

2011

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Publikacja opracowana w ramach projektu systemowego: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, realizowanego 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”. Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Opracowanie:

Rafał Jędrzejewski – Dyrektor Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych

Wydawca:

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

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-031-0

Wydanie I

Nakład: 9 500 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

Słowo wstępne

Prezentujemy Państwu publikację *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w której omówiono wybrane zagadnienia, istotne z punktu widzenia właściwego przeprowadzenia procesu wyboru wykonawcy usług, dostaw i robót budowlanych.

Zamawiający znajdą w niej wskazówki w zakresie szacowania wartości i opisu przedmiotu zamówienia, określania warunków udziału w postępowaniu czy też opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wykonawców mogą w sposób szczególny zainteresować zagadnienia dotyczące tworzenia konsorcjów i warunków podwykonawstwa oraz zaliczek. Omówione przepisy prawa zamówień publicznych poparto licznymi odniesieniami do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego i realizowanego w partnerstwie Polskiej Agencji Przedsiębiorczości oraz Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednym z celów projektu jest zwiększanie wiedzy zamawiających i wykonawców o możliwościach, jakie daje ustawa Prawo zamówień publicznych oraz o sposobach praktycznego wykorzystania jej zapisów w praktyce.

Wartość rynku zamówień publicznych w Polsce, począwszy od 2004 r. systematycznie wzrasta stąd też jego znaczenie dla rozwoju potencjału gospodarki jest coraz bardziej widoczne. Należy mieć na uwadze, że właściwe funkcjonowanie zamówień publicznych zależy nie tylko od uregulowań prawnych, ale również wiedzy uczestników rynku i umiejętności zastosowania przepisów w praktyce. Publikacja wychodzi na przeciw temu zapotrzebowaniu.

Wyrażamy nadzieję, że zebrane w niej informacje okażą się przydatne w procesie kontaktowania środków publicznych. Zachęcamy do lektury.

**Joanna Nowakowska – p.o. Dyrektora Departamentu Rozwoju Kapitału Ludzkiego
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości**

**Rafał Jędrzejewski – Dyrektor Departamentu Prawnego
Urząd Zamówień Publicznych**

Spis treści

Słowo wstępne	3
1. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia	7
1.1. Podstawowe zasady szacowania wartości przedmiotu zamówienia	7
1.2. Zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp	9
1.3. Udzielanie zamówień w częściach	10
1.4. Wyjątek od wspólnego szacowania wartości zamówień udzielanych w częściach	12
1.5. Zamówienia udzielane w związku z realizacją projektów współfinansowanych ze środków unijnych	12
1.6. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na roboty budowlane	13
1.7. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo	14
1.8. Termin szacowania wartości przedmiotu zamówienia	15
2. Zasady opisywania przedmiotu zamówienia	17
2.1. Uwzględnienie potrzeb zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia	17
2.2. Jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia	19
2.3. Kompletność i szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia	19
2.4. Umożliwienie wykonawcom prawidłowego sporządzenia ofert	21
2.5. Otwarcie przedmiotu zamówienia na konkurencję pomiędzy wykonawcami	21
2.6. Dopuszczenie składania ofert równoważnych	22
2.7. Żądanie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego	24
2.8. Opis konwencjonalny (za pomocą stosownych norm) a funkcjonalny	26
2.9. Oferty wariantowe	28
2.10. Wspólny Słownik Zamówień	29
3. Prawo opcji	31
4. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu	35
4.1. Warunki udziału w postępowaniu	35
4.2. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu	36
4.3. Zasady opisywania sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu	38
4.4. Potwierdzanie spełnienia warunków udziału przez wykonawcę	49
4.5. Żądanie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich	52
4.6. Powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich	53
5. Konsorcjum	55

6. Warunki podwykonawstwa	63
6.1. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych	63
6.2. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych na roboty budowlane	64
6.3. Dopuszczalność żądania przez zamawiającego informacji na temat podwykonawców	65
6.4. Dopuszczalność określania przez zamawiającego wymagań dotyczących podwykonawców	66
7. Klauzule zmiany umowy o zamówienie publiczne	69
7.1. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego	69
7.2. Przewidzenie zamiany umowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu	70
7.3. Zmiana nieistotna umowy o zamówienie publiczne	71
7.4. Zmiana istotna umowy o zamówienie publiczne	73
7.5. Sytuacje nieobjęte zmianą umowy o zamówienie publiczne w trybie art. 144 ust. 1 Pzp	73
7.6. Doprecyzowanie umowy o roboty budowlane w zakresie robót nieprzewidzianych w przedmiarze, które są niezbędne do realizacji projektu budowlanego	75
7.7. Zmiana umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki	75
7.8. Zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed jej zawarciem	77
8. Stosowania wybranych przepisów Kodeksu cywilnego w zamówieniach publicznych	79
9. Zaliczki	81
BIBLIOGRAFIA	85

1. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia

1.1. Podstawowe zasady szacowania wartości przedmiotu zamówienia

Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością¹. Znaczenie szacowania wartości przedmiotu zamówienia dla zapewnienia prawidłowości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynika z faktu, iż w jego następstwie następuje określenie wymagań ustawowych Prawa zamówień publicznych, które będą miały zastosowanie w przygotowywanym postępowaniu. Wartość przedmiotu zamówienia określa bowiem, czy w związku z planowanym udzieleniem zamówienia zachodzić będzie w ogóle obowiązek zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych², a jeżeli tak, czy zamówienie zostanie udzielone zgodnie z szybszymi i prostszymi krajowymi procedurami udzielania zamówień poniżej tzw. „progów unijnych”, czy też charakteryzującymi się większym rygoryzmem procedurami unijnymi, które znajdują zastosowanie do udzielania zamówień o wartościach równych lub wyższych od tych progów. Od ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest uzależnione przede wszystkim miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych³ albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁴, z której nieprawidłowym dokonaniem powiązana jest przesłanka unieważnialności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego⁵. Przekroczenie przez wartość przedmiotu zamówienia tzw. „progów unijnych” pociąga za sobą różne **obowiązki** zamawiającego:

- (1) stosowania przepisów Pzp przez beneficjentów środków publicznych;⁶
- (2) stosowania minimalnych terminów przedłużenia składania wniosków lub ofert w przypadku istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dotyczącej m.in. przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia⁷;
- (3) powołania komisji przetargowej⁸;
- (4) żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu⁹;
- (5) stosowania dłuższych terminów składania ofert i wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰;
- (6) wcześniejszego udzielania wyjaśnień na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹¹;

¹ art. 32 ust. 1 Pzp

² jeżeli wartość przedmiotu zamówienia stosowanie do art. 4 pkt 8 Pzp przekroczy wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 000 euro

³ art. 40 ust. 2 Pzp

⁴ art. 40 ust. 3 Pzp

⁵ art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp

⁶ art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp

⁷ art. 12a ust. 2 Pzp

⁸ art. 19 Pzp

⁹ art. 26 ust. 1 Pzp

¹⁰ art. 43 i 52 oraz 49 Pzp

¹¹ art. 38 ust. 1 Pzp

- (7) przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu¹²;
- (8) żądania wadium¹³;
- (9) dopuszczalności stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w przypadku wykazania przesłanek dopuszczalności jego zastosowania¹⁴;
- (10) zaproszenia do składania ofert wstępnych w trybie negocjacji z ogłoszeniem co najmniej 5 wykonawców¹⁵;
- (11) zaproszenia do dialogu w trybie dialogu konkurencyjnego co najmniej 5 wykonawców¹⁶;
- (12) zawiadamiania Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia¹⁷ albo zamówienia z wolnej ręki¹⁸;
- (13) przekazywania Komisji Europejskiej na jej żądania informacji o unieważnieniu wcześniej prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego z powodu niewpłynięcia wniosków, ofert albo odrzucenia wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia w przypadku wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia dotyczących tego samego zamówienia¹⁹;
- (14) zawiadamiania wykonawcy o złożeniu oferty po upływie terminu do jej złożenia i jej zwracaniu po upływie terminu do wniesienia odwołania²⁰;
- (15) zawiadamiania Prezesa Urzędu oraz Komisji Europejskiej o odrzuceniu oferty z rażąco niską ceną z powodu udzielenie pomocy publicznej, w odniesieniu do której wykonawca nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej²¹;
- (16) stosowania dłuższych terminów zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego²²;
- (17) dłuższych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie²³.

Naruszenie powyższych przepisów, podobnie jak to ma miejsce w przypadku nieprawidłowego ogłoszenia o zamówieniu, może rzutować na nieważność umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania obciążonego tego rodzaju wadą, jeżeli stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Na zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy oszacowaniu wartości zamówienia. Ustalenie wartości przedmiotu zamówienia z „należyta starannością” to nic innego, jak dochowanie staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej przez zamawiającego²⁴. Zamawiający powinien więc podjąć starania pozo-

