takimi wykonawcami. Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu winny być określone proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08, Lex nr 428119). A zatem to warunki danego zamówienia i uzasadnione potrzeby zamawiającego winny determinować określenie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż zamawiający może określić jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania przez osoby, którymi wykonawca będzie się posługiwał przy wykonaniu zamówienia, odpowiedniego doświadczenia zawodowego (tak też: wyrok KIO z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 410/08 i KIO/UZP 415/08, Lex nr 428307, wyrok KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 288/08, Lex nr 428307). W tym kontekście konieczne jest jednak rozważenie, czy wskazany przez zamawiającego okres wymaganego doświadczenia jest uzasadniony w świetle przedmiotu zamówienia. Należy mieć bowiem na uwadze, iż zbyt długi okres wymaganego doświadczenia może zostać uznany za utrudniający uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy PZP). Dodatkowo należy podnieść, iż dla stwierdzenia nieprawidłowości w określeniu warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczności z prawem (art. 22 ust. 2 ustawy PZP), wystarczające jest już zaistnienie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych warunków udziału w postępowaniu, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1688/05, Lex nr 175024).

Podsumowując, należy stwierdzić, iż w świetle art. 22 ust. 2 ustawy PZP jest dopuszczalne zastosowanie przez zamawiającego warunku posiadania przez osoby, którymi wykonawcy będą posługiwali się przy wykonaniu zamówienia, odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Przy czym wskazany przez zamawiającego okres wymaganego doświadczenia musi być uzasadniony w świetle przedmiotu tego zamówienia.

Zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia

INFORMATOR NR 3/2009

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP” – o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z przepisu tego wynika, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego winien legitymować się „dysponowaniem” osobami zdolnymi do jego wykonania. Przy czym w świetle tego przepisu za równoważne z „dysponowaniem” osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należy uznać także przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia takich osób.

Zasadnicze znaczenie dla ustalenia, w jakich przypadkach wykonawca winien przedstawić pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia jest wyróżnienie przypadków „dysponowania” taki osobami przez wykonawcę. W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nie egzemplifikuje przypadków, w których mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w rozumieniu tego przepisu. Z uwagi na użycie w tym przepisie bardzo ogólnego określenia „dysponują” należy uznać, iż obejmuje ono wszelkie przypadki, w których wykonawca może rozporządzać określonymi osobami według swego uznania. O tym, czy wykonawca może „dysponować” określonymi osobami rozstrzyga zatem treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tymi osobami.

Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.) zamawiający w celu potwierdzenia dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może żądać od wykonawcy wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 5a ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawcy pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa powyżej, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż w przypadku dysponowania przez wykonawcę określonymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wystarczające jest przedstawienie przez wykonawcę samego wykazu tych osób. Przy czym o tym, czy wykonawca dysponuje określonymi osobami rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (np. stosunek pracy). Jeżeli natomiast w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawca wskazuje osoby, którymi będzie dysponował dopiero w przyszłości, wówczas winien przedstawić stosowne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia tych osób.

Ustawa PZP ani przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów (...)* nie rozstrzygają wprost od kogo ma pochodzić takie zobowiązanie. Istotne jest tylko to, aby z takiego zobowiązania wynikało „udostępnienie” wykonawcy osoby wskazanej przez niego w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z tym należy uznać, iż zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osoby wskazanej w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia może pochodzić zarówno od podmiotu trzeciego dysponującego taką osobą (np. pracodawcy kierującego pracownika do pracy u wykonawcy – art. 174¹ Kodeksu pracy), jak i od samej osoby wskazanej w tym wykazie (np. zobowiązanie do podjęcia zatrudnienia u wykonawcy). Przy czym bez znaczenia dla powyższej kwestii pozostaje fakt związania danej osoby zakazem konkurencji na rzecz podmiotu trzeciego (pracodawcy). Zagadnienie to odnosi się bowiem wyłącznie do stosunków prawnych zachodzących pomiędzy taką osobą a podmiotem trzecim (arg. z art. 101¹-101³ Kodeksu pracy), co pozostaje bez wpływu na możliwość wykazania przez wykonawcę danej osoby w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Z powyższych względów należy uznać, iż w świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz § 1 ust. 2 pkt 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów (...)* wystarczające jest przedstawienie pisemnego zobowiązania samej osoby wskazanej w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

INFORMATOR NR 3/2010

I. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Pzp”) złożone na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Przepis ten nie określa żadnych wymagań w zakresie terminu wystawienia dokumentów. Wskazuje on jedynie, że muszą one potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przyjąć zatem należy, że w odpowiedzi na żądanie zamawiającego uzupełnienia dokumentów wykonawca może przedłożyć zarówno dokumenty wystawione przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert, jak i po tym dniu, o ile wynika z nich, że nie później niż w dniu otwarcia ofert w stosunku do wykonawcy zachodziły okoliczności wskazujące, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Mając to na uwadze, zaświadczenie wystawione po upływie terminu składania ofert, z którego treści wynika, że jest ono ważne również w okresie do dnia składania ofert, należy uznać za dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W konsekwencji brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp takie zaświadczenie przedstawi.

II. Jednocześnie należy odnieść się do kwestii dopuszczalności żądania przez zamawiającego, aby osoby uczestniczące w wykonywaniu zamówienia posiadały członkostwo we właściwym organie samorządu zawodowego.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jest to warunek o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym. Jego konkretyzacja jest dokonywana przez zamawiającego poprzez zamieszczany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku. Opis ten stanowi zatem określenie okoliczności, które w ocenie zamawiającego będą przesądzały o uznaniu warunku za spełniony.

Przepisy Pzp pozostawiają zamawiającemu swobodę w określaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy czym, zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp, opis ten powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego, a nadto – stosownie do art. 7 ust. 1 – nie może mieć charakteru dyskryminacyjnego.

Tymczasem opisanie przez zamawiającego sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wskazanie, że uzna on, iż wskazane przez wykonawcę osoby są zdolne do wykonania zamówienia jedynie w sytuacji, gdy będą przynależały do określonego

samorządu zawodowego może być uznane za przejaw dyskryminacji niektórych wykonawców. Należy bowiem zauważyć, że wymóg przynależności do określonego samorządu zawodowego, jakkolwiek na gruncie określonych przepisów szczególnych warunkuje możliwość wykonywania niektórych rodzajów działalności, to jednak nie jest wymogiem bezwzględnie obowiązującym w stosunku do wszystkich kategorii osób. W szczególności obowiązek taki często nie dotyczy osób będących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, którzy nabyli prawo do wykonywania określonych zawodów regulowanych lub określonych działalności, jeżeli te kwalifikacje zostały uznane na zasadach przewidzianych w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394).

Jako przykład można tu wskazać regulację przewidzianą w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) dotyczącą osób wykonujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Stosownie bowiem do art. 12 ust. 7 ustawy – Prawo budowlane podstawę do wykonywania takich funkcji stanowi m.in. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Jednocześnie jednak, zgodnie z art. 12a ww. ustawy, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Powyższe prowadzi do wniosku, że osoby, których kwalifikacje zawodowe zostały uznane na takich zasadach, mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie niezależnie od tego, czy zostały wpisane na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

W tym kontekście żądanie przez zamawiającego przynależności osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia do odpowiedniej jednostki samorządu zawodowego stawia w niekorzystnej sytuacji takich wykonawców, którzy zatrudniają lub zamierzają zatrudnić do realizacji zamówienia m.in. osoby, których kwalifikacje do wykonywania danego rodzaju działalności nabyte w innych państwach zostały uznane w drodze odpowiedniej procedury. Zauważyć należy, że takie osoby również posiadają prawo wykonywania danej działalności zawodowej, a ich kwalifikacje często nie ustępują kwalifikacjom osób, które uzyskały odpowiednie uprawnienia w Polsce i zostały wpisane na listę członków właściwej jednostki samorządu zawodowego. Dlatego ograniczenie możliwości uczestnictwa przez takie osoby w realizacji zamówienia należałoby uznać za ograniczające konkurencję, dyskryminujące niektórych wykonawców. Co więcej, musiałoby ono zostać uznane za naruszenie odpowiednich postanowień prawa wspólnotowego, w szczególności art. 43 i 49 TWE określających fundamentalne zasady wspólnotowe: swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług.

III. Dodatkowo należy zauważyć, że żądane dokumenty potwierdzające przynależność osób wykonujących zamówienie do właściwej izby samorządu zawodowego nie mieszczą się w zakresie dokumentów wskazanych w nowym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Należy zwrócić uwagę, iż przepisy ww. rozporządzenia enumeratywnie wymieniają dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że jeżeli określony dokument nie został wskazany w jego przepisach, to zamawiający nie jest uprawniony do jego żądania w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tymczasem, jak wynika z § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, zamawiający w zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może żądać tylko wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, 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 (pkt 6), a nadto oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek dysponowania (pkt 7).

Przy czym rozporządzenie nie określa szczególnych wymogów w zakresie formy dokumentów, które miałyby zawierać wskazane w przywołanych przepisach informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz wykształcenia osób mających wykonywać zamówienie. Należy zatem przyjąć, że informacje te mogą zostać przekazane w dowolnej formie – zaś zamawiający nie może wymagać przedstawienia przez wykonawców w tym zakresie dokumentów szczególnych, np. decyzji o przyznaniu uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie czy też zaświadczenia o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego. W praktyce dokument zawierający wskazane informacje najczęściej będzie przybierał postać oświadczenia wiedzy wykonawcy, opisującego kwalifikacje osób wskazanych w wykazie.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że na gruncie przepisów nowego rozporządzenia zamawiający nie może już żądać takich dokumentów jak decyzja o przyznaniu uprawnień budowlanych lub zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego – w chwili obecnej jedynym środkiem służącym do wykazania posiadania uprawnień przez osoby mające wykonywać zamówienie jest oświadczenie wykonawcy.

Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia

INFORMATOR NR 3/2009

Zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP” – ma na celu wyłonienie spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP). Definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż cena jest obligatoryjnym, lecz nie jedynym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Obok ceny zamawiający może bowiem zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy PZP ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. W konsekwencji oznacza to, iż zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy PZP. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do zamawiającego. To sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy PZP). W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy PZP wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy PZP wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do

właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży (tak też P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266). Tym samym należy stwierdzić, iż wskazane w powołanym na wstępie piśmie kryteria oceny ofert opisane w pkt 1 i 2 naruszają art. 91 ust. 3 ustawy PZP i z tych względów nie jest dopuszczalne ich zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za dopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP należy uznać natomiast zastosowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do terminu wykonania zamówienia. Istotne z punktu widzenia interesu zamawiającego jest bowiem ustalenie terminu, w którym zostanie wykonane całe zamówienie czy też poszczególne jego części. Tym samym oferowany przez wykonawcę termin wykonania poszczególnych zadań składających się na zamówienie (harmonogram) może być przedmiotem oceny dokonywanej przez pryzmat oferty najkorzystniejszej (por. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 20 lutego 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-157/07, LEX nr 286139). Dotyczyć to będzie w szczególności zamówienia o złożonym charakterze, w ramach którego wykonawca zobowiązany jest do wykonania różnych zadań. Przy czym podkreślenia wymaga, iż tak określone kryterium oceny ofert odnosi się do przedmiotu zamówienia, co spełnia warunek wynikający z art. 91 ust. 2 ustawy PZP.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż kryteria oceny ofert powinny być opisane przez zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (zob. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 784/08, LEX nr 443167). Tak więc zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznaczny i wyczerpujący opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 41 pkt 9 ustawy PZP).

Wskazując na niedopuszczalność zastosowania jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży, należy jednocześnie zaznaczyć, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP). Tym samym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizowaniu określonych zamówień nie pozostaje bez znaczenia dla oceny możliwości udzielenia zamówienia publicznego temu wykonawcy (por. postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 21 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-703/07, LEX nr 361043). Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, LEX nr 409179). W tym celu zamawiający może posłużyć się warunkami wskazanymi w art. 22 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z postanowieniem art. 22 ust. 2 ustawy PZP zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, LEX nr 409179, wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 423/08, LEX nr 428267).

W tym miejscu należy wskazać, iż ustawa PZP daje zamawiającemu możliwość zastosowania przetargu ograniczonego (art. 47 ustawy PZP), w ramach którego możliwa jest ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP). W myśl art. 51 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona

w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w przypadku zastosowania trybu przetargu ograniczonego zamawiający ma możliwość zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy najlepiej spełniają warunki udziału w postępowaniu (np. legitymują się największym doświadczeniem spośród wszystkich wykonawców spełniających warunki wymagane (minimalne), w sytuacji gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przewyższa liczbę określoną w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 51 ust. 1 ustawy PZP).

Podsumowując, należy stwierdzić, iż zamawiający może ustanowić określone wymagania wobec wykonawców w zakresie dotyczącym posiadania odpowiedniego doświadczenia wymaganego do należytego wykonania zamówienia jedynie poprzez określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP), a nie poprzez zastosowanie odpowiadających im kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP). Nie jest bowiem dopuszczalne stosowanie podmiotowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy PZP).

Kryteria oceny ofert

INFORMATOR NR 4/2009

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jednocześnie art. 91 ust. 3 Pzp zabrania stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Przyjmuje się, iż kryterium związanym z serwisem może być przykładowo dostępność serwisu lub czas reakcji w przypadku gwarancji lub usterki. Za niedopuszczalne uznaje się natomiast posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się do odległości siedziby wykonawcy (jego punktu serwisowego) od np. siedziby zamawiającego. W tym bowiem przypadku kryterium zostaje oderwane od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy.

Zasadniczo w celu świadczenia usługi serwisowej nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę punktu serwisowego. Ponadto liczba punktów serwisowych oraz odległość pomiędzy nimi a siedzibą zamawiającego (miejscem lokalizacji przedmiotu objętego usługą serwisową) nie musi przekładać się na szybkość reakcji serwisu lub jego dostępność dla zamawiającego. Wykonawca może bowiem zorganizować swoją działalność w przedmiocie serwisu w taki sposób, iż zapewni wymaganą przez zamawiającego jego dostępność oraz czas reakcji, niezależnie od tego nawet, czy posiada jakikolwiek punkt serwisowy, nie mówiąc już o tym, w jakiej ilości i gdzie te punkty się znajdują. W konsekwencji wykonawca mający siedzibę lub punkt serwisowy położony w mniejszej odległości od siedziby zamawiającego nie musi wcale zapewnić większej dostępności i szybszego czasu reakcji serwisu od wykonawcy zlokalizowanego lub posiadającego punkt serwisowy w dalszej odległości. Decydujące znaczenie ma więc właściwa organizacja swej działalności przez wykonawcę. Dla zamawiającego z kolei liczy się wyłącznie efekt działań wykonawcy przejawiający się w szybkości spełnionej usługi serwisowej. Tak więc oparte o błędne założenie jest konstruowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do serwisu, a dotyczącego odległości punktu serwisowego od siedziby zamawiającego.

Niczym nie jest uzasadnione również przyjęcie założenia, iż wykonawca mający punkt serwisowy do 100 km od siedziby zamawiającego otrzymuje 50 pkt, gdy wykonawca, mający punkt serwisowy powyżej 100 km od siedziby zamawiającego, otrzymuje tych punktów tylko 25. Niezasadne jest bowiem przyznawanie 100% więcej punktów wykonawcy, który ma punkt serwisowy 99 km od siedziby zamawiającego od tego, który posiada taki w odległości 101 km (tylko 2 kilometry większej). Arbitralne przyjęcie takiego rozwiązania nie służy racjonalnemu wybraniu najlepszej oferty. Wydaje się, iż sprzyja nawet pewnej przypadkowości oceny oferty z punktu widzenia kryterium serwisu oraz zawiera w sobie element faworyzowania wykonawców lokalnych.