¹² art. 38 ust. 4a Pzp

¹³ art. 45 ust. 1 Pzp

¹⁴ art. 55 ust.1 pkt 1–4 Pzp

¹⁵ art. 57 ust. 2 Pzp

¹⁶ art. 60d ust. 2 Pzp

¹⁷ art. 62 ust. 2 Pzp

¹⁸ art. 67 ust. 2 Pzp

¹⁹ art. 62 ust. 3 Pzp

²⁰ art. 84 ust. 2 Pzp

²¹ art. 90 ust. 4 Pzp

²² art. 94 ust. 1 Pzp

²³ art. 119 Pzp

²⁴ art. 355 Kodeksu cywilnego

stające w zakresie jego możliwości w celu prawidłowego ustalenia wartości ewentualnego wynagrodzenia netto wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. W ramach tych starań mieści się przeanalizowanie cenników, propozycji i folderów cenowych dotyczących analogicznych dostaw i usług, zwrócenie się z zapytaniem cenowym do wykonawców prowadzących działalność w branży planowanego zamówienia, dokonanie szacunku w ramach dialogu technicznego z potencjalnymi wykonawcami, jak również powołanie biegłego w celu zlecenia mu sporządzenia stosownej ekspertyzy służącej określeniu wartości przedmiotu zamówienia. Najczęściej w wyniku powyższych czynności, zamawiający nie otrzyma konkretnej wartości, lecz pewien przedział wartości dotyczących ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy zamówienia. Posłużenie się takim zakresem wartości szacunkowej zamówienia nie może być kwestionowane, jeżeli skrajne wartości mieszczą się w całości w ramach określonych w ustawie progów, np. powyżej 14 000 euro i jednocześnie poniżej tzw. „progów unijnych”. Jeżeli jednak ustalone wartości lokują się jednocześnie poniżej i powyżej progów przewidzianych w ustawie (14 000 euro, progów unijnych), zamawiający powinien rozstrzygnąć, czy wartość szacunkowa jest większa lub mniejsza od analizowanego progu. Oszacowanie w takich okolicznościach wartości poniżej progu powinno być powiązane z silną argumentacją, iż szacunek powyżej progu nie miałby żadnego uzasadnienia. Z uwagi na konsekwencję niezastosowania prawidłowych przepisów przy udzieleniu zamówienia publicznego w związku z niedoszacowaniem wartości zamówienia, wszelkie wątpliwości co do szacunku powinny być rozstrzygane przez zamawiającego na korzyść zastosowania procedur udzielania zamówień przekraczających określone progi ustawowe.

1.2. Zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp

Zamawiający nie może również naruszyć zakazu dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów tej ustawy. Z takimi przypadkami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający bez zastosowania ustawy Pzp zawiera jednocześnie, w krótkich odstępach czasowych albo sukcesywnie kilka umów, w przedmiocie udzielenia tożsamych zamówień, których łączna wartość netto przekracza wartość progu zastosowania przepisów ustawy Pzp. Z zaniżaniem wartości przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający wybiera taką metodę oszacowania jego wartości, że odpada obowiązek zastosowania przy jego udzieleniu przepisów ustawy Pzp albo zamawiający uzyskuje możliwość przeprowadzenia postępowania z zastosowaniem złagodzonych wymagań.

Do naruszenia przepisów Pzp dochodzi wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający celowo dzieli zamówienie na części albo zaniża jego wartość. Najczęściej ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający udziela po przeprowadzeniu kilku postępowań zamówień w częściach, traktując odrębnie ich wartość, ewentualnie celowo nie uwzględnia w ich wartości zamówień planowanych do udzielenia w przyszłości. Jeżeli jednak zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części, ale podział taki nie prowadzi do odstąpienia od stosowania ustawy lub nie prowadzi do łagodzenia reżimu, w którym zamówienie byłoby udzielane, gdyby podział nie nastąpił, wówczas nie stanowi on obejścia przepisów ustawy Pzp, a tym samym naruszenia zasady zakazu celowego podziału zamówień lub zaniżania ich wartości w celu uniknięcia stosowania Pzp.

Oszacowanie wartości zamówienia służy celowi prawidłowego przeprowadzenia postępowania oraz zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Późniejsze zdarzenia mające miejsce po wszczęciu postępowania nie wpływają na szacunkową wartość przedmiotu zamówienia oraz ocenę prawidłowości

dokonania szacunku. Wniosek taki wypływa z przepisów ustawy Pzp²⁵, który zawiera nakaz oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w określonym terminie przed wszczęciem postępowania oraz przeszacowania tej wartości wyłącznie w przypadku wystąpienia przed wszczęciem postępowania okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia. Wynika z tego, iż wszystkie zdarzenia rzutujące na wartość ofert i umowy, które mogą wystąpić w trakcie trwającego pewien okres postępowania w sprawie jego udzielenia, np. inflacja, nagły wzrost cen, gwałtowna poprawa koniunktury na rynku, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości dokonania przez zamawiającego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Z drugiej jednak strony, późniejsze czynności rozwiązania umowy, jej aneksowania, ograniczenia zakresu zamówienia (zmniejszenia czasu świadczenia danej usługi), ponownego oszacowania przedmiotu zamówienia na podstawie nowego kursu itp. nie mogą konwalidować pierwotnie nieprawidłowych czynności zamawiającego oraz bezwzględnie nieważnej, albowiem zawartej z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wadliwego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