Ponadto należy zauważyć na marginesie, iż przy tak sformułowanym kryterium pojawia się nierozstrzygalna w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wątpliwość, ile punktów należy przyznać wykonawcy, który ma punkt serwisowy położony dokładnie 100 km od siedziby zamawiającego.

W związku z powyższym posługiwanie się kryterium odległości serwisu od siedziby zamawiającego przy ocenie ofert nie służy celowi wyboru oferty najkorzystniejszej. Może natomiast powodować przypadkowe faworyzowanie albo dyskryminowanie wykonawców w oparciu o wymaganie nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji przewidzenie powyższego kryterium jest zabiegiem analogicznym do posłużenia się niedopuszczalnym kryterium oceny oferty w postaci bliskości siedziby wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa od siedziby zamawiającego. To rozwiązanie pozostaje w oczywistej sprzeczności nie tylko z art. 91 ust. 3 Pzp, ale przede wszystkim stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców.

W świetle powyższego należy uznać, iż zastosowanie kryterium oceny ofert w postaci odległości punktu serwisowego od siedziby zamawiającego stanowi rażące naruszenie art. 91 ust. 3 Pzp.

Kryteria oceny ofert w umowie ramowej

INFORMATOR NR 4/2009

Stosownie do „Wyjaśnień Komisji Europejskiej z 14 lipca 2005 r. w sprawie umów ramowych na gruncie dyrektywy klasycznej”, CC/2005/03_rev1, str. 10, przy zawieraniu umowy ramowej można brać pod uwagę wyłącznie kryteria jakościowe służące do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, natomiast przy udzieleniu zamówienia posługiwać się ceną jako jedynym kryterium oceny ofert, oczywiście pod warunkiem, że było to przewidziane w specyfikacji istotnych warunków umowy ramowej. Przywołane wyjaśnienia odnoszą się do przepisów dyrektywy, które zostały przeniesione na grunt prawa polskiego w sposób niezmieniony. Zgodnie z art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114 z 30.4.2004 r.), umowa ramowa jest umową zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz – o ile ma to zastosowanie – przewidywanych ilości. Odpowiednikiem zacytowanej definicji „umowy ramowej” z dyrektywy klasycznej jest art. 2 pkt 9a ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę jednakowe brzmienie przywołanych przepisów, należy uznać, iż wyjaśnienia Komisji Europejskiej powinny znaleźć analogiczne zastosowanie w odniesieniu do przepisu prawa polskiego odnoszącego się do umów ramowych. W konsekwencji należy przyjąć, iż również na gruncie prawa polskiego dopuszczalne jest posłużenie się wyłącznie kryteriami jakościowymi przy wyłonieniu podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, przy założeniu, iż cena będzie jednym z kryteriów oceny ofert na etapie umowy ostatecznej, o czym wykonawcy zostaną poinformowani w ogłoszeniu.

Podkreślić jednak należy, iż wyjaśnienia Komisji Europejskiej mogą budzić pewne wątpliwości.

Przed wszystkim z brzmienia definicji legalnej „umowy ramowej” zawartej w dyrektywie i ustawie Prawo zamówień publicznych wynika, iż elementem umowy ramowej jest ustalenie warunków odnoszących się w szczególności do cen zamówień publicznych udzielanych wykonawcom, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową. W kontekście przywołanej definicji legalnej wykładni wymaga sformułowanie „w szczególności”. Nie jest do końca pewne, że przedmiotowe sformułowanie należy interpretować w ten sposób, iż warunki odnoszące się do ceny zostały przywołane jako przykład, a nie że warunek dotyczący ceny musi być obligatoryjnym elementem umowy ramowej.

Wątpliwości mogą wywołać również postanowienia dyrektyw unijnych dotyczących zamówień publicznych. Stosownie do art. 32 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114 z 30.4.2004 r.) strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielania zamówień określonych zgodnie z art. 53 tej dyrektywy. W myśl tego przepisu kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych są:

- a) w przypadku gdy zamówienia udzielane są na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty

środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji lub

b) wyłącznie najniższa cena.

Zacytowany przepis dyrektyw posługuje się określeniem „przykładowe”, po którym to wyrazie w drugiej kolejności wymienione zostało kryterium ceny. Sprawa byłaby oczywista, tj. posługiwanie się kryterium ceny ofert nie byłoby obligatoryjne, gdyby nie zapis pkt 46 preambuły przedmiotowej dyrektywy. Stosownie do niego, w przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówień na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej. Z postanowienia preambuły wynikałoby, iż w przypadku udzielania zamówienia w oparciu o kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty bada się relację jakości do ceny. Skoro tak, to wydaje się, iż cena powinna być zawsze jednym z kryteriów. Z drugiej jednak strony można zasadnie twierdzić, iż przepis dyrektywy zawiera wyraźną normę postępowania, dopuszczającą nieposłuszenie się kryterium ceny przez zamawiającego. Z kolei zapis preambuły dyrektywy należy traktować jako deklarację, zalecane rozwiązanie, niemającą charakteru normatywnego.

Pomimo powyższych wątpliwości, biorąc pod uwagę tożsamość definicji umowy ramowej w ustawie Pzp oraz dyrektywie, a także stanowisko zajęte przez Komisję Europejską, jako organ właściwy do interpretacji norm dyrektyw, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych cena nie musi być jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej.

Uznając dopuszczalność wyjątkowego niestosowania kryterium ceny przy wyborze podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa ramowa, należy mieć również na uwadze okoliczność, że przepisy ustawy o finansach publicznych wymagają od zamawiających wydatkowania środków oszczędnie, racjonalnie oraz w sposób zapewniający osiągnięcie najlepszych rezultatów z poczynionych wydatków. W konsekwencji zamawiający, decydując się na niezastosowanie kryterium ceny, powinien mieć pewność, iż zapewnienie osiągnięcia powyższych celów w takiej sytuacji nie jest zagrożone.

Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej

INFORMATOR NR 6/2009

Dwie ostatnie nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziły wiele zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej. Zmiany te wynikają:

- z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o *Zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), dalej w skrócie „ustawa z 5 listopada” lub „mała nowelizacja”;
- z ustawy z 2 grudnia 2009 r. o *Zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* dalej w skrócie „ustawa z 2 grudnia” lub „duża nowelizacja”.

Jeśli chodzi o przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmiany te dotyczą w szczególności następujących kwestii:

- publikacji ogłoszeń oraz wysyłania dodatkowych informacji o wszczęciu postępowania (art. 40),
- nowych zasad składania wniosków o wyjaśnianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielania odpowiedzi przez zamawiającego (art. 38),
- minimalnych terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym i ograniczonym (art. 43 i 52),
- zasad zwrotu wykonawcom wadium (art. 46),
- postępowania z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 50),
- możliwości publikacji nowego rodzaju ogłoszenia – tzw. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości, czyli ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybach negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki (art. 62 ust. 2, art. 66 ust. 2),
- informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 92),
- przesłanek unieważnienia postępowania (art. 93),
- minimalnego odstępu czasu pomiędzy zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej a podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (tzw. termin *standstill*) oraz od wyjątków od tego obowiązku (art. 94 ust. 1 i 2),
- procedury badania i oceny ofert (art. 94 ust. 3).

Zmiany te zostaną omówione poniżej. Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. miała przed wszystkim za zadanie transpozycję do polskiego porządku prawnego postanowień *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych* (OJ L 335 z dnia 20.12.2007, str. 31), zwanej dalej dyrektywą odwoławczą. Z zagadnień, które są poruszane w tym rozdziale, bezpośrednio z wdrażaniem wspomnianej dyrektywy są związane przepisy wdrażające szereg rozwiązań zawartych w dyrektywie, dotyczące w szczególności:

- informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (zakres tej informacji),
- nowego typu ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości,
- terminu „standstill” oraz wyjątków od konieczności zachowania tego terminu.

Wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Skutki zmian w SIWZ

Nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadziła zmiany w zakresie art. 38 ustawy dotyczącego składania przez wykonawców do zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Artykuł 38 w nowym brzmieniu obowiązuje od dnia publikacji w Dzienniku Ustaw ustawy nowelizującej, tj. od dnia **7 grudnia 2009 r.** Zmiany w tym zakresie miały na celu przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przeniesienie terminu wpływu wniosków o wyjaśnienia na wcześniejszą niż dotychczas fazę postępowania. Powinno to zapewnić zamawiającym więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień w odpowiedzi na zadane pytania, a wykonawcom na uwzględnienie tych wyjaśnień w przygotowywanych ofertach. Szczególnie istotne znaczenie zmiana ta ma dla przyspieszenia postępowań prowadzonych w celu udzielenia dużych zamówień infrastrukturalnych, np. budowy autostrad, mostów, linii komunikacyjnych itp. Co do zasady zadawanie pytań przez wykonawców jest rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Z jednej strony pozwala zamawiającym poprawić ewentualne błędy w dokumentacji postępowania, z drugiej strony wykonawcy uzyskują pewność co do zasad, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne, a tym samym procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z SIWZ pozwala im złożyć właściwą ofertę w postępowaniu. Słabością rozwiązań obowiązujących do czasu nowelizacji było wszakże to, że niejednokrotnie na skutek zadania przez wykonawców licznych pytań do SIWZ tuż przed upływem terminu składania ofert zamawiający zmuszeni byli do przedłużania terminów składania ofert w celu udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania. Zamawiający nie byli bowiem w stanie odpowiedzieć na wszystkie pytania przed upływem terminu składania ofert. Wywoływało to negatywne skutki w postaci przedłużania się procesu udzielania zamówienia publicznego.

Artykuł 38 w nowym brzmieniu określa szczegółowe zasady:

- zwracania się przez wykonawców z wnioskami o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz
- udzielania takich wyjaśnień przez zamawiających.

W celu wyeliminowania sytuacji przedłużania terminu składania ofert w związku z koniecznością udzielenia odpowiedzi na zapytania wpływające na krótko przed jego upływem nowelizacja wprowadziła zasadę, że zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień w odpowiedzi na zadane pytania, o ile wniosek w sprawie wyjaśnień SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Jeżeli wniosek wpłynął **w tym terminie** zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) w przypadku zamówień o wartości równej lub większej niż kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (progi europejskie)³² – na **6 dni przed upływem terminu składania ofert**,
- 2) w przypadku zamówień o wartości równej i większej niż kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (progi europejskie) – na **4 dni** przed upływem terminu składania ofert, jeżeli zamówienie jest udzielane w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, o ile zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) w przypadku zamówień podprogowych – na **2 dni** przed upływem terminu składania ofert.

Wprowadzenie **maksymalnego terminu**, w jakim zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień, ma na celu zapewnienie wykonawcom odpowiedniego czasu na uwzględnienie wyjaśnień przy formułowaniu treści oferty. Obowiązek udzielenia przez zamawiającego wyjaśnień we wskazanych wyżej terminach dotyczy wyłącznie sytuacji, kiedy wniosek wpłynął do niego nie później niż w terminie określonym w art. 38 ust. 1, czyli **nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert**. W przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku po upływie powyższego terminu zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania. Na podobnych zasadach są rozpatrywane wnioski złożone przez wykonawcę dotyczące wyjaśnienia udzielonych już przez zamawiającego odpowiedzi (zamawiający może pozostawić taki wniosek bez rozpoznania). Warto zwrócić uwagę, że nowelizacja nie odbiera wykonawcom prawa do składania wniosków po upływie wskazanego w ustawie terminu – muszą się jednak liczyć z tym, że na zadane w późniejszym terminie pytania mogą nie uzyskać odpowiedzi.

Zmiany wprowadzone do ustawy w zakresie art. 38 są w pełni zgodne z art. 39 ust. 2 oraz art. 40 ust. 4 dyrektywy klasycznej (2004/18/WE). Dyrektywa ta określa jedynie termin, w jakim zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień (przeniesiony do ustawy do art. 38 ust. 1) nie określając terminu, w jakim pytania mogą być zadawane; stanowi ona jedynie, że zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień o ile wniosek wpłynęł w „odpowiednim czasie” (art. 39 ust. 2 dyrektywy bądź z „odpowiednim wyprzedzeniem” (art. 40 ust. 4 dyrektywy).

³² Od 1 stycznia 2010 r. zgodnie z projektem rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich progi te będą wynosić: w przypadku zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych oraz jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 125 000 euro – dla dostaw lub usług,
- b) 4 845 000 euro – dla robót budowlanych;

2) udzielanych przez zamawiających innych niż określone w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 193 000 euro – dla dostaw lub usług,
- b) 4 845 000 euro – dla robót budowlanych;

3) sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 387 000 euro – dla dostaw lub usług,
- b) 4 845 000 euro – dla robót budowlanych.

W celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych ustawa z 2 grudnia 2009 r. doprecyzowała art. 38 ust. 6, poprzez dopisanie zdania drugiego, że przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio. Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 38 ust. 6, jeżeli w wyniku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłużając termin składania ofert, będzie odpowiednio stosował ust. 4a. Oznacza to, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający jest obowiązany zamieścić **ogłoszenie o zmianie ogłoszenia** odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać je Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jest to spowodowane tym, że przedłużenie terminu składania ofert jest **zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia**.

Zmiany w zakresie publikacji ogłoszeń oraz dodatkowej informacji o prowadzonym postępowaniu

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu

Nowelizacje zarówno z 5 listopada, jak i 2 grudnia wprowadziły wiele zmian w zakresie publikacji ogłoszeń. I tak, mała nowelizacja uchyliła art. 40 ust. 4. Przepis ten nakładał na zamawiającego obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, jeżeli wartość przedmiotu zamówienia na roboty budowlane była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 milionów euro, a na dostawy lub usługi 10 milionów euro. Obowiązek ten wiązał się z dodatkowymi kosztami zamieszczenia płatnego ogłoszenia w prasie przy braku rzeczywistego przełożenia na zwiększenie liczby wykonawców dowiadujących się w ten sposób o zamówieniu, gdyż podstawowe, a często wyłączne źródło informacji o tego rodzaju zamówieniach stanowi dla nich Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Równocześnie mała nowelizacja nadała nowe brzmienie art. 40 ust. 5, stanowiąc, że zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu **również** w inny sposób niż określony w ust. 1–3, w szczególności w sposób wskazany w art. 40 ust. 5. Oznacza to, że oprócz obowiązkowego zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej, w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie oraz – w zależności od wartości zamówienia – w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający jest uprawniony do zamieszczenia ogłoszenia według swojego wyboru w inny sposób, w szczególności **w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Przepis ten ma zastosowanie do przetargu nieograniczonego (art. 40 ust. 5), ale także do przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 1), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust. 1).**

Dodatkowe poinformowanie wykonawców o wszczęciu postępowania

Nowym przepisem, wprowadzonym nowelizacją z 2 grudnia jest ust. 5a w art. 40. Celem tego przepisu jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówień publicznych poprzez otwarcie ich na małych przedsiębiorców (wykonawców), którzy nie pozyskują informacji o zamówieniach z ogłoszeń publikowanych zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych (czyli na stronie internetowej zamawiającego, w BZP czy też Dzienniku Urzędowym UE). I tak, zgodnie z art. 40 ust. 5a, zamawiający może poinformować o wszczęciu postępowania znanych sobie wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez siebie działalności dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający może w ten sposób bezpośrednio poinformować wykonawców po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Dodatkowa informacja powinna być zgodna z ust. 6 pkt 2, co oznacza, że:

- może mieć miejsce po zamieszczeniu ogłoszenia w BZP lub przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
- nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w BZP lub przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
- powinna zawierać informację o dniu zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Umożliwienie zamawiającemu dodatkowego poinformowania wykonawców o prowadzonym postępowaniu nie narusza zasady równego traktowania, o której mowa w art. 7 ust. 1, ponieważ nie zwalnia zamawiającego z obowiązku upublicznienia ogłoszenia (w sposób wskazany w art. 40 ust. 1 oraz, w zależności od wartości zamówienia, art. 40 ust. 2 lub 3), a ponadto zamawiający, korzystając z tej informacji informuje wszystkich znanych sobie wykonawców prowadzących działalność w zakresie przedmiotu zamówienia.

Minimalne terminy składania ofert

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadziła zmiany w zakresie minimalnych terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym (art. 43) oraz przetargu ograniczonym (art. 52). Terminy te uległy zasadniczo skróceniu, jednakże zgodnie z wymaganiami dyrektywy klasycznej (2004/18). Przypomnijmy, że jeśli chodzi o zamówienia objęte zakresem tej dyrektywy, czyli o wartości co najmniej równej progom jej obowiązywania, dyrektywa klasyczna przewiduje w art. 38 ust. 4–6 minimalne terminy składania ofert w procedurze otwartej, które wynoszą 36 lub 29 dni w zależności od sposobu przekazania ogłoszenia o zamówieniu. W wyjątkowych sytuacjach ww. terminy mogą być skrócone, lecz w żadnym wypadku nie mogą być krótsze niż 22 dni. Nowelizacja z 7 grudnia 2009 r. wprowadziła następujące wymagania w zakresie terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym.

Zamówienia podprogowe:

Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, ale nie krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych; w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego oznacza to **skrócenie minimalnego terminu z 20 do 14 dni** dla robót budowlanych.

Zamówienia „europejskie”:

Termin składanie ofert powinien wynieść:

- 1) co najmniej 40 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) co najmniej 47 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w sposób inny niż określony w pkt 1.

Wyżej wymienione terminy odowiadają terminom przewidzianym przez dotychczas obowiązujące przepisy.

Nowością są jednak zmiany w zakresie dopuszczalnego skrócenia terminu w związku z publikacją wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o ile spełnione są określone w ustawie warunki. Dotychczasowe przepisy pozwalały na skrócenie tego terminu do 29 lub 36 dni, podczas gdy nowe przepisy pozwalają na dalsze skrócenie w tym zakresie.

I tak, w przypadku zamówień o wartościach „europejskich”, w sytuacji kiedy zamawiający opublikował wstępne ogłoszenie informacyjne, minimalny termin składania ofert powinien wynosić:

- 1) 22 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie lub
- 2) 29 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w sposób inny niż określony w pkt 1.

Dla możliwości skorzystania z dobrodziejstwa tego przepisu konieczne jest wszakże kumulatywne spełnienie trzech niżej wymienionych warunków:

- a) informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym,
- b) wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te były dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia oraz
- c) wstępne ogłoszenie informacyjne zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Co się tyczy **przetargu ograniczonego** odpowiednie zmiany zostały również wprowadzone w art. 52. I tak, po nowelizacji, termin składania ofert w postępowaniach o wartościach mniejszych niż progowe powinien być wyznaczony przez zamawiającego z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych. W stosunku do dotychczasowego stanu prawnego nie zaszły tu żadne zmiany. Podobnie zasadniczy termin składania ofert dla zamówień „europejskich” wynosi tak jak dotychczas **40 dni**, licząc od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. Zmiany zaszły natomiast w zakresie możliwego skrócenia terminu składania ofert w przypadku opublikowania przed ogłoszeniem o zamówieniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego. I tak, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż **22 dni**. W stosunku do dotychczasowego stanu prawnego oznacza to redukcję aż o 14 dni (było dotychczas minimum 36 dni). Warunki, jakie muszą być spełnione aby zamawiający mógł skorzystać z tej możliwości są takie same jak w przypadku przetargu nieograniczonego, czyli

- a) informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym,
- b) wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te były dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia oraz

- c) wstępne ogłoszenie informacyjne zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Nowelizacje nie wprowadziły zmian w zakresie minimalnych terminów, w przypadku kiedy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (art. 52 ust. 4 i 5, czyli jest to w dalszym ciągu odpowiednio 10 lub 5 dni).

Zmiany w zakresie zwrotu wadium

Ustawa z 5 listopada 2009 r. oraz ustawa z 2 grudnia 2009 r. wprowadziły zmiany do zasad zwracania przez zamawiającego wadium. Zmiany te były uzasadnione tym, że nie jest zasadne, a ponadto stanowi znaczące obciążenie finansowe przetrzymywanie do chwili zawarcia umowy wadium wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze. W związku z tym w art. 46 ust. 1 (w brzmieniu wynikającym z ustawy z 5 listopada) wprowadzony został obowiązek zwrotu przez zamawiającego, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jeżeli chodzi o wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający jest obowiązany zwrócić mu wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano (art. 46 ust. 1a). W przypadku zaś wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert zamawiający zwraca mu niezwłocznie wadium na jego wniosek (art. 46 ust. 2). Może się zdarzyć, że w wyniku rozstrzygnięcia odwołania zostanie wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy, któremu zwrócono wadium (gdyż oferta ta nie została pierwotnie oceniona jako najkorzystniejsza). Wówczas zamawiający powinien zażądać od tego wykonawcy ponownego wniesienia wadium, w terminie określonym przez zamawiającego (art. 46 ust. 3 w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia).

Uregulowanie zawarte w art. 46 wynikające z ostatnich dwóch nowelizacji ma charakter kompletny i obejmuje wszystkie przypadki przewidziane w dotychczasowym stanie prawnym w przepisach art. 46 ust. 1–3, czyli dotychczasowe przypadki zwrotu wadium **z urzędu**, przewidziane w art. 46 ust. 1 pkt 1–2 (upływ terminu związania ofertą lub zawarcie umowy) oraz zwrotu wadium **na wniosek** na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 2–3 (z uwagi na wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty). Nowa regulacja umożliwi wykonawcom odzyskanie środków pieniężnych albo zwrot dokumentów gwarancji lub poręczenia do ich wystawców, a tym samym wpływa pozytywnie na sytuację finansową oraz możliwość ubiegania się o inne zamówienia. Z powyższą zmianą związana jest zmiana w art. 85 ust. 4, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Postępowanie z wnioskiem o dopuszczenie do udziału złożonym po terminie

W związku z likwidacją instytucji protestu nowelizacja z 2 grudnia dokonuje zmian w zakresie art. 50 ust. 2 dotyczącym wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, złożonych po upływie terminu na składanie wniosków. W przypadku zamówień podprogowych zamawiający niezwłocznie zwraca wniosek złożony po terminie (art. 50 ust. 2 zd. 1). W przetargu ograniczonym dotyczącym zamówienia „europejskiego” zamawiający jest obowiązany **niezwłocznie zawiadomić wykonawcę o złożeniu wniosku po terminie oraz zwrócić wniosek po upływie terminu na wniesienie odwołania**. Przepis ten ma zastosowanie również do innych postępowań obejmujących fazę składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (negocjacje z ogłoszeniem – art. 56 ust. 2 oraz dialog konkurencyjny – art. 60c ust. 2).

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r., wdrażając postanowienia dyrektywy odwoławczej zmieniła art. 92 ustawy dotyczący zawiadamiania przez zamawiającego o podjętych przez niego czynnościach (wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy z postępowania). Zmiana ta polega na dodaniu w ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty **o terminie, po upływie którego umowa w sprawie zamówienia może być zawarta**. Termin zawarcia umowy wynika z art. 94 ustawy w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2 grudnia.

Nowy typ ogłoszenia – ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy

Nowelizacja z 2 grudnia, wdrażając postanowienia dyrektywy odwoławczej (art. 3a) wprowadza możliwość (prawo, a nie obowiązek) publikacji przez zamawiających nowego typu ogłoszenia, tzw. **ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante**. Możliwość ta dotyczy dwóch niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia, tj. negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Są to tryby, które nie są wszczynane publikacją ogłoszenia o zamówieniu, wyłącznie w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Co więcej, wybór przez zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia może być przedmiotem odwołania wniesionego przez wykonawcę, zarówno w przypadku zamówień podprogowych, jak i „europejskich” (art. 180 ust. 1 oraz ust. 2).

Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami publikacja nowego typu ogłoszenia jest możliwa:

- w przypadku zamówienia z wolnej ręki – po wszczęciu postępowania (art. 66 ust. 2),
- w przypadku negocjacji bez ogłoszenia – niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 62 ust. 2a).

Rozwiązanie to jest zgodne z przepisami dyrektywy odwoławczej. W związku z tym, że w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawca, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia, jest znany już na etapie wszczęcia tego postępowania, dopuszczalne jest w świetle art. 3a lit. d) dyrektywy odwoławczej, aby zamawiający mógł już po wszczęciu postępowania zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Inaczej jest w przypadku negocjacji bez ogłoszenia. Ponieważ dyrektywa odwoławcza wymaga, aby ogłoszenie to zawierało „nazwę i dane kontaktowe wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia”, a dane te są znane dopiero po dokonaniu wyboru ofert najkorzystniejszej, w przypadku negocjacji z ogłoszeniem publikacja takiego ogłoszenia jest możliwa dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

I tak, art. 62 ust. 2a w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia stanowi:

„2a. Zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia;

- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano”.

Z kolei w przypadku zamówienia z wolnej ręki publikacja takiego ogłoszenia jest możliwa po wszczęciu postępowania. I tak, art. 66 ust. 2 ustawy w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia stanowi, że zamawiający po wszczęciu postępowania może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi europejskie właściwym miejscem publikacji jest, tak jak w przypadku innych ogłoszeń, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Wzór stosownego ogłoszenia określa *rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG* (Dz. U. L 313 z 28.11.2009, s.3). Załącznik III do wspomnianego rozporządzenia określa właśnie wzór ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Ma ono zastosowanie zarówno do zamawiających „klasycznych” (objętych dyrektywą 2004/18), jak i sektorowych (dyrektywa 2004/17). W przypadku zamówień nieprzekraczających wartości progowych wzór ogłoszenia do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych określa projekt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów **w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych** (wzór ogłoszenia stanowi załącznik nr 3 do rozporządzenia).

Podkreślić należy, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione uznaniu zamawiającego.

Nowe rozwiązanie ma umożliwić wykonawcom pozyskanie wiedzy w przedmiocie udzielania przez zamawiających zamówień w trybach **niepoprzedzonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu**, w celu umożliwienia im ewentualnego zakwestionowania ich wyboru w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki do ich zastosowania. Z drugiej strony, zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante chroni zamawiającego przed zawarciem umowy, która ewentualnie będzie mogła zostać unieważniona (patrz szerzej omówienie zmian do art. 146 ustawy) oraz skraca czas, w jakim potencjalni wykonawcy są uprawnieni do kwestionowania dokonanego przez zamawiającego wyboru trybu (art. 180 ust. 3 w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia). Gdyby zamawiający nie opublikował takiego ogłoszenia, termin do wniesienia odwołania dla wykonawców biegłby od dnia zamieszczenia w BZP albo dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **ogłoszenia o udzieleniu zamówienia** i wynosił odpowiednio 15 albo 30 dni (pod warunkiem, że zamawiający zamieścił lub opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia wraz z uzasadnieniem). W przypadku braku publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub niepełnej publikacji (tj. niezawierającej uzasadnienia wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki) termin do wniesienia odwołania biegnie od dnia zawarcia umowy i wynosi, w zależności od tego, czy jest to

zamówienie „europejskie” czy też podprogowe, 6 miesięcy lub 1 miesiąc. O unieważnieniu umowy oraz terminach wnoszenia odwołań w świetle znowelizowanych przepisów jest mowa w odrębnych rozdziałach niniejszej publikacji. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę, że możliwość uchronienia się przez zamawiającego, który opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed ewentualnym unieważnieniem takiej umowy (art. 146 ust. 2) jest konsekwencją wdrożenia postanowień dyrektywy odwoławczej (art. 2d ust. 4). Zgodnie ze wspomnianym przepisem dyrektywy przepisy dotyczące uznawania umowy za bezskuteczną nie mają zastosowania, gdy spełnione zostaną łącznie następujące warunki:

- 1) zamawiający uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE jest dopuszczalne w świetle dyrektywy 2004/18 lub 2004/17,
- 2) zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy z określonym wykonawcą oraz
- 3) umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni, licząc od dnia następującego po publikacji tego ogłoszenia.

Innymi słowy, zawarta umowa nie powinna być uznana za bezskuteczną, jeżeli zamawiający działa w dobrej wierze, uznając, że nie ma obowiązku opublikowania ogłoszenia o wszczęciu postępowania, publikuje ogłoszenie, w którym informuje o tym, że zamierza udzielić zamówienia określonemu wykonawcy oraz stosuje się do wymogów związanych z klauzulą standstill (o czym szerzej w dalszej części tego rozdziału). To ostatnie ma na celu umożliwienie innym wykonawcom, którzy byliby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego wniesienie odwołania od decyzji zamawiającego o wyborze takiego, a nie innego, konkurencyjnego trybu udzielania zamówień.

Unieważnienie postępowania

Nowelizacja z 7 grudnia wprowadziła trzy zmiany w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania. Są one przede wszystkim konsekwencją zmian w zakresie konstrukcji nieważności umowy, spowodowanej wdrażaniem postanowień dyrektywy odwoławczej i zastąpienia bezwzględnej nieważności umowy **nieważnością względną** (patrz omówienie art. 146 w rozdziale poświęconym nieważności umów). W związku z tym, że zgodnie ze znowelizowanym art. 146 ustawy umowy w sprawie zamówień publicznych, zawarte z istotnym naruszeniem prawa, nie są nieważne, tak jak dotychczas, z mocy prawa, ale podlegają unieważnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą lub sąd okręgowy (inaczej wyrok KIO lub sądu ma w tym zakresie charakter konstytutywny nie zaś deklaratoryjny), konieczna była zmiana w art. 93 ust. 1 pkt 7. I tak, zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Inna zmiana w zakresie unieważnienia postępowania została wprowadzona w zakresie pkt 7 – w sytuacji, kiedy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo nowelizacja z 2 grudnia wprowadziła jeszcze jedną, fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania.

I tak, zgodnie z art. 93 ust. 1a zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane. Dla możliwości skorzystania z tej przesłanki niezbędne jest jednak, aby możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- 1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
- 2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
- 3) zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Korzystając z tej możliwości, zamawiający, który nie ma jeszcze ostatecznej decyzji w sprawie przyznania środków, może wszcząć postępowanie o zamówienie publiczne, informując jednak potencjalnych wykonawców o tym, że istnieje możliwość unieważnienia postępowania, w sytuacji gdyby środki nie zostały ostatecznie przyznane. Nowa fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdzie zastosowanie w odniesieniu do zamówień współfinansowanych ze środków pochodzących z Unii Europejskiej. Często bowiem zamawiający wszczynają postępowania o udzielenie zamówienia, które mają być finansowane ze środków unijnych, jeszcze przed uzyskaniem ostatecznych decyzji w sprawie dofinansowania, co jest podyktowane koniecznością dotrzymania sztywnych terminów realizacji projektów. Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana, zamawiający może nie być w stanie udzielić zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań. Dlatego niezbędne było wyraźne wskazanie możliwości unieważnienia postępowania w takich sytuacjach. Jednocześnie, celem zapewnienia pełnej przejrzystości, wprowadzony został obowiązek uprzedniego informowania wykonawców o możliwości takiego unieważnienia.