1.3. Udzielanie zamówień w częściach

Dla potrzeb prawidłowego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia niezbędne jest określenie tego, co stanowi „zamówienie”, które podlega szacowaniu. Przepisy ustawy Pzp nie określają zasad, które pozwalałyby zamawiającemu ustalić, kiedy będzie miał do czynienia z jednym zamówieniem, a kiedy nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane stanowić będą zamówienia odrębne. Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, podlegającym łącznemu oszacowaniu jego wartości, czy też z odrębnymi zamówieniami, podlegającymi odrębnym szacunkom ich wartości, konieczne jest wzięcie pod uwagę wszystkich okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu zamawiający powinien posługiwać się kryteriami związanymi z tożsamością przedmiotu zamówienia:

- (1) przedmiotową (usługi lub dostawy tożsame, tego samego rodzaju lub o podobnym przeznaczeniu służące zaspokojeniu określonego zapotrzebowania zamawiającego),
- (2) funkcjonalną (usługi lub dostawy mające zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze),
- (3) czasową (możliwość przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu zamówień udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego),
- (4) podmiotową zamówienia (rozumiana jako możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą w danej branży).

Należy się zgodzić, iż ww. przesłanki mają nieostry charakter. W praktyce ich zastosowanie sprowadza się do udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi, czy po przeprowadzeniu, zgodnie z Pzp, postępowania mógłby zawrzeć jedną umowę z jednym wykonawcą dotyczącą całego zakresu zamówienia. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, to mamy do czynienia z jednym zamówieniem podlegającym łącznemu oszacowaniu jego wartości, nawet jeżeli zamówienie to zostanie udzielone w częściach po przeprowadzeniu kilku postępowań albo w ramach jednego postępowania objęte dopuszczalnością złożenia kilku ofert częściowych. Zamówienia, które nie spełniają powyższych przesłanek, co do zasady traktuje się jako zamówienia odrębne, co oznacza, że wartość każdego zamówienia powinna być szacowana samodzielnie.

Dotyczyć to będzie sytuacji, gdy z przyczyn obiektywnych zamawiający nie mógłby zawrzeć w określonym momencie jednej umowy dotyczącej tego zamówienia, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż: nie zna, oraz przy dołożeniu należytej staranności, nie jest w stanie określić pełnego zakresu zamówienia, albo nie ma wykonawcy, który byłby w stanie zrealizować całe zamówienie.

Dla potrzeb szacowania wartości przedmiotu zamówienia nie należy utożsamiać zamówienia z jedną umową. Zamawiający może zgodnie z przepisami Pzp zlecić jedno zamówienie na podstawie kilku umów zawartych z różnymi wykonawcami po przeprowadzeniu jednego lub kilku postępowań w sprawie ich udzielenia. Zamawiający może bowiem dopuścić możliwość składania w ramach jednego postępowania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania²⁶. W takim przypadku wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Z udzielaniem zamówienia w częściach będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje określony zakres zamówień i możliwe jest jednorazowe ich udzielenie, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych itp.) podejmuje decyzję o sukcesywnym nabywaniu świadczeń. Przy czym, zamawiający dysponuje szeroką swobodą wskazania okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia w częściach pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, przynoszą korzyści zamawiającemu lub zapobiegają niedogodnościom oraz nie służą obejściu obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamówienie udzielane w częściach przypomina świadczenia jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części, składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość, którą będzie obiektywnie przewidywalny zakup danych dostaw lub usług. Każdorazowy pojedynczy zakup stanowi część zamówienia, dlatego ustalenie jego wartości powinno być dokonane z uwzględnieniem pełnego zakresu, a tym samym wartości całego zamówienia.

Dla przykładu, udzielając zamówień na różnego rodzaju szkolenia, zamawiający powinien je podzielić według tematyki i potencjalnych trenerów. Jako odrębne zamówienia można potraktować zajęcia obejmujące różne dyscypliny naukowe, a tym samym przeznaczone do udzielenia różnym wykładowcom np. zajęcia z matematyki lub biologii. Nie oznacza to jednak, iż szkolenia z tej samej dziedziny muszą stanowić przedmiot jednego postępowania albo jednej umowy, zamawiający może bowiem dopuścić składanie ofert częściowych, albo przeprowadzić kilka postępowań służących ich udzieleniu, pod warunkiem uznania, że wartością każdej z ofert częściowych, albo każdego z tych postępowań jest łączna wartość zamówienia na szkolenia w zakresie określonej tematyki.