Termin „standstill”

Zgodnie z dyrektywą odwoławczą państwa członkowskie UE mają obowiązek zapewnienia **minimalnego odstępu czasu** pomiędzy poinformowaniem przez zamawiającego wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy (jest to tzw. zawieszenie typu standstill, ang. *standstill period*). Celem tego wymogu jest umożliwienie wykonawcom, którzy nie zgadzają się z podjętą przez zamawiającego decyzją, skorzystania z przysługujących im środków odwoławczych. Dyrektywa odwoławcza określa **minimalne wymagania dotyczące długości okresu pomiędzy notyfikacją decyzji o wyborze oferty a zawarciem umowy**. I tak, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać, zgodnie z dyrektywą, zawarta przed upływem **10 dni** od dnia następującego pod dniem, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana do zainteresowanych oferentów lub kandydatów, jeżeli decyzja była wysłana faksem lub drogą elektroniczną lub **15 dni**, jeżeli została wysłana w inny sposób. Państwa członkowskie mogą także stanowić, że zawarcie umowy nie będzie mogło nastąpić przed upływem **10 dni** od dnia, w którym zainteresowani oferenci lub kandydaci otrzymali decyzję zamawiającego. Na potrzeby tego przepisu oferenci są uznawani za zainteresowanych, jeżeli nie zostali ostatecznie wykluczeni z udziału w postępowaniu. Wykluczenie jest ostateczne, jeżeli zostało notyfikowane

zainteresowanym oferentom i zostało uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie podlega już możliwości zaskarżenia (gdyż upłynął termin do wniesienia odwołania). Kandydatów uważa się zaś za zainteresowanych, jeżeli zamawiający nie udostępnił im informacji o odrzuceniu ich wniosków o udział w postępowaniu przed poinformowaniem zainteresowanych oferentów o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia.

W celu wdrożenia instytucji standstill, tj. minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. nadaje nowe brzmienie art. 94 ustawy. I tak, stosownie do znowelizowanego przepisu art. 94 ust. 1 zamawiający może zawrzeć umowę w terminie:

- **10 dni** od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane za pomocą środków, o których mowa w art. 27 ust. 2 (a więc faksem lub drogą elektroniczną) albo
- **15 dni** od przesłania tego zawiadomienia w inny sposób (np. za pośrednictwem operatora świadczącego usługi pocztowe).

Wyżej wymienione terminy dotyczą postępowań w sprawie zamówień publicznych o wartościach „europejskich”, czyli takich, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Dla zamówień podprogowych termin zawieszenia wynosi:

- 5 dni, licząc od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane za pomocą środków, o których mowa w art. 27 ust. 2 (a więc faksem lub drogą elektroniczną) albo
- 10 dni, licząc od przesłania tego zawiadomienia w inny sposób.

Wyjątki od standstill

W pewnych przypadkach, np. w sytuacji, kiedy jest tylko jeden wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, brak jest więc innych podmiotów, który ewentualnie mogłyby kwestionować wybór zamawiającego, utrzymywanie zawieszenia możliwości zawarcia umowy jest niecelowe. Dyrektywa odwoławcza przewiduje więc w art. 2b wiele sytuacji, kiedy dopuszczalne jest wcześniejsze zawarcie umowy. Są to wyjątki od tzw. klauzuli *standstill*. Zostały one transponowane do ustawy w postaci znowelizowanej ustawą z 2 grudnia art. 94 ust. 2.

I tak, zamawiający może zawrzeć umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 (terminu *standstill*), jeżeli:

- 1) w postępowaniu w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono jedną ofertę, a w trybach, w których w pierwszym etapie wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również wtedy, gdy złożono jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy, gdy upłynął termin na wniesienie odwołania albo odwołanie takie zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO);

- 2) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej;
- 3) w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych” w trybie przetargu nieograniczonego albo zapytania o cenę nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty, a w trybach, w których składane są wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie odrzucono żadnej oferty i nie wykluczono żadnego wykonawcy albo jeżeli wykluczono wykonawcę i upłynął termin na wniesienie odwołania lub zostało ono rozstrzygnięte przez KIO;
- 4) w postępowaniach prowadzonych w trybie licytacji elektronicznej, z wyjątkiem sytuacji, gdy wykluczony został wykonawca i nie upłynął jeszcze termin na wniesienie odwołania albo nie zostało ono rozpatrzone przez KIO.

Wyjątki od obowiązku zachowania przez zamawiającego terminu, który musi upłynąć, aby można było zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, przewidziane w pkt 1 i 2 odpowiadają przesłankom wskazanym w dyrektywie. Sytuacja, o której mowa w pkt 1 to sytuacja, w której jest tylko jeden zainteresowany wykonawca, ponieważ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę, zaś w postępowaniu, w którym pierwszym etapem jest składanie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (przetarg ograniczony, dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem), również wtedy, kiedy złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy, gdy upłynął termin na wniesienie odwołania albo odwołanie takie zostało rozpoznane przez KIO. Przesłanka z pkt 2 dotyczy sytuacji, kiedy nie jest, zgodnie z ustawą, konieczna publikacja ogłoszenia o zamówieniu, czyli w sytuacji, kiedy zamawiający zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz udziela zamówień w ramach systemu zamówień dynamicznych lub umowy ramowej. Co do sytuacji z pkt 3 i 4 – dotyczą one zamówień podprogowych, a więc zamówień, w stosunku do których zachodzi ograniczone uprawnienie do wnoszenia odwołań. Biorąc to pod uwagę, niecelowe byłoby utrzymywanie zakazu zawarcia umowy również w takich sytuacjach. Obowiązek zachowania okresu standstill nie zachodzi ponadto w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż w tym trybie nie jest zamawiającemu składana oferta oraz nie jest dokonywany wybór oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie ma terminu, od którego należałoby liczyć standstill.

Badanie i ocena ofert

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadza zmiany w zakresie przepisu dotyczącego badania i oceny ofert w sytuacji, kiedy wykonawca, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą:

- uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub
- nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należnego zabezpieczenia umowy, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia umowy, o których mowa w art. 93 ust. 1 (art. 94 ust. 3).

W takiej sytuacji zamawiający może dokonać wyboru kolejnej oferty spośród pozostałych bez konieczności nie tylko ich ponownej oceny, ale również i badania. W dotychczasowym stanie prawnym poprzednio obowiązujący art. 94 ust. 2 zezwalał zamawiającemu tylko na zaniechanie ponownej oceny ofert, ale nie badania. Zmiana ta była podyktowana tym, że badanie oferty pod względem formalnoprawnym poprzedza jej ocenę i jest dokonywane zawsze przy wyborze oferty najkorzystniejszej, stąd też niecelowe jest powtarzanie tych czynności w sytuacji dokonywania wyboru oferty po raz drugi.

Niedopuszczalność subiektywnej oceny ofert

INFORMATOR NR 4/2009

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zaś obowiązkowo zamieścić – w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp – opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert.

Wymaganie przez ustawę Pzp, aby kryteria oceny ofert były opisane i wskazany został sposób oceny ofert należy interpretować w ten sposób, iż zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać, do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów okręgowych i zespołów arbitrów.

W świetle poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r. (sygn. akt V Ca 264/04), kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Analogiczne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 27 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1373/04). W uzasadnieniu wskazano, iż nie ulega wątpliwości, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby do minimum ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje członków komisji przetargowej. Zespół Arbitrów wskazał, iż w SIWZ ustalono, że wybór oferty będzie dokonany w oparciu o kryterium ceny oraz kryterium „proponowane rozwiązania technologiczne”, przy czym przy ocenie tego ostatniego kryterium członkowie komisji dokonywali oceny indywidualnej, przyznając punkty za: a) rozwiązania technologiczne (od 0 do 8 pkt), b) proponowane wyposażenie oczyszczalni (od 0 do 7 pkt), c) przewidywane wyniki oczyszczania ścieków (0 do 10 pkt). Sam sposób punktowania powyższych kryteriów wzbudził wątpliwości Zespołu Arbitrów, bowiem SIWZ nie zawierał żadnych zasad, które określałyby dlaczego dany oferent uzyskał taką, a nie inną liczbę punktów. Zupełnie nie wiadomo, czym miał się kierować członek komisji, przyznając określoną liczbę punktów danej ofercie. Poza tym zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że ocena w omawianym zakresie „nie została dokonana uznaniowo, lecz dokonano jej, porównując koszty odnoszące się w podstawowym wymiarze do energochłonności i kosztów eksploatacji”. Jednakże również taka ocena dokonana przez zamawiającego nie miała odzwierciedlenia w SIWZ. Z pisma zamawiającego i wyjaśnień

przez niego złożonych wynikało, że brał on pod uwagę koszty. Wyjaśnienia te zdaniem Zespołu Arbitrów uzasadniają stwierdzenie, że zamawiający rzeczywiście w sposób niezgodny z SIWZ i umożliwiający dowolność oceny przyznawał liczbę punktów w ramach omawianego kryterium, co naruszało zasadę równego traktowania podmiotów.

Podobnie orzekł Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 5.06.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1593/06). Zespół Arbitrów ustalił, iż zapisy w SIWZ mówiły tylko o zapoznaniu się z opiniami użytkowników, a nie o ocenie punktowej użytkowników, która ma istotny wpływ na końcową punktację. Z treści SIWZ nie wynikał też sposób uwzględniania przez członków komisji przetargowej owej punktacji zaproponowanej przez użytkowników. Niespornym również było, że w SIWZ brak było zapisów, z których wynikałoby, jakie cechy produktów będą brane pod uwagę. W późniejszej ocenie ofert zamawiający wziął natomiast pod uwagę takie cechy, jak sposób tkania, miękkość gazy i stopień jej pylenia. Zdaniem Zespołu Arbitrów powyższe ustalenia wskazują, iż zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów, które nie były zawarte w SIWZ. Zespół Arbitrów doszedł do wniosku, iż zapis w SIWZ, że ocena jakości będzie subiektywną oceną członków komisji przetargowej, prowadził do sytuacji, w której ocena oferty była zupełnie dowolna i to aż w 30%.

W końcu należy również przywołać wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1855/06). Skład orzekający wskazał w tym orzeczeniu, iż Zamawiający zaniechał szczegółowego opisu sposobu oceny ofert w zakresie omawianego kryterium, w wyniku czego wykonawcom nie było wiadomym, czym będzie kierował się zamawiający, przyznając punkty w zakresie poszczególnych elementów składających się na kryterium jakości. Z uwagi na dopuszczenie przez zamawiającego swobodnej oceny w zakresie tego kryterium nastąpiła ocena w oparciu o subiektywne kryteria. Zespół Arbitrów zauważył, że sposób oceny ofert powinien być opisany równie precyzyjnie, jak same kryteria, szczególnie kiedy określone kryterium podzielono na mniejsze elementy, a liczba punktów w danym kryterium zależy od liczby punktów przyznanych za poszczególne elementy, stanowiąc ich sumę.

W świetle powyżej zaprezentowanej interpretacji oraz potwierdzającego ją orzecznictwa zastosowanie subiektywnego kryterium oceny ofert, na podstawie którego każdy z członków komisji dokonuje oceny indywidualnej, biorąc pod uwagę załączone aprobaty techniczne, atesty, certyfikaty oraz parametry materiałów przewidzianych do zastosowania w odniesieniu do parametrów przyjętych w SIWZ, stanowi rażące naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa, wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji, wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

II. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT.

Wydaje się, iż punktem odniesienia nie może być sama wartość zamówienia, a więc wartość bez podatku VAT (art. 32 ust. 1), bowiem zgodnie z art. 2 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, cena podawana przez wykonawców w swojej ofercie musi uwzględniać stawkę podatku VAT.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (o czym jeszcze poniżej). Ponadto wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy.

Nieco odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo lub zamówienia dzielonego na części. Wiąże się to z odmiennym sposobem ustalania wartości szacunkowej przy tych zamówieniach. Przy ustalaniu wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo zamawiający bierze pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych, jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1), a w przypadku zamówienia dzielonego na części – łączną wartość zamówienia dzielonego na części (art. 32 pkt 4). W wypadku kiedy zamawiający zamierza zorganizować kilka odrębnych postępowań na

określone usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie będzie ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia dla tych zamówień, tzn. łączna wartość tych zamówień, lecz wartość odzwierciedlająca zakres zamówienia będącego przedmiotem odrębnego postępowania. Powyższe analogicznie należy odnieść również do zamówień publicznych udzielanych w częściach, gdzie wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, mimo iż każda część stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

W przypadku sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od innych cen, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością, zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

Wydaje się, iż w przypadku nienależytego oszacowania wartości zamówienia zamawiający na nowo powinien dokonać jej ustalenia. Zauważyć jednak należy, iż modyfikacja ceny, a co się z tym wiąże modyfikacja wartości zamówienia służy wyłącznie do ustalenia rażąco niskiej ceny. Wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego co do zasady nie ulegnie zmianie. Zgodnie bowiem z art. 35 ustawy ustalenie wartości zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania. W sytuacji błędnego oszacowania wartości zamówienia skutkującego tym, iż zamówienie prowadzone jest poniżej progów określonych w ustawie, zamawiający winien natomiast rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania.

III. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Ponadto zgodnie z przyjętą linią orzecniczą przy ocenie tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia, nie zaś poszczególnych składników ceny. „Stwierdzenie, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji. Skład orzekający Izby ustalił, iż zaoferowana przez (...) S.A. cena ofertowa, nie odbiegała znacząco ani od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, ani od cen zaoferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu”. (Wyrok z 28 lutego 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08) Podobnie Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 260/08) „W odniesieniu do zarzutu, iż oferta złożona przez (...) powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że jej złożenie, z powodu zaniżonej stawki roboczogodziny za wykonanie prac interwencyjnych, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skład orzekający Izby nie podziela powyższego stanowiska. Ponieważ stawka roboczogodziny za prace interwencyjne stanowi tylko jeden z elementów

wyceny oferty, do tego, że względu na trudność określenia ilości i zakresu tych prac, niepewny jest jej udział w kosztach całościowych wykonania zamówienia, trudno uznać, iż przesądza ona o tym, że wykonawca oferuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo że jego działanie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami". Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2007 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1453/07) „Rażąco niska cena na niewielki zakres czynności technologicznych wykonawcy nie może być brana pod uwagę jako przesłanka do odrzucenia oferty, jeżeli zachodzi jednocześnie inna przesłanka – cena oferty nie odbiega rażąco od cen rynkowych i od ogólnej kwoty, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i jaką przedstawił przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Ponadto, w przypadku powzięcia wątpliwości co do ceny, Zamawiający ma obowiązek wystosować żądanie do Wykonawcy, aby wyjaśnił elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp”.

Stosownie do postanowień art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki, jak: 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. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

IV. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy). Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego 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 (art. 90 ust. 4 ustawy Pzp).

I. Ocena zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać dokonana z uwzględnieniem całej treści złożonej oferty. Jeżeli w wyniku dokonanej analizy oraz z kontekstu wszystkich postanowień zawartych w ofercie będzie wynikało, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta taka będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie należy zauważyć, iż wymóg zapewnienia zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, iż w ofercie muszą znaleźć się dokładnie takie same słowa, jakie znajdują się w specyfikacji. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

II. Wypełniony przez wykonawcę wzór umowy stanowi integralną część oferty. W związku z powyższym, w przypadku stwierdzenia niezgodności treści dołączonego do oferty wzoru umowy z treścią wzoru umowy stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta taka będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

O niezgodności pomiędzy wzorem umowy stanowiącym załącznik do treści oferty a specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie przesądza posłużenie się odmiennymi sformułowaniami. W każdym przypadku należy bowiem badać całościowo treść złożonej oferty.

III. Załączenie dokumentów, które nie były wymagane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest co do zasady bezprzedmiotowe. Nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie w pełni zasługuje na aprobatę stanowisko Zespołu Arbitrów zaprezentowane w wyroku z dnia 18 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-877/04), zgodnie z którym: uchybienie w treści specyfikacji musiałoby być merytoryczne i istotne, aby mogło być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Nieistotne uchybienia czy uchybienia formalne nie spełniają przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W szczególności przyczyną odrzucenia oferty nie może być okoliczność załączenia przez wykonawcę dodatkowych dokumentów – niewymaganych przez zamawiającego – potwierdzających spełnienie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Warto również wskazać na treść przepisu art. 36 ust. 1 pkt 9 Pzp, który daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów, ale nie zawiera, jak i cały przepis art. 36 ust. 1 Pzp, zakazu dostarczenia dodatkowych dokumentów przez wykonawcę.

W przypadku, w którym z treści dodatkowej dokumentacji wynika jednak, iż informacje tam zawarte mogą mieć znaczenie dla prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, należy wziąć je pod uwagę. W związku z tym zamawiający powinien wyjaśnić konsekwencje wynikające z informacji, które są zawarte w dodatkowych dokumentach.

Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

INFORMATOR NR 1/2010

I. Nieważność jako środek prawny służący zapewnieniu bezskuteczności umowy zawartej z naruszeniem procedur udzielania zamówień publicznych

Zasadniczym celem ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – zwanej dalej „dużą nowelizacją” – jest implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą”. Jednym z warunków efektywności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywie odwoławczej jest zapewnienie bezskuteczności umowy w sprawie zamówienia publicznego (zwanej dalej „umową”) zawartej przed upływem terminu zawieszenia (standstill) lub zawartej z naruszeniem prawa. W tym celu duża nowelizacja wprowadziła regulację prawną odnoszącą się do bezskuteczności umowy (unieważnialności umowy), a także tzw. kary alternatywne, stosowane w przypadku odstąpienia od orzekania o bezskuteczności zawartej umowy.

Bezskuteczność umowy zawartej przed upływem terminu zawieszenia lub zawartej z naruszeniem prawa może być realizowana poprzez zastosowanie odpowiednich instytucji prawnych. Takimi instytucjami prawnymi są wypracowane na gruncie prawa cywilnego sankcje wadliwych czynności prawnych³³. Bezskuteczność umowy może być osiągnięta w szczególności poprzez zastosowanie do niej sankcji nieważności czynności prawnej (umowy). Sankcja nieważności czynności prawnej może przybrać postać bądź nieważności bezwzględnej, bądź nieważności względnej. W pierwszym przypadku dana czynność prawna z mocy samej ustawy nie wywołuje żadnych skutków prawnych od momentu jej dokonania³⁴. Natomiast w drugim przypadku konieczne jest pozasądowe oświadczenie uprawnionego podmiotu albo konstytutywne (prawo kształtujące) orzeczenie sądu orzekające o unieważnieniu takiej czynności. Innymi słowy w przypadku wadliwości czynności prawnej obciążonej sankcją nieważności względnej czynność prawna jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej wyrażone do momentu jej unieważnienia przez sąd³⁵.

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 146 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą PZP” – w razie zaistnienia jednego

³³ Sankcja wadliwej czynności prawnej stanowi sankcję przewidzianą na wypadek, gdy czynność prawna z tych czy innych względów jest obciążona wadami powodującymi, iż czynność bądź w całości, bądź częściowo nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych. Bliżej co do sankcji wadliwych czynności prawnych zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 327 i n. W nauce prawa cywilnego wyróżnia się następujące sankcje wadliwych czynności prawnych: (1) nieważność bezwzględna, (2) nieważność względna, (3) bezskuteczność zawieszona oraz (4) bezskuteczność względna. (zob. op.cit. s. 328). Nieważność względna występuje w dwóch postaciach: (a) nieważności czynności prawnej na skutek prawo kształtującego oświadczenia uprawnionego podmiotu oraz (b) nieważności umowy na skutek konstytutywnego orzeczenia sądu. Na tym tle niektórzy autorzy wyróżniają dwa odrębne typy sankcji wadliwych czynności prawnych w postaci wzruszalności i unieważnialności czynności prawnej (por. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 73 i n.).

³⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. akt: I PK 3/08, LEX nr 500210.

³⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2002 r., sygn. akt: IV CKN 827/00, LEX nr 54482.

z przypadków określonych w tym przepisie umowa była nieważna. Przepis ten przesądzał zatem, iż w przypadkach w nim wymienionych mieliśmy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej umowy, tj. nieważności z mocy samego prawa. Wyrok sądu powszechnego stwierdzającego nieważność takiej umowy (art. 189 k.p.c.) miał walor deklaratoryjny, tj. jedynie potwierdzający, że umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

Podobnie kwestię tę regulował przepis art. 140 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym umowa była bezwzględnie nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również zmiana umowy dokonana z naruszeniem przesłanek dopuszczających jej zmianę (art. 144 ust. 1 ustawy PZP) była dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej (art. 144 ust. 2 ustawy PZP).

Duża nowelizacja wprowadziła w tym zakresie istotną zmianę stanu prawnego. Zrezygnowano bowiem – w każdym z tych przypadków – z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej, ustalonej w drodze konstytutywnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (unieważnialność)³⁶. Doniosłość powyższej zmiany wyraża się w tym, iż odmiennie niż w dotychczasowym stanie prawnym, umowa obciążona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP), jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Przy czym podkreślenia wymaga, iż w celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa.

Odejście od konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej prowadzi z jednej strony – na co wskazuje się w uzasadnieniu projektu dużej nowelizacji – do zwiększenia pewności obrotu prawnego, a z drugiej strony stwarza możliwość zastosowania instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy i umożliwienia dalszego wykonywania zamówienia w okolicznościach przewidzianych w ustawie (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2–3 ustawy PZP). Przyjęcie tego ostatniego mechanizmu – zgodnego z postanowieniami dyrektywy odwoławczej – nie byłoby możliwe przy zachowaniu konstrukcji bezwzględnej nieważności umowy, która ze swej istoty oznacza zawsze bezskuteczność umowy od samego początku. Wyrok sądu stwierdzającego nieważność umowy ma w takich przypadkach jedynie charakter deklaratoryjny, potwierdzający, iż umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

Dodatkowo wprowadzenie instytucji unieważnialności umowy stwarza podstawy prawne do stosowania przez uprawnione organy (Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy) obok lub zamiast sankcji nieważności umowy, alternatywnych środków prawnych w postaci kar finansowych oraz skrócenia okresu obowiązywania umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) ustawy PZP).

Istotne z punktu widzenia zastosowania w praktyce instytucji unieważnialności umowy, w świetle znowelizowanych przepisów ustawy PZP jest wprowadzenie możliwości unieważnienia umowy zarówno ze skutkiem od momentu jej zawarcia, jak i ze skutkiem od chwili orzeczenia o unieważnieniu. Zgodnie bowiem z postanowieniem art. 146 ust. 3 ustawy PZP unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia (z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy PZP). Należy mieć przy tym na uwadze, że umowy nie stanowią jednolitej kategorii normatywnej, lecz obejmują różnorodne stosunki prawne o charakterze obligacyjnym przybierające postać nie tylko umów typowych (nazwanych) określonych w przepisach Kodeksu cywilnego, ale także – i to w zasadniczej części – postać umów mieszanych albo

³⁶ Zob. art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2, art. 144a, art. 146, art. 190, art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP w aktualnym brzmieniu.

nienazwanych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, iż umowy obejmują świadczenia (usługi, dostawy lub roboty budowlane) o różnym charakterze (świadczenia jednorazowe, świadczenia okresowe lub ciągłe, czy wreszcie świadczenia wynikające z umów starannego działania czy też umów rezultatu). Ta różnorodność świadczeń występujących w ramach umów powinna skutkować zindywidualizowaniem oceny skutków prawnych wadliwości tych umów w zależności od charakteru i natury świadczeń stanowiących ich przedmiot. Wyrazem powyższego założenia jest znowelizowany art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza może w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową. W takim przypadku skutek nieważności umowy odnosić się będzie jedynie do przyszłych i niewykonanych jeszcze świadczeń, podczas gdy umowa w zakresie świadczeń już wykonanych będzie w pełni skuteczna.

W omawianym zakresie szczególną regulację zawiera art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP przewidujący możliwość odstąpienia od unieważniania umowy. W myśl tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza może nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. W takim przypadku Krajowa Izba Odwoławcza pomimo ziszczenia się przesłanek nieważności umowy (art. 146 ust. 1 ustawy PZP) może odstąpić od unieważnienia umowy, stosując kary alternatywne. Powoduje to, że umowa jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej wyrażone.

II. Warunki unieważnienia umowy

Przesłanki nieważności umowy określa art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP. Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy PZP umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Wskazane powyżej przesłanki nieważności umowy są co do zasady odzwierciedleniem postanowień dyrektywy odwoławczej (zob. art. 2d dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą odwoławczą). Należy przy tym zwrócić uwagę, iż katalog przyczyn nieważności umowy określonych w tym przepisie uległ istotnej zmianie w stosunku do dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 ustawy PZP.

W zasadzie jedynie art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w aktualnym brzmieniu stanowią powtórzenie – odpowiednio – art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy PZP w ich dotychczasowym brzmieniu. Pozostałe przesłanki nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4–6 ustawy PZP) można by wywodzić jedynie pośrednio z innych przesłanek nieważności określonych dotychczas w art. 146 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy PZP.

Ogólna charakterystyka zmian wprowadzonych w art. 146 ust. 1 ustawy PZP prowadzi do wniosku, iż intencją tych zmian, w ślad za postanowieniami dyrektywy odwoławczej, było doprecyzowanie przyczyn (przesłanek) nieważności umowy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż brak jest powtórzenia w tym przepisie dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP obejmującego wybór oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Ustawa PZP w zmienionym brzmieniu zawęży zatem katalog przyczyn nieważności umowy jedynie do ściśle określonych przypadków naruszenia przepisów ustawy PZP. Brak jest także powtórzenia dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP (naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania). Odpowiednikiem tego przepisu jest natomiast znowelizowany art. 146 ust. 6 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić 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. Przywołany przepis stanowi modyfikację unormowania zawartego w dotychczasowym art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, iż dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy PZP, nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przy czym należy w tym miejscu podkreślić, iż podmiotem wyłącznie uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy z przyczyn wskazanych w tym przepisie jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, co wynika z wyraźnego brzmienia tego przepisu. Nie jest zatem dopuszczalne powoływanie się na nieważność umowy z przyczyn wskazanych w art. 146 ust. 6 ustawy PZP przez inne podmioty niż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż samo naruszenie przepisów ustawy PZP w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP – nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy.

Spośród przesłanek nieważności umowy szczególnego omówienia wymaga przesłanka opisana w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. W myśl tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza może unieważnić umowę w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Istota powyższej przesłanki nieważności umowy wiąże się immanentnie z zakazem zwarcia umowy w okresach zawieszenia wskazanych w art. 94 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 ustawy PZP (standstill), przewidzianych na uruchomienie przez uprawnione podmioty procedur odwoławczych od decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia publicznego. Wprowadzenie powyższego okresu zawieszenia jest warunkiem koniecznym zapewnienia efektywności środków ochrony prawnej przysługujących uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającym wprost ze wspólnotowych reguł koordynacji (zob. art. 2a dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą odwoławczą).

Zarówno dyrektywa odwoławcza, jak i przepisy ustawy PZP wymagają dla zaistnienia przesłanki nieważności umowy, oprócz naruszenia zakazu zawarcia umowy w okresie zawieszenia (standstill), także stwierdzenia naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które powinny skutkować uwzględnieniem odwołania na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP. Dotyczy to jednak tylko takich naruszeń ustawy PZP, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (arg. z art. 192 ust. 2 ustawy PZP). Tak więc samo naruszenie zakazu zawarcia umowy (standstill) nie daje wystarczającej podstawy do stwierdzenia nieważności umowy, konieczne jest jednoczesne wystąpienie naruszeń ustawy PZP, których stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego powinno skutkować uwzględnieniem odwołania i nakazaniem zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazaniem unieważnienia czynności zamawiającego (art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP). Zawarcie umowy wbrew zakazowi wynikającemu z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP uniemożliwia bowiem uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności w postępowaniu lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego. Tak więc w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia ustawy PZP, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a umowa została zawarta z naruszeniem zakazów wynikających z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP, zachodzić będzie podstawa do unieważnienia umowy na zasadzie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

W odniesieniu do pozostałych przesłanek nieważności umowy należy zwrócić uwagę na unormowanie zawarte w art. 146 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- w przypadku zastosowania z naruszeniem przepisów ustawy PZP trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- w przypadkach, gdy 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 systemu albo, gdy udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy PZP i nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP – zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy PZP.

Przywołany art. 146 ust. 2 ustawy PZP dotyczy nowej instytucji prawnej na gruncie ustawy PZP, a mianowicie odstąpienia od unieważnienia umowy. Zastosowanie tej konstrukcji prawnej stało się możliwe dzięki odejściu od koncepcji nieważności bezwzględnej umowy. Podstawowe znaczenie przy zastosowaniu instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy ma zachowanie przez zamawiającego terminów wstrzymania się z zawarciem umowy (terminy określone w art. 146 ust. 2 pkt 1 i art. 94 ust. 1 ustawy PZP). Zawarcie umowy przed tymi terminami stwarza zatem dla zamawiającego ryzyko, iż w przypadku stwierdzenia w toku postępowania odwoławczego naruszeń prawa, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 4-5 ustawy PZP, umowa zostanie unieważniona. Tak więc wstrzymanie się przez zamawiającego z zawarciem umowy do czasu upływu ww. terminów daje zamawiającemu gwarancję, że umowa – nawet w przypadku stwierdzenia naruszeń ustawy PZP (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4 i 5) – nie zostanie unieważniona, z tym zastrzeżeniem, że warunkiem odstąpienia od

unieważnienia umowy jest pozostawanie przez zamawiającego w usprawiedliwionym przekonaniu (błąd usprawiedliwiony), iż jego działanie jest zgodne z prawem (np. błąd co do oceny ziszczenia się przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki). Ocena, czy zamawiający pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że jego działanie było zgodne z prawem, będzie dokonywana w warunkach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

Odstąpienie od unieważnienia umowy przewidują także przepisy art. 192 ust. 3 pkt 2 i 3 ustawy PZP. W myśl tych przepisów Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie w sytuacji, gdy umowa została już zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy PZP, może:

- ❑ w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu – unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową albo
- ❑ nałożyć karę finansową lub orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

W pierwszym z wymienionych przypadków mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której unieważnienie umowy dotyczy wyłącznie zobowiązań niewykonanych, a więc unieważnienie umowy jest skuteczne na przyszłość od chwili wydania orzeczenia o unieważnieniu umowy. Przyjęcie powyższej konstrukcji prawnej pozwala na zachowanie ważności umowy w zakresie świadczeń już wykonanych, w szczególności w przypadku, gdy z uwagi na charakter spełnionych świadczeń nie jest możliwy ich zwrot. W tym zakresie umowa jest ważna i w pełni skuteczna. Jedynie w odniesieniu do świadczeń niespełnionych przed unieważnieniem umowy odpada ważna podstawa prawna świadczenia. W takim przypadku umowa nie będzie wywoływać skutków prawnych dopiero od chwili jej unieważnienia. Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy), odstępując w tym przypadku od unieważnienia umowy ze skutkiem od chwili jej zawarcia będzie nakładać obligatoryjnie na zamawiającego karę finansową (arg. z art.192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy PZP).