Należy podkreślić, iż dla ustalenia czy mamy do czynienia z odrębnymi zamówieniami, których wartość podlega oddzielnemu szacowaniu nie ma znaczenia ustalenie źródeł pochodzenia środków finansowych służących opłaceniu danego zamówienia. Jeżeli zatem zamawiający udziela tożsamyh lub podobnych przedmiotowo zamówień adresowanych do tej samej kategorii wykonawców, których pełen zakres od samego początku jest mu znany, to mamy w takim przypadku do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł. Najczęściej z taką sytuacją spotykamy się w przypadku udzielania zamówień finansowanych z własnego budżetu zamawiającego oraz z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków Unii Europejskiej. Traktowania określonych świadczeń jako odrębnych zamówień nie uzasadnia również okoliczność, iż określonego rodzaju usługi nabywane są w celu realizacji różnych projektów współfinansowanych ze środków unijnych²⁷.

²⁶ art. 32 ust. 4 Pzp

²⁷ por. opinie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczone na stronie internetowej www.uzp.gov.pl „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej” oraz „Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe”

Z niemożliwością przewidzenia całego zakresu zamówienia mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający określonych świadczeń tego samego rodzaju nie przewiduje lub nie jest w stanie ich przewidzieć, a nie gdy określone okoliczności nie pozwalają na precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w dacie wszczęcia postępowania, albowiem *sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów (...), nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji (...)* możliwe jest oszacowanie ilości produktów (...) poprzez odniesienie do lat ubiegłych oraz uwzględnienie danych statystycznych pochodzących z fachowej literatury (wskazujących na wzrost lub zmniejszenie częstotliwości występowania danej jednostki)²⁸. Z drugiej jednak strony, przy zawieraniu umów w sprawie udzielenia określonego rodzaju zamówienia nie jest wyłączone zastosowanie szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do nabywania tego samego rodzaju wcześniej nieprzewidywanego.

1.4. Wyjątek od wspólnego szacowania wartości zamówień udzielanych w częściach

Zamawiający udzielając zamówienia w częściach może wyjątkowo odstąpić od wspólnego szacowania ich wartości w przypadku, gdy udziela części zamówień na dostawy lub usługi o wartości niższej od 80 tysięcy euro albo na roboty budowlane o wartości niższej od 1 miliona euro i jednocześnie łączna wartość części zamówienia, w odniesieniu do których skorzystał z możliwości szacowania ich wartości bez uwzględnienia łącznej wartości całego zamówienia, nie przekroczy 20 procent wartości wszystkich części²⁹. Może się zdarzyć, iż część zamówienia będzie opiewała na niższą wartość niż równoważność w złotych kwoty 14 000 euro, a więc do jej udzielenia nie będzie zachodził obowiązek zastosowania przepisów ustawy Pzp. Należy jednak podkreślić, iż przywołany przepis art. 6a Pzp stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 32 ust. 4 Pzp (wartością zamówienia udzielanego w częściach jest łączna wartość wszystkich części), natomiast ciągle do oceny prawidłowości odrębnego szacowania wartości zamówień udzielanych w częściach ma zastosowanie przepis art. 32 ust. 2 Pzp, stosownie do którego zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp dzielić zamówienia na części. W konsekwencji, w przypadku gdy zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części nie z uzasadnionych przyczyn technicznych, technologicznych, organizacyjnych, finansowych itp. ale wyłącznie w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, to mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Tego rodzaju sytuacja będzie zachodzić w szczególności, gdy zamawiający będzie celowo udzielał zamówienia w częściach o wartości nieprzekraczającej równowartości w złotych kwoty 14 000 euro, w celu zlecenia poza ustawą Pzp 20 procent wartości zamówienia.

1.5. Zamówienia udzielane w związku z realizacją projektów współfinansowanych ze środków unijnych

W przypadku realizowania przez zamawiającego wieloletnich projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, szacowanie wartości przedmiotu zamówienia powinno następować w dwojaki sposób. W stosunku do wszystkich tożsamych przedmiotowo, funkcjonalnie

²⁸ por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09)

²⁹ art. 6a Pzp

i podmiotowo zamówień objętych projektem w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie z góry określić przedmiot całego zamówienia w perspektywie pełnego okresu realizowania tego projektu. W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w zakresie projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest zatem wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji całego lub większej części projektu, i które mogą zostać udzielone jednorazowo na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem pełnego zakresu usług przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji projektu. Drugi sposób szacowania wartości zamówienia w omawianych okolicznościach odnosi się do potrzeby wyodrębnienia i szacowania wartości tych zamówień, które są możliwe do określenia dopiero w trakcie realizacji projektu i zależnie od bieżących potrzeb związanych z jego realizacją. W ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego lub zbliżonego rodzajowo przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Traktowanie jako odrębnych i samodzielnie szacowanych co do wartości zamówień tożsamyh lub podobnych rodzajowo świadczeń może wynikać z obiektywnie uzasadnionych przyczyn związanych z niemożnością łącznego określenia zakresu, a tym samym również wartości wszystkich potrzebnych jednorodnych świadczeń dla potrzeb jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyny tego podziału muszą być jednak obiektywne tj. wynikać z celu lub charakteru świadczeń. W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, dla instytucji sektora finansów publicznych będzie miała przede wszystkim zastosowanie zasada właściwa dla sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi tożsamymi zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Oznacza to, iż zamówienia nabywane na potrzeby realizacji projektu będą stanowiły część jednego zamówienia oszacowanego z uwzględnieniem innych tożsamyh przedmiotowo zamówień nabywanych przez zamawiającego w tym samym okresie³⁰.