W drugim z wymienionych przypadków mamy do czynienia z sytuacją, w której możliwe jest w ogóle odstąpienie od unieważnienia umowy. W takim przypadku umowa jest ważna i w pełni skuteczna. Warunkiem odstąpienia od unieważnienia umowy jest jednak wykazanie, iż utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. Wytyczne co do kwalifikacji istnienia ważnego interesu publicznego uzasadniającego odstąpienie od unieważnienia umowy zawiera art. 192 ust. 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu ważnego interesu publicznego nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, należy stwierdzić, iż odstąpienie od unieważnienia umowy będzie dopuszczalne jedynie w wyjątkowych przypadkach. Oceniając istnienie przesłanek do odstąpienia od unieważnienia umowy, Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) powinna uwzględnić wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy (arg. z art. 192 ust. 4 ustawy PZP). Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy), odstępując w tym przypadku od unieważnienia umowy, nakłada jednocześnie na zamawiającego karę finansową albo orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Poza przypadkami określonymi w przepisach art. 146 ust. 1 i 6 ustawa PZP przewiduje możliwość unieważnienia umowy także w przypadku, gdy umowa wykracza poza przedmiot zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 ustawy PZP). Ponadto unieważnieniu podlega zmiana umowy dokonana z naruszeniem warunków dopuszczalności zmiany umowy (art. 144 ust. 1 i 2 ustawy PZP). W tym zakresie znowelizowana ustawa PZP powieli dotychczasowe rozwiązania z tą modyfikacją, iż zamiast nieważności bezwzględnej mamy do czynienia w takich przypadkach z sankcją nieważność względną (unieważnialność umowy).

III. Tryb unieważnienia umowy

Podstawowym trybem, w ramach którego może nastąpić unieważnienie umowy jest tryb środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP (odwołania i skarga). Uprawnienie do unieważnienia umowy w tym trybie przysługuje Krajowej Izbie Odwoławczej (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP) oraz sądowi okręgowemu rozpoznającemu skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 3 ustawy PZP). Należy przy tym zauważyć, iż wzruszenie umowy przez uczestnika postępowania (wykonawcę) z przyczyn dotyczących wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz innych naruszeń ustawy PZP, z zaistnieniem których ustawa łączy możliwość unieważnienia umowy, dopuszczalne jest jedynie w ramach środków ochrony prawnej (arg. z art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 3 ustawy PZP). Tak więc uczestnikom postępowania (wykonawcom) nie przysługuje prawo do wytoczenia odrębnego powództwa o unieważnienie umowy. Uprawnienie takie musi bowiem wynikać ze szczególnego przepisu prawa, a ustawa PZP takiego unormowania nie zawiera.

Ochrona interesu prawnego wykonawcy może być zatem realizowana wyłącznie poprzez środki ochrony prawnej, w ramach których zamawiający może podnosić zarzuty dotyczące ważności umowy, jeżeli umowa taka została zawarta. Należy mieć bowiem na uwadze, iż w zasadzie wszczęcie postępowania odwoławczego tamuje możliwość zawarcia umowy (arg. z art. 183 ust. 1 ustawy PZP). Stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego naruszeń ustawy PZP, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutkuje uwzględnieniem odwołania na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy PZP. W takim przypadku, jeżeli umowa nie została zawarta, Krajowa Izba Odwoławcza lub sąd okręgowy (art. 198f ust. 2 zd. 3 ustawy PZP), uwzględniając odwołanie na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP nakazuje wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego. Tak więc do czasu zawarcia umowy istnieje możliwość sanacji wadliwego postępowania, a w konsekwencji przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Dopiero zawarcie umowy daje podstawę do stwierdzenia jej nieważności (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż możliwość unieważnienia umowy w ramach środków ochrony prawnej dotyczy wyłącznie przypadków wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy PZP (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP). Zatem zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie mogą unieważnić umowy z innych przyczyn niż wymienione w tym przepisie. W szczególności podkreślenia wymaga, iż kognicja Krajowej Izby Odwoławczej (sądów okręgowych) nie obejmuje orzekania o nieważności umowy z przyczyn określonych w art. 146 ust. 6 ustawy PZP (dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). W tym zakresie podmiotem wyłącznie legitymowanym do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W przypadku stwierdzenia w toku rozpoznawania środków ochrony prawnej, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 146 ust. 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie miała możliwość unieważnienia tej umowy (arg. z art. 192 ust. 2 ustawy PZP). W takim przypadku nie będzie zachodziła sytuacja, o której mowa w art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP. Przy czym należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż przyczyny nieważności umowy wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie brać pod uwagę z urzędu. Tak więc w każdym przypadku stwierdzenia, iż zachodzi jedna z przesłanek nieważności umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie zobowiązana do unieważnienia umowy na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) ustawy PZP (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 oraz art. 192 ust. 4 i 5 ustawy PZP). Jednie w wyjątkowych przypadkach możliwe będzie odstąpienie od unieważnienia umowy z przyczyn wskazanych w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 146 ust. 2 ustawy PZP, o czym była mowa powyżej.

W tym zakresie dodatkowego omówienia wymaga przypadek, gdy w toku rozpoznania środków ochrony prawnej stwierdzone zostanie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a umowa zostanie zawarta po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a więc po okresie zawieszenia (standstill) albo po uchyleniu zakazu zawarcia umowy (art. 183 ust. 2 ustawy PZP) i przed rozpoznaniem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. W takim przypadku zawarcie umowy nie prowadzi do naruszenia art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP, a tym samym nie następuje ziszczenie się przesłanki nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. Taką sytuację normuje przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, tj. gdy stwierdzono naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (po upływie okresów zawieszenia standstill) stwierdza się jedynie naruszenie przepisów ustawy PZP.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż naruszenie przepisów ustawy PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania – inne niż naruszenia kwalifikowane wymienione w art. 146 ust. 1 pkt 1, 2, 4–6 ustawy PZP – może stanowić podstawę do unieważnienia umowy w ramach rozpoznania środków ochrony prawnej – wyłącznie w przypadku, gdy wraz z tym naruszeniem zamawiający naruszył zakazy zawarcia umowy określone w przepisach art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy PZP.

Unieważnienie umowy poza trybem środków ochrony prawnej może nastąpić na drodze wytoczenia odrębnego powództwa przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy PZP). Legitymacja procesowa Prezesa Urzędu Zamówień do wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umowy znajduje wprost umocowanie w przepisach prawa, tj. art. 144a ust. 1 i art. 146 ust. 6 w zw. z art. 154 pkt 11 ustawy PZP³⁷. Przy czym podkreślenia wymaga, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wytoczyć powództwo o unieważnienie umowy nie tylko w przypadku naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 6, ale także w przypadkach wymienionych w art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 i art. 146 ust. 1 ustawy PZP. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma zatem najszerszy zakres uprawnień do wzruszania wadliwych umów w sprawach zamówień publicznych.

Odnosnie do uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wytaczania powództw o unieważnienie umowy nowością jest regulacja przepisu art. 144a ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym uprawnienie Prezesa

³⁷ Tak, na gruncie dotychczasowych przepisów ustawy PZP, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r. sygn. akt: II CSK 104/09 (niepubl.).

Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie części umowy (art. 140 ust. 3), zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 oraz umowy w przypadkach, o których mowa w art. 146 ust. 1 wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub zmiany umowy. Analogicznego ograniczenia nie ma w przypadku, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy PZP.

Nowością w ustawie PZP jest unormowanie art. 146 ust. 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu art. 146 ust. 1 ustawy PZP nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z powołanym art. 70⁵ k.c. organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta lub dający zlecenie. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Powyższy przepis stanowi materialnoprawną podstawę dla zamawiającego do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w przypadku, gdy wykonawca lub osoba działająca z nim w porozumieniu wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Uprawnienie do wytoczenia powództwa na podstawie art. 70⁵ k.c. w zw. z art. 146 ust. 5 ustawy PZP nie przysługuje natomiast innym uczestnikom postępowania (wykonawcom). Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia zarówno redakcja przepisu art. 146 ust. 5 ustawy PZP, który wprost odnosi się jedynie do zamawiającego (wnioskowanie z przeciwieństwa), jak też wykładnia systemowa przepisów ustawy PZP (art. 179 i n.). Wskazać bowiem należy, iż uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługują – na zasadzie wyłączności – środki ochrony prawnej określone w ustawie PZP. I jedynie w drodze tych środków prawnych wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw. Uprawnienie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia umowy jest zatem ograniczone wyłącznie do przypadków podjęcia przez nich obrony swoich praw w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP. Na zakończenie należy wskazać, iż poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności)³⁸ z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie PZP (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP) mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy (np. braki w zakresie reprezentacji strony umowy czy też niezachowanie formy pisemnej umowy). Ocena, czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 k.c. (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP). Przy czym podkreślenia wymaga, iż nie będzie to dotyczyło przypadków naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie PZP, albowiem w tym zakresie do oceny skutków prawnych tych naruszeń, w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP, które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. Jak już było o tym mowa, w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

³⁸ Wyjątek stanowi art. 139 ust. 2 ustawy PZP, przewidujący wymóg formy pisemnej umowy pod rygorem nieważności (nieważność bezwzględna).

Tak więc, w ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. strony umowy, jak też inne podmioty posiadające interes prawny, będą uprawnione do występowania z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie i na zasadach określonych w art. 189 k.p.c. Powództwo takie będzie przybierać postać powództwa o ustalenia (stwierdzenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego), a orzeczenie sądu będzie miało charakter wyłącznie deklaratoryjny.

W powyższym zakresie konieczne jest odwołanie się do uregulowania zawartego w art. 146 ust. 4 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem z przyczyn, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. Tak więc przyczyny nieważności umowy określone w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia nieważności umowy w drodze deklaratoryjnego wyroku sądu.

Z powyższego wynika zatem, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP wskazanych w art. 146 ust. 1, jak też naruszenie przepisów ustawy PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6), nie będzie stanowić przyczyny bezwzględnej nieważności umowy. W każdym z tych przypadków konieczne będzie wydanie konstytutywnego orzeczenia uprawnionego organu (odpowiednio – Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu, w przypadku zastosowania środków ochrony prawnej albo sądu, w przypadku powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych).

Niedopuszczalność podmiotowej zmiany wykonawcy zamówienia publicznego w odniesieniu do spółki cywilnej

INFORMATOR NR 6/2010

I. Na wstępie należy zauważyć, że spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, lecz jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników (por. wyrok SN z dnia 28 października 2003 r. w sprawie I CK 201/02). Spółka cywilna nie jest osobą prawną i nie posiada zdolności prawnej. W świetle ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) to wspólników spółki cywilnej uznaje się za przedsiębiorców. To wspólnicy spółki cywilnej są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności, a nie spółka. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 maja 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05).

Oznacza to również, że spółka cywilna nie może być stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa taka może zostać zawarta wyłącznie ze wspólnikami spółki cywilnej, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną. Umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą przez wspólnika upoważnionego do reprezentowania spółki należy potraktować zatem jako umowę zawartą przez wszystkich wspólników spółki, o ile przedmiot tej umowy mieści się w zakresie upoważnienia zawartego w samej umowie spółki cywilnej lub w odrębnym pełnomocnictwie udzielonym przez wszystkich wspólników spółki cywilnej.

II. Na podstawie umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej z upoważnionym do reprezentacji wspólnikiem spółki cywilnej powstaje zatem stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wszystkimi wspólnikami spółki cywilnej. Mając powyższe na uwadze, wydaje się, że nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez wskazanie, że jej stroną jest firma, pod jaką prowadzi działalność dotychczasowy wspólnik spółki cywilnej, gdyż w istocie prowadziłoby to do podmiotowej zmiany stron umowy. Należy bowiem pamiętać, że w przypadku wystąpienia ze spółki cywilnej wspólnika spółki dwuosobowej – spółka ta ulega rozwiązaniu, a prowadzenie działalności gospodarczej przez jednego ze wspólników pod inną firmą wymaga zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Brzmienie ww. artykułu wskazuje, iż udzielanie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie wykonawcy wybranemu w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze uregulowanej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku spółki cywilnej o zamówienie publiczne ubiegają się razem wspólnicy spółki, a co za tym idzie – do wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma zastosowanie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, który odnosi do wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy o wykonawcy. A zatem wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest ściśle określona co do składu grupa wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie zaś jej poszczególni członkowie. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się wyłącznie do etapu zawierania umowy, ale także następującego po tym zdarzeniu wykonania umowy oraz ewentualnych jej zmian, zwłaszcza w zakresie podmiotu zobowiązanego do jej wykonania. Podmiotowe przekształcenie umowy, dokonywane w celu zmiany

podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia publicznego, będzie stanowić naruszenie zasad udzielania zamówień. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zmiana wykonawcy po udzieleniu zamówienia, poprzez przejście długu przez jednego ze współników spółki cywilnej, prowadzi do obejścia art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy zweryfikowanemu i wybranemu w wyniku przeprowadzenia postępowania uregulowanego przepisami tej ustawy.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CK 97/03) stwierdził, iż niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejście zamówienia publicznego. W ww. orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, iż przedmiotem i celem umowy zawartej pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego a osobą trzecią było przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne, zawartej w wyniku wygranego przez wykonawcę przetargu na udzielenie zamówienia publicznego, tzw. sukcesja szczególna (następstwo prawne pod tytułem szczególnym). Tego rodzaju umowa jest nieważna, ponieważ prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 12a ustawy o zamówieniach publicznych (obecnego art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych) w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zamówienie publiczne może być bowiem udzielone, a następnie wykonane wyłącznie przez wykonawcę wybranego na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu oferentowi, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej.

III. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że sam tylko fakt, iż jeden ze współników spółki cywilnej zaprzestał działalności gospodarczej i został wykreślony z ewidencji działalności gospodarczej pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia jego zobowiązań wynikających z postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, której jest stroną. Pomimo zaprzestania działalności wspólnik ten pozostaje nadal zobowiązany do świadczeń przewidzianych w umowie w sprawie zamówienia publicznego (solidarnie z pozostałymi współnikami spółki cywilnej), zaś zamawiający ma możliwość skutecznego dochodzenia wykonania tych zobowiązań. Jeżeli współnikami spółki cywilnej są małżonkowie, stosownie do przepisu art. 864 k.c. ponoszą oni solidarnie odpowiedzialność za długi. W konsekwencji zaspokojenie wierzytelności może nastąpić w stosunku do takich osób zarówno z majątku spółki cywilnej, jak i osobistego majątku małżonków – współników oraz ich majątku wspólnego, przy czym fakt rozwiązania (likwidacji) spółki cywilnej pozostaje bez wpływu na zaciągnięte zobowiązania. Podstawą do kontynuacji świadczenia z umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej ze spółką cywilną, która w trakcie realizacji przedmiotu umowy uległa rozwiązaniu, będzie wystąpienie przez zamawiającego na podstawie przepisów k.c. o wykonanie zobowiązania skierowane do jednego lub większej liczby byłych współników spółki, która zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z powyższego wynika, iż udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówień dodatkowych jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, tzn. bez uprzedniego zrealizowania zamówienia dodatkowego nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie (zakończenie) zamówienia podstawowego. Zamówienie dodatkowe może być więc zrealizowane tylko w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego. Chodzi tu przede wszystkim o zależność organizacyjną, która powoduje, że późniejsze wykonanie zamówienia dodatkowego byłoby niemożliwe lub niecelowe³⁹. Nie będziemy więc mieli do czynienia z zamówieniem dodatkowym, jeżeli zamówienie podstawowe zostanie wcześniej zrealizowane.

Udzielenie zatem „dodatkowego” zamówienia po upływie terminu wykonania/zakończenia zamówienia podstawowego wskazuje, iż przedmiotowe zamówienie nie stanowi zamówienia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Tym samym w takich okolicznościach brak jest przesłanki uzasadniającej udzielenie zamówienia dodatkowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówienie udzielane po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego jest nowym zamówieniem, w odniesieniu do którego zamawiający powinien dokonać wyboru trybu udzielenia zamówienia z uwzględnieniem m.in. przepisu art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jednocześnie należy podkreślić, iż konieczność wykonania zamówień dodatkowych jest podyktowana okolicznościami, których nie można było przewidzieć, a więc takimi okolicznościami, których zamawiający nawet przy dołożeniu należytej staranności nie mógł przewidzieć na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Artykuł 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może znaleźć zastosowania wówczas, gdy potrzeba udzielenia zamówień dodatkowych jest wynikiem

³⁹ G. Wicik, P. Wiśniewski. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck. Warszawa 2007, s. 385.

zaniedbań czy też braku staranności zamawiającego popełnionych na etapie zamówienia podstawowego. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić na skutek złe przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Z uwagi na to, iż zamówienia dodatkowego nie można wcześniej, tzn. przed udzieleniem zamówienia podstawowego przewidzieć, należy stwierdzić, iż ze swej natury zamówienia dodatkowe nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym nie mogą to być świadczenia, do których wykonania na rzecz zamawiającego wykonawca zobowiązał się w ramach zamówienia podstawowego. Nie ma natomiast żadnych przeszkód, aby przedmiot zamówienia dodatkowego stanowiły nieprzewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego usługi lub roboty budowlane tego samego bądź innego rodzaju niż zamówienie podstawowe.

Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji Prawa zamówień publicznych

INFORMATOR NR 2/2010

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadza zasadnicze zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wynikające przede wszystkim z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Nowelizacja zmierza także do skrócenia okresu zawieszenia, w jakim uprawnione podmioty mogą korzystać ze środków ochrony prawnej, przy jednoczesnym zachowaniu pełni ich praw, co w sposób bezpośredni przekłada się na przyspieszenie procedury udzielenia zamówienia.

1. ZNIESIENIE PROTESTU, PRZEKAZANIE INFORMACJI O CZYNNOŚCI BEZPRAWNIE PODJĘTEJ ALBO ZANIECHANEJ

Pierwszą istotną zmianą w zakresie środków ochrony prawnej jest zniesienie instytucji protestu. Nowelizacja ustawy w tym zakresie jest uzasadniona z jednej strony małą efektywnością protestu jako środka ochrony prawnej niezapewniającego skutecznego eliminowania naruszeń przepisów ustawy Pzp jako rozpoznawanego przez zamawiającego, a zatem przez uczestnika sporu, a z drugiej strony ze względu na fakt, iż wniesienie i rozpoznanie protestu powoduje wydłużenie okresu, w którym zamawiający nie może podpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem bezstronną ocenę zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy może zapewnić jedynie środek odwoławczy wnoszony przez wykonawcę bezpośrednio do niezależnego zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy organu. Organem takim jest w polskich warunkach, jako organ odwoławczy pierwszej instancji, Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub „Izba”). Warto nadmienić, że stosownie do przepisów ww. dyrektywy odwoławczej protest wnoszony do zamawiającego jest jedynie fakultatywnym, dodatkowym środkiem ochrony prawnej uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie zatem ze znowelizowanymi przepisami wykonawca realizujący swoje prawo do kwestionowania czynności lub zaniechań zamawiającego nie wnosi do zamawiającego protestu, lecz od razu kieruje odwołanie do Prezesa KIO.

Jedynie w sprawach, w których na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie przysługuje odwołanie ustawodawca pozostawił wykonawcom prawo złożenia quasi-protestu. Uprawnienie to ustanawia art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca lub uczestnik konkursu może poinformować zamawiającego o podjętej przez niego niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub o zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Taką informację wykonawca lub uczestnik konkursu może złożyć do zamawiającego w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania dla czynności lub zaniechania, którego informacja dotyczy. W przypadku gdy zamawiający uzna zasadność przekazanej informacji, ustawa obliuguje go

do powtórzenia czynności albo dokonania czynności zaniechanej oraz poinformowania o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

Na czynności dokonane przez zamawiającego w wyniku uznania zasadności informacji wykonawcy o czynności bezprawnie podjętej albo zaniechanej nie przysługuje odwołanie (art. 181 ust. 3 ustawy Pzp). Wyjątek stanowią czynności wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zatem w sytuacji, gdy powtórzenie czynności albo dokonanie czynności zaniechanej stanowi jedną z takich czynności, wykonawca lub uczestnik konkursu ma możliwość wniesienia odwołania. Sytuacja ta zajdzie w szczególności w przypadku, gdy zamawiający na skutek uznania zasadności informacji odrzuci ofertę albo wykluczy wykonawcę.

Należy nadmienić także, że konsekwencją zniesienia instytucji protestu jest, iż wszystkie skutki prawne, jakie ustawa łączyła do tej pory z jego wniesieniem obecnie łączone będą z wniesieniem odwołania, np. zawieszenie terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp), zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp).

2. LEGITYMACJA DO WNOŠENIA ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ, PRZYSTĄPIENIE, OPOZYCJA

Jednym z najistotniejszych problemów dotyczących legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej jest rozumienie pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia”.

Dotychczas, środki ochrony prawnej przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich „interes prawny” w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Interes prawny w orzecznictwie oraz doktrynie ujmowany jest jako kategoria materialnoprawna. Oznacza to, iż aby można było mówić o interesie prawnym, musi być on oparty na prawie lub chroniony przez prawo. O istnieniu interesu prawnego decydują zatem przepisy prawa materialnego, z których wywodzić można prawo lub obowiązek. Co ważne, interesem prawnym wykazywać się może jedynie ten, którego sytuacja prawna wynika wprost z normy prawa materialnego w chwili jej stosowania. Nie może zatem być to interes hipotetyczny, przewidywany w przyszłości.

W orzecznictwie KIO i sądów okręgowych, ukształtowanym w oparciu o dotychczasowe brzmienie art. 179 ustawy Pzp, wskazuje się, że interes prawny polega na istnieniu niepewności stanu prawnego lub prawa odwołującego o charakterze obiektywnym. Naruszenie interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, **jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.**

Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia

oraz jednocześnie

2) poniósł lub może ponieść szkodę,

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W nowym stanie prawnym ustawodawca nie posłużył się pojęciem „interesu prawnego”. Zmiana dokonana nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. może zatem sugerować, że chodzi także – obok interesu prawnego opartego na prawie materialnym – o bliżej nieskonkretyzowany interes rozumiany jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Należy jednak zwrócić uwagę, iż nadal legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Niezależnie zatem od ww. zmiany odwołujący nadal musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Pomimo zatem nieposłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „interesu prawnego” wnoszący odwołanie nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Tym samym brak konieczności oparcia się na normie prawa materialnego nie oznacza dowolności w ocenie, czy wnoszący środek ochrony prawnej jest do tego legitymowany.

Artykuł 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga także, aby w koniunkcji z interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Ustawa Pzp nie konkretyzuje, czy chodzi wyłącznie o stratę (szkodę majątkową) czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową). Zasadniczo niewątpliwie szkoda będzie rozumiana jako strata, jako że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny.

Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W legitymację czynną ustawa wyposaża także organizacje wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa UZP, z zastrzeżeniem, iż mają one prawo wnoszenia środków ochrony prawnej wyłącznie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu przez KIO lub sąd w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania.

Uczestnikiem postępowania odwoławczego oprócz stron staje się także wykonawca, który przystępując do tego postępowania wykaże, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia zawierać musi wskazanie strony, po której wykonawca przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Wykonawca, który nie wykaże

interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W tym względzie zamawiającemu oraz odwołującemu przysługuje prawo do zgłoszenia opozycji przeciwko przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego. Zamawiający lub odwołujący zgłaszający opozycję wykazują, iż przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, KIO uwzględni opozycję; wówczas wykonawca zgłaszający przystąpienie nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 3). W przeciwnym wypadku Izba oddala opozycję, a zgłoszenie przystąpienia skutkuje uzyskaniem statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Opozycję można zgłosić najpóźniej do czasu otwarcia rozprawy. KIO nie rozpoznaje opozycji zgłoszonej po otwarciu rozprawy, w szczególności uchybienie terminowi do wniesienia opozycji nie wymaga odrzucenia jej przez KIO. Opozycja wniesiona po terminie nie wywołuje żadnych skutków prawnych wobec uczestnika postępowania, którego dotyczy.

W przedmiocie uwzględnienia lub oddalenia opozycji Izba wydaje postanowienie, na które nie służy skarga do sądu.

3. PODSTAWY ODWOŁANIA

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołanie przysługuje również od wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę (por. art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), zarówno w postępowaniach dotyczących udzielenia zamówienia o wartości poniżej, jak i powyżej tzw. „progów unijnych”. Odwołanie nie przysługuje natomiast na działania, jak i zaniechania zamawiającego podejmowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przedmiotem odwołania nie może być np. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego następuje po zakończeniu postępowania i jest skutkiem przeprowadzonego postępowania.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie przysługuje tylko od dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp. Omawiany środek ochrony prawnej nie przysługuje, jeżeli wykonawca czy uczestnik konkursu opiera odwołanie jedynie na naruszeniu przepisów innych niż ustawa Pzp lub akty wykonawcze wydane na jej podstawie. Możliwość powołania zaś innych ustaw dotyczy wyłącznie przesłanek odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Pzp i musi być zawsze połączone z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe wiąże się z kognicją KIO i sądu okręgowego rozpatrującego skargę na orzeczenie KIO, która ograniczona jest do spraw wskazanych w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie określonym przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp podmioty uprawnione mogą wnosić odwołania w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. W takich postępowaniach prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest ograniczone żadnymi dodatkowymi przesłankami. Natomiast w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej doznaje ograniczenia do tych czynności zamawiającego, które godzą w najistotniejsze

interesy wykonawcy. W tych postępowaniach, podobnie jak dotychczas, wykonawcy i inne uprawnione podmioty mogą wnosić odwołanie wyłącznie w czterech kategoriach spraw, tzn. tylko wobec czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty odwołującego.

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. doprecyzowała, iż wobec czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty uprawnionym do wniesienia odwołania jest ten wykonawca, którego czynność dotyczy, a nie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu.

Wobec nowego brzmienia art. 22 ustawy Pzp nie budzi już wątpliwości, iż odwołanie można wnieść w przypadku niezgodnego z ustawą ustalenia przez zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4. WYMOGI FORMALNE ODWOŁANIA

Odwołanie podlega rozpoznaniu, m.in. gdy spełnia wymagania formalne. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp powinno ono:

- wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy,
- zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów,
- określać żądanie,
- wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie.

Po nowelizacji odwołanie wnosi się bezpośrednio do Prezesa KIO, a nie jak dotychczas – do Prezesa UZP. Uchylony został przepis, zgodnie z którym równoznaczne z wniesieniem odwołania jest jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Tym samym dla zachowania terminu wniesienia odwołania konieczne jest jego doręczenie w wymaganym terminie Prezesowi KIO. Odwołanie wnieść można w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołanie w formie elektronicznej wnosi się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej KIO udostępnianej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący, pod rygorem odrzucenia odwołania, ma obowiązek przesłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia. Przesłanie musi nastąpić w taki sposób, by zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem ww. terminu, przy czym domniemywa się, że zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie kopii odwołania nastąpiło przed jego upływem i zostało dokonane faksem lub drogą elektroniczną (art. 180 ust. 5 ustawy Pzp).

5. TERMINY WNIOSZENIA ODWOŁANIA

Ustawa wyróżnia cztery kategorie okoliczności lub podstaw, z którymi związane są odmienne terminy wnoszenia odwołania. I tak:

1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi:

- 1) gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne:
 - a) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp – tzn. drogą elektroniczną lub faksem,
 - b) 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż drogą elektroniczną lub faksem,
- 2) gdy wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”:
 - a) 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem,
 - b) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż mailem lub faksem.

Ustanawiając ww. terminy (liczone od dnia przesłania informacji), ustawodawca odwołuje się do tzw. „teorii wysłania”⁴⁰, według której samo podjęcie decyzji o zakomunikowaniu adresatowi oświadczenia woli oraz wykonanie niezbędnych do realizacji tego skutku czynności jest wystarczające dla uznania, że oświadczenie woli zostało złożone. W tym znaczeniu nadanie przez zamawiającego pisma zawierającego informację o czynności w placówce pocztowej, przekazanie go kurierowi czy też wysłanie przy pomocy faksu albo poczty elektronicznej jest złożeniem oświadczenia woli. Z tą też chwilą ustawa wiąże skutek prawny w postaci rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania.

Zgodnie z ww. terminami wnoszone będą odwołania, np. na:

- a) czynność wykluczenia wykonawcy, jeżeli zamawiający powiadomił o wykluczeniu,
- b) odrzucenie oferty, jeżeli zamawiający poinformował o odrzuceniu,
- c) niezaproszenie wykonawcy do składania ofert w przetargu ograniczonym, jeżeli zamawiający poinformował o niezakwalifikowaniu wykonawcy do II etapu postępowania.

2. W przypadku gdy odwołanie wnoszone jest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowania prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego – także wobec postanowień SIWZ, ogłoszenie wnosi się w terminie:

⁴⁰ „System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna” pod red. Z. Radwańskiego, C.H. Beck 2002, s. 297.

- 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
- 2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”.

3. Po trzecie – wobec innych niż wyżej (w pkt 1 i 2) wymienione czynności odwołanie wnosi się w terminie:

- 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
- 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”.

W tej kategorii podstaw do wniesienia odwołania mieszczą się te podjęte lub zaniechane przez zamawiającego czynności, o których zamawiający nie poinformował wykonawców (uczestników konkursu) lub które nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Nawiązując do przykładów podanych dla pkt 1, można wskazać, że zgodnie z pkt 3 wnoszone będą odwołania na:

- a) czynność wykluczenia wykonawcy, jeżeli zamawiający nie powiadomił o wykluczeniu,
- b) czynność odrzucenia oferty, jeżeli zamawiający nie powiadomił o odrzuceniu,
- c) niezaproszenie wykonawcy do składania ofert w przetargu ograniczonym, jeżeli zamawiający nie informował wykonawcy o niezakwalifikowaniu go do II etapu postępowania,
- d) zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zmieniając treść SIWZ zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert nie informując o tym wykonawców,

4. Oprócz wyżej wskazanych ustanowione zostały także odrębne terminy wnoszenia odwołania w sytuacji, gdy zamawiający udzielił zamówienia publicznego, nie poprzedzając tej czynności ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy albo informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia lub zaproszeniem do składania ofert w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej.