1.6. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na roboty budowlane

Przedstawione powyżej wyjaśnienia dotyczące odrębnego przedmiotu zamówienia i determinująca sposób oszacowania jego wartości nie znajdują wprost zastosowania do określenia przedmiotu zamówienia i szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w orzeczeniu z dnia 5 października 1998 r., w sprawie Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Zdaniem ETS, zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany ma okoliczność, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą czy techniczną. Wynika z tego, iż ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach powinna być brana pod uwagę w kontekście ustalania obowiązku stosowania przepisów dyrektywy.

³⁰ por. opinia UZP zamieszczona pod adresem www.uzp.gov.pl „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej)

Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał również w ww. wyroku, iż istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość wykonania całości prac przez jedno przedsiębiorstwo może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy. W celu interpretacji zasad udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane nie sposób pominąć postanowień prawa wspólnotowego będących wzorem dla regulacji krajowych. W szczególności przepisów dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE z dnia 31.04.2004 r. L 134/114) oraz dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE z dnia 31.04.2004 r. L 134/1). Przepisy dyrektyw pod pojęciem zamówień na roboty budowlane definiują zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie lub zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności w rozumieniu załącznika I (dyrektywa 2004/18/WE) lub XII (dyrektywa 2004/17/WE), lub obiektu budowlanego, albo realizacja za pomocą dowolnych metod obiektu budowlanego spełniającego wymagania określone przez podmiot zamawiający. Obiekt budowlany oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, który może samoistnie spełniać określoną funkcję ekonomiczną lub techniczną. Jednocześnie art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE przewidują, iż żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektyw. Oznacza to, iż niedopuszczalne jest działanie zamawiającego zmierzające do podziału projektu budowlanego i szacowanie wartości poszczególnych części w taki sposób, aby uniknąć stosowania procedur udzielania zamówień publicznych wskazanych w dyrektywach. Projekt budowlany nie powinien być podstawą podjęcia decyzji czy w konkretnych okolicznościach mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z kilkoma zamówieniami odrębnymi. Czynnikiem przesądzającym w tym zakresie powinna być definicja robót budowlanych zawarta w dyrektywach.

W związku z powyższym, jako jedno zamówienie należy traktować prace wykonywane na obiekcie budowlanym spełniającym pewne funkcje gospodarcze i użytkowe. Wartość tych prac na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna zostać ustalona łącznie i obejmować wycenę wszelkich robót realizowanych w ramach zamówienia. Natomiast za zamówienia odrębne mogą zostać uznane prace wykonywane na różnych obiektach budowlanych, które są przystosowane do samodzielnego spełniania określonych funkcji technicznych lub gospodarczych.

1.7. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo

Przepisy ustawy Pzp nie definiują, jakie usługi lub dostawy należy uznać za „powtarzające się okresowo”, w związku z tym dla wyjaśnienia tego pojęcia należy posłużyć się poglądami doktryny prawa cywilnego. Stosownie do nich, podstawą ustalenia, czy dane dostawy lub usługi należy zakwalifikować do powtarzających się okresowo może być stwierdzenie czy składają się na nie „świadczenia okresowe”, rozumiane jako czynności powtarzane cyklicznie tj. powtarzające się w określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowane więcej niż jednokrotnie tzn. w sposób powtarzalny. Powyższe wynika ze stałego zapotrzebowania na dane dostawy lub usługi, które muszą być regularnie zaspokajane poprzez udzielanie zamówień. Tym samym charakterystyczna dla dostaw lub usług powtarzających się okresowo jest zasadniczo cykliczność, polegająca na przewidywalnym powtarzaniu się ich w ściśle określonych odstępach czasu. Oddziaływanie czynnika czasu przejawia się w tym, iż obowiązek spełniania określonych

świadczeń jest rozłożony w czasie (np. co miesiąc, kwartał) i istnieje przez okres trwania umowy. Pomimo iż pojedyncze świadczenie okresowe posiada samoistny charakter, jest jednak tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. To odróżnia świadczenia okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość. W przypadku świadczeń powtarzających się okresowo istotne znaczenie ma również okoliczność, iż świadczenia te charakteryzuje brak możliwości ich jednorazowego wykonania. Stąd z „zamówieniem na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo” będziemy mieli do czynienia wyłącznie wtedy, gdy dane zamówienie powtarza się co pewien czas, jednak nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy i dlatego realizowanie jest w częściach, stosownie do aktualnych potrzeb.

Podstawą³¹ ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo 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, albo
- których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Udzielając zamówień na dostawy czy usługi powtarzające się okresowo zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania reguł wynikających z omówionych powyżej przepisów odnoszących się do obowiązku ustalenia z należytą starannością szacunkowej wartości w kwocie wynagrodzenia netto wykonawcy za ww. okres świadczenia tej usługi.

Na przykład zamówienie na druk publikacji, w sytuacji gdy zamawiający nie ma informacji na temat rozmiaru publikacji, jej parametrów technicznych istotnie nie pozwala na precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w dacie wszczęcia postępowania, jednakże jak wskazała³² Krajowa Izba Odwoławcza, sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych liczby zamawianych produktów nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby możliwe jest oszacowanie liczby produktów poprzez odniesienie do lat ubiegłych oraz uwzględnienie danych statystycznych pochodzących z fachowej literatury (wskazujących na wzrost lub zmniejszenie częstotliwości występowania danej jednostki).

1.8. Termin szacowania wartości przedmiotu zamówienia

Ustalenia wartości przedmiotu zamówienia dokonuje się w odniesieniu do dostaw lub usług – nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku robót budowlanych – nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia³³. Jeżeli jednak po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia³⁴.

³¹ art. 34 ust. 1 Pzp

³² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09)

³³ art. 35 ust. 1 ustawy Pzp

³⁴ art. 35 ust. 2 ustawy Pzp

Możliwość dokonania zmiany wartości zamówienia w świetle art. 35 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której w terminach określonych w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp dla ustalenia wartości zamówienia na dostawy i usługi (nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania) oraz roboty budowlane (nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania), dojdzie do zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia i konieczne jest dokonanie zmiany wartości zamówienia. W takich okolicznościach, zamawiający jest zobowiązany dokonać przedmiotowej zmiany wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania. W sytuacji natomiast, gdy zostaną przekroczone wskazane powyżej terminy właściwe dla ustalenia wartości zamówienia dla dostaw, usług lub robót budowlanych, tj. szacowanie wartości zamówienia nastąpiło wcześniej niż odpowiednio 3 lub 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, zamawiający jest zobowiązany ponownie dokonać oszacowania wartości zamówienia na zasadach ogólnych, tj. z zachowaniem terminów określonych w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp dla danego przedmiotu zamówienia.

Tym samym, w sytuacji, gdy terminy wskazane w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, właściwe dla dokonania szacunku wartości zamówienia zostaną przekroczone, zamawiający jest zobowiązany dokonać ponownego oszacowania wartości zamówienia publicznego na zasadach ogólnych (art. 32 i nast. ustawy Pzp), niezależnie np. od okoliczności, że ceny nie uległy zmianie. Przy czym, należy wskazać, że ustawa Pzp nie przesądza o formie dokonania ponownego oszacowania wartości zamówienia. Innymi słowy, w sytuacji, gdy zamawiający jest zobowiązany do ponownego ustalenia (oszacowania) wartości zamówienia z uwagi na dokonanie szacowania wartości zamówienia w terminie wcześniejszym niż – w odniesieniu do robót budowlanych – 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bądź zaktualizowanie się przesłanki wskazanej w art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest wykluczone, że rezultatem ponownego ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane będzie pisemne oświadczenie kosztorysanta w przedmiocie potwierdzenia aktualności uprzednio dokonanego szacunku wartości zamówienia, dokonanego zgodnie z wymogami ustawy Pzp, tj. na podstawie dokumentów wymienionych w art. 33 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Zasady opisywania przedmiotu zamówienia

Od opisanie przedmiotu zamówienia uzależnione jest osiągnięcie celów przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których należy zaliczyć m.in.

- (1) realizację potrzeb zamawiającego,
- (2) prawidłowe zrozumienie postawionych przez zamawiającego wymagań przez wykonawców i złożenie ofert zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- (3) otwarcie zamówienia na konkurencję, a tym samym zwiększenie liczby wykonawców ubiegających się i składających oferty,
- (4) uzyskanie atrakcyjnych cenowo ofert,
- (5) otwarcie rynku zamówień publicznych na małych i średnich przedsiębiorców,
- (6) umożliwienie składania ofert uwzględniających innowacyjne rozwiązania poprzez funkcjonalne opisanie przedmiotu zamówienia oraz umożliwienie składania ofert wariantowych,
- (7) możliwość uwzględnienie aspektów związanych z ochroną środowiska oraz społeczną odpowiedzialnością w zamówieniach publicznych.

Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert³⁵ oraz jednocześnie w sposób, który nie utrudni konkurencji³⁶. W wyjątkowych okolicznościach zamawiający może się posłużyć w opisie przedmiotu zamówienia znakami towarowymi, patentem albo oznaczeniem pochodzenia, zapewniając jednocześnie dopuszczalność złożenia ofert równoważnych³⁷. Można wyróżnić następujące zasady przygotowania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia publicznego:

1. Uwzględnienie potrzeb zamawiającego
2. Jednoznaczność
3. Kompletność
4. Szczegółowość
5. Umożliwienie wykonawcom prawidłowego sporządzenie ofert
6. Otwarcie przedmiotu zamówienia na konkurencję pomiędzy wykonawcami
7. Dopuszczenie ofert równoważnych
8. Dopuszczalności żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego.

2.1. Uwzględnienie potrzeb zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia

Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mający służyć zaspokojeniu jego potrzeby. Zamawiający może określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż przepisy dają zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób

³⁵ art. 29 ust. 1 Pzp

³⁶ art. 29 ust. 2 Pzp

³⁷ art. 29 ust. 3 Pzp

umożliwiający ochronę jego zobiektywizowanych interesów stanowiących przyczynę udzielenia tego zamówienia. Należy jednak podkreślić, iż opis przedmiotu zamówienia nie może służyć eliminacji rozwiązań i wykonawców zdolnych do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej³⁸, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeśli nie dysponują produktem o danych właściwościach. Nie można przygotować opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego barierę dostępu do zamówienia, ale wyłącznie dla wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia, w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Nie jest dopuszczalne, aby wykonawca, wykorzystując przysługujące mu środki (...) dążył do ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób dogodny wyłącznie dla siebie. Na potwierdzenie powyższego warto przywołać następujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej³⁹, w którym skład orzekający stwierdził, iż „obowiązkiem zamawiającego jest określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem przepisów Pzp określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie oznacza to jednak wymogu określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Izba dodała⁴⁰, że zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

W związku z powyższym, określanie przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień zamawiającego, a wykonawcy, jeżeli zamawiający nie naruszył ustawy Pzp, powinni podporządkować się decyzjom zamawiającego i nie przysługują im uprawnienia do samodzielnego modyfikowania w taki sposób sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia⁴¹. W szczególności, wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny. Może wyłącznie kwestionować opis przedmiotu zamówienia jako ograniczający w sposób nieuzasadniony konkurencję.

Nie jest naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia publicznego określenie wysokich (ale jednocześnie możliwych do spełnienia) wymagań oferowanego produktu. Okoliczność, iż wykonawca prowadzący działalność w branży, do której jest adresowane zamówienie, nie może zaoferować produktu spełniającego wymagania zamawiającego nie oznacza, iż zamawiający nieprawidłowo opisał cechy zamówienia.

Zamawiający jest uprawniony do sformułowania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi otrzymanie produktu odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający może więc wprowadzić wymogi, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, pod warunkiem, że tego rodzaju ograniczenie konkurencji nie ma na celu preferowania określonego wykonawcy, ale otrzymanie dostaw lub usług w jak największym stopniu odpowiadających obiektywnie uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W celu wykazania wykroczenia przez zamawiającego poza ww. uprawnienie, a tym samym zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, konieczne jest udowodnienie, że wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb

³⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 391/09)

³⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 239/09)

⁴⁰ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 323/09)

⁴¹ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 września 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1462/04)

zamawiającego. Jednocześnie należy również dowieść, że oczekiwane parametry są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, zgodnie z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Wykonawcy nie przysługuje również uprawnienie do żądania od zamawiającego podwyższenia wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W jednym z wyroków, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła⁴², że jeżeli zamawiający nie wymaga określonych funkcjonalności aparatu, ponieważ uznaje, że będą mu nieprzydatne, wykonawca nie ma podstaw, aby zmusić zamawiającego do postawienia dodatkowych wymagań, nabycia aparatu wyższej klasy, czy posiadającego dodatkowe funkcjonalności. W postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą albo w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym wywołanych wniesieniem środków ochrony prawnej, które są przewidziane w ustawie Pzp, nie podlega badaniu celowość, oszczędność czy efektywność wydatkowania środków publicznych. Wymagania zamawiającego postawione na niższym poziomie zwiększają krąg potencjalnych wykonawców oraz złożonych przez nich ofert, a tym samym zwiększają konkurencję w postępowaniu. Postawienie wymagań na niskim poziomie nigdy nie będzie więc naruszeniem ustawy Pzp. Jej naruszenie stanowi wyłącznie sztuczne zawyżanie przez zamawiającego wymogów w specyfikacji w sposób nieuzasadniony jego obiektywnymi potrzebami.

2.2. Jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia

Zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny. 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. Zamawiający powinien wymagać powyższego również od projektantów sporządzających dokumentację projektową i specyfikacje