W przypadkach, kiedy zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, ale:

- nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2a ustawy Pzp) lub zamówienia z wolnej ręki (art. 66 ust. 2 ustawy Pzp), lub
- nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, lub
- nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową

i jednocześnie:

- a) dopełnił obowiązku publikacji (zamieszczenia) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę – publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem, wykonawca może wnieść odwołanie nie później niż w terminie:
- 1) 30 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - 2) 15 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- b) nie dopełnił obowiązku publikacji (zamieszczenia) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę – publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem (co obejmuje także sytuację opublikowania ogłoszenia, ale niezawierającego uzasadnienia), wykonawca może wnieść odwołanie nie później niż w terminie:
- 1) 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progę unijną,
 - 2) 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”.

Terminy do wniesienia odwołania są terminami zawitymi. Wniesienie odwołania po terminie powoduje jego odrzucenie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Jeszcze raz należy podkreślić, że w przypadku postępowań o wartości zamówienia poniżej progów unijnych odwołanie można wnieść wyłącznie w zakresie czterech kategorii czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co np. w przypadku odwołania wnoszonego wobec treści ogłoszenia (SIWZ) oznacza możliwość kwestionowania tylko opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

6. WNIOSEK O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY

W kwestii dotyczącej składania i rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przepisy ustawy nowelizującej nie wprowadzają istotnych zmian, z wyjątkiem wyraźnej regulacji dającej zamawiającemu uprawnienie do wnoszenia takiego wniosku pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Wniesienie wniosku drogą elektroniczną nie wymaga opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadza natomiast istotny proceduralnie przepis stanowiący kompetencję dla KIO do umorzenia postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w przypadku gdy postępowanie to stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania, zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, ma miejsce w szczególności w przypadku ogłoszenia przez Izbę orzeczenia dotyczącego odwołania przed rozpoznaniem wniosku oraz w przypadku cofnięcia wniosku przez zamawiającego.

7. CZYNNOŚCI ZWIĄZANE Z WNIESIENIEM ODWOŁANIA

Większość czynności, jakie ma obowiązek podjąć zamawiający w przypadku wniesienia odwołania to czynności, jakich dokonywał na gruncie przepisów sprzed nowelizacji w sytuacji, gdy wpłynął do niego protest wykonawcy.

Tak jak dotychczas, zamawiający – nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium – wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli jednak odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej – to w związku z nowym brzmieniem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiający kieruje wezwanie wyłącznie do tego wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą.

Otrzymałą od odwołującego kopię odwołania zamawiający ma obowiązek przesłać niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 2 dni od otrzymania, innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli odwołanie zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający oprócz obowiązku przesłania kopii wykonawcom ma też obowiązek zamieszczenia jej na stronie internetowej, na której zamieścił ogłoszenie o zamówieniu lub udostępnił SIWZ. Przesyłając lub zamieszczając na stronie internetowej kopię odwołania zamawiający wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu wskazanego w art. 185 ust. 3 ustawy Pzp jest bezskuteczne. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopię zgłoszenia wykonawca przystępujący przekazuje zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Tak jak dotychczas czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Uczestnik nie może zatem dokonywać czynności lub składać oświadczeń zwalczających działania strony, do której przystąpił. Wyjątek stanowi nowa instytucja „sprzeciwu”, który może wnieść wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje w całości zarzuty odwołania.

Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie pisemnie lub ustnie do protokołu. W odpowiedzi może uwzględnić w całości zarzuty postawione w odwołaniu. Nie ma jednak przeszkód, by zamawiający także poza odpowiedzią na odwołanie uznał zarzuty. Może to uczynić aż do zamknięcia rozprawy.

Jeżeli zamawiający uzna zarzuty odwołania w całości, a jednocześnie po jego stronie nie przystąpi żaden wykonawca – KIO może na posiedzeniu niejawnym umorzyć postępowanie, a koszty postępowania odwoławczego znieść wzajemnie. Wzajemnie znoszenie się kosztów, zgodnie z regulacją proponowaną w projekcie rozporządzenia *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*, oznacza, że odwołującemu zwraca się uiszczony wpis od odwołania, a strony, zarówno zamawiający, jak i odwołujący pozostają przy pozostałych poniesionych kosztach postępowania odwoławczego (nie przysługuje im zwrot tych kosztów od strony przeciwnej). W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem

zawartym w odwołaniu. Obowiązek tożsamy działań ustawa nakłada na zamawiającego w przypadku, gdy po jego stronie przystąpi wykonawca, lecz nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

W sytuacji, gdy zamawiający, po stronie którego przystąpił wykonawca, uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawie, KIO – w świetle projektu rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań – wezwie takiego uczestnika postępowania do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie trzech dni. Bezczytność wykonawcy spowoduje umorzenie postępowania odwoławczego przed otwarciem rozprawy, a koszty zniosą się wzajemnie, w taki sposób, jak to zostało opisane powyżej w odniesieniu do umorzenia postępowania w związku z uznaniem odwołania przez zamawiającego, gdy nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego po jego stronie

KIO nie będzie wzywać uczestnika postępowania do złożenia oświadczenia, jeżeli zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po skierowaniu odwołania na rozprawę. Wówczas przystępujący po stronie zamawiającego będzie mógł oświadczyć się w przedmiocie sprzeciwu na rozprawie. Jeżeli wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu – KIO umorzy postępowanie odwoławcze, jeżeli jednak wykonawca oświadczy, że sprzeciw wnosi – odwołanie będzie podlegało rozpoznaniu.

W przypadku umorzenia postępowania w okolicznościach opisanych wyżej sposób rozliczenia kosztów postępowania zależeć będzie od tego, kiedy nastąpi uwzględnienie zarzutów w całości. Zamawiający będzie ponosił koszty postępowania, jeżeli uzna zarzuty w całości dopiero po otwarciu rozprawy, jeżeli uzna je przed otwarciem rozprawy – koszty zniosą się wzajemnie.

Natomiast w sytuacji, gdy przystępujący po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw koszty postępowania obciążać będą stronę przegrywającą, a więc odwołującego w przypadku oddalenia odwołania albo wnoszącego sprzeciw w przypadku uwzględnienia odwołania.

KIO umorzy postępowanie także wówczas, gdy odwołujący cofnie odwołanie. Odwołujący może to uczynić aż do zamknięcia rozprawy, moment cofnięcia odwołania ma jednak zasadnicze znaczenie dla sposobu rozliczenia kosztów. Jeżeli bowiem odwołujący cofnie odwołanie przed otwarciem rozprawy uzyska zwrot 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, gdy jednak zdecyduje się na cofnięcie odwołania po otwarciu rozprawy, wpis nie zostanie mu zwrócony, a dodatkowo może zostać obciążony uzasadnionymi kosztami poniesionymi przez zamawiającego, w tym np. kosztami dojazdu na rozprawę oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocników.

Ustawa nie zna instytucji sprzeciwu wobec cofnięcia odwołania, toteż zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego podziela losy cofniętego odwołania.

8. ROZPOZNANIE ODWOŁANIA

Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych i uiszczono wpis. Braki formalne oraz nieuiszczenie wpisu stanowią przeszkody do rozpoznania odwołania. Nowelizacja wprowadziła zasadniczą zmianę w zakresie terminu do uiszczenia wpisu. Dotychczas odwołujący zobligowany był do uiszczenia wpisu najpóźniej w dniu wniesienia odwołania, a obecnie – najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia

odwołania. Tak jak do tej pory dowód uiszczenia wpisu dołącza się do odwołania, jednak w przypadku braku takiego dowodu przy odwołaniu Prezes KIO (lub skład orzekający) wzywa odwołującego do złożenia dowodu uiszczenia wpisu pod rygorem zwrotu odwołania. Odwołujący ma 3 dni od doręczenia wezwania na uzupełnienie tego braku, jedynie w przypadku, gdy wezwanie do złożenia dowodu uiszczenia wpisu doręczone zostanie odwołującemu wcześniej niż na 3 dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania, odwołujący może uzupełnić dowód do upływu terminu do wniesienia odwołania.

W przypadku niezachowania innych wymogów formalnych przez odwołującego Prezes Izby, tak samo jak w przypadku braku dowodu uiszczenia wpisu, wzywa go pod rygorem zwrotu odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Uzupełnienie nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zwrot odwołania z powodu braków formalnych lub nieuiszczenia wpisu następuje w drodze postanowienia wydawanego przez Prezesa Izby lub skład orzekający (jeżeli braki formalne zostaną stwierdzone przez skład orzekający). Odpis postanowienia przesyłany jest do zamawiającego. Zwrócone odwołanie nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem.

Co do zasady odwołanie rozpoznawane jest w składzie jednoosobowym, a nie tak jak przed nowelizacją – trzyosobowym. Rozpoznanie w składzie trzyosobowym może jednak być zarządzane przez Prezesa KIO, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawziętość lub precedensowy charakter sprawy. Prezes Izby może także zarządzić łączne rozpoznanie wniesionych odwołań, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego. W zakresie przesłanek zarządzenia rozpoznania odwołań przez jeden skład orzekający nowelizacja wprowadza alternatywę łączną, podczas gdy dotychczas obowiązywała koniunkcja. Oznacza to, że dla zarządzenia łącznego rozpoznania odwołań wystarczającym będzie, że zostaną one wniesione w tym samym postępowaniu, a jeżeli będą dotyczyły takich samych czynności danego zamawiającego, to nawet nie muszą być wniesione w tym samym postępowaniu.

Nie uległ zmianie określony ustawowo termin instrukcyjny, w którym Izba powinna rozpoznać odwołanie i wynosi 15 dni od dnia doręczenia odwołania Prezesowi Izby. Nie zostały też zmienione podstawy do odrzucenia odwołania, z wyjątkiem usunięcia przepisu nakazującego odrzucić odwołanie w przypadku, gdy nie zostało poprzedzone protestem, co jest oczywiste wobec zniesienia tej instytucji.

9. ROZSTRZYGNĘCIA IZBY W RAZIE UWZGLĘDNIENIA ODWOŁANIA

Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Poczynione w tym względzie ustalenie obliguje Izbę, w zależności od okoliczności danego postępowania, do:

- 1) nakazania wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta albo
- 2) jeżeli umowa została zawarta, a jednocześnie doszło do kwalifikowanego naruszenia ustawy skutkującego unieważnialnością umowy w sprawie zamówienia publicznego:
 - a) unieważnienia umowy, albo

- b) w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot spełnionych świadczeń – unieważnienia umowy wyłącznie w zakresie zobowiązań niewykonanych z jednoczesnym nałożeniem kary finansowej, albo
 - c) jeżeli utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym – orzeczenia o skróceniu czasu obowiązywania umowy albo o nałożeniu kary finansowej,
- 3) stwierdzenia naruszenia przepisów – jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie.

10. KARA FINANSOWA

Ustawą nowelizującą wprowadzono nową instytucję prawną w postaci kary finansowej nakładanej przez Krajową Izbę Odwoławczą (sąd okręgowy).

Kara finansowa nakładana jest w dwóch wysokościach – do 10% i do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Kara finansowa w wysokości do 10% wynagrodzenia wykonawcy stanowi karę alternatywną wobec unieważnienia umowy. Dlatego też Izba (sąd) nakładać ją będzie wyłącznie w sytuacji, gdy:

- odwołanie zostało uwzględnione oraz
- zamawiający zawarł umowę w okolicznościach stanowiących kwalifikowane naruszenie przepisów ustawy Pzp skutkujące unieważnialnością umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp).

Kara finansowa jako alternatywa wobec unieważnienia umowy nakładana jest wyłącznie wówczas, gdy:

- umowa zostaje unieważniona w zakresie zobowiązań niewykonanych, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp);
- jeżeli utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym, a nie orzeczono o skróceniu okresu jej obowiązywania (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp),

Przy ustaleniu wymiaru kary Izba będzie brała pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest nakładana oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy.

Kara finansowa w wysokości 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie nakładana jest obligatoryjnie w przypadku, gdy zamawiający naruszy zakaz zawarcia umowy przed upływem okresu zawieszenia (standstill) określonym w art. 94 ust. 1 i 2 oraz art. 183 ust. 1 ustawy Pzp niepołączony z naruszeniem innego przepisu ustawy. W praktyce zatem KIO będzie zobligowana do nałożenia kary finansowej w przypadku, gdy stwierdzi, iż zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania terminów określonych w art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż odwołanie wykonawcy nie będzie zasługiwało na uwzględnienie.

Przy ustaleniu wysokości kary KIO (sąd) weźmie pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

Instytucji kary finansowej nakładanej orzeczeniem przez KIO nie należy utożsamiać z karą pieniężną nakładaną przez Prezesa UZP w drodze decyzji administracyjnej. Poza samym trybem nałożenia kary obie te instytucje w sposób zasadniczy różnią się przesłankami. W przypadku kiedy Prezes UZP stwierdzi, że w związku z tym samym naruszeniem KIO lub sąd okręgowy nałożyli karę na zamawiającego, sam już kary nie nakłada (art. 202 ust. 1a ustawy Pzp).

Zamawiający, na którego została nałożona kara finansowa ma obowiązek jej uiszczenia w terminie 30 dni od uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu. Orzeczenie Izby staje się prawomocne z chwilą upływu terminu do wniesienia skargi, gdy jej nie wniesiono lub wydania przez sąd – w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby – wyroku oddalającego skargę. Wyrok sądu jest prawomocny z dniem jego wydania. Jeżeli kara nie zostanie uiszczona w ww. terminie, podlega ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, przy czym nie pobiera się odsetek od kary uiszczanej nieterminowo.

11. SKUTKI OGŁOSZENIA ORZECZENIA KIO

Dotychczas KIO, ogłaszając orzeczenie odczytywała sentencję oraz uzasadnienie. Stosownie do zmian wprowadzonych nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. KIO po ogłoszeniu orzeczenia podaje jedynie ustne motywy rozstrzygnięcia, a nie całe uzasadnienie rozstrzygnięcia. Uzasadnienie jest natomiast sporządzane z urzędu w terminie trzech dni od ogłoszenia orzeczenia. W tym też terminie stronom, uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom wysyła się odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem.

Doniosłe znaczenie ma jednak samo ogłoszenie przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, z tą chwilą bowiem ustawa Pzp łączy zakończenie okresu standstill, a tym samym przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ogłoszenie orzeczenia wydanego na posiedzeniu z udziałem stron albo rozprawie następuje w dniu, w którym zakończono posiedzenie lub zamknięto rozprawę, chyba że KIO odroczy ogłoszenie orzeczenia. Ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie KIO. Dodatkowo informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej UZP.

Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy, a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, to w sytuacji gdy sąd okręgowy, odmiennie niż KIO, stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp skutkujących unieważnialnością umowy, uchylając wyrok KIO i uwzględniając odwołanie, sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zawarcie umowy po upływie okresu standstill należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie (por. art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp). W takiej sytuacji orzeczenie sądu może natomiast stanowić podstawę do dochodzenia przez odwołującego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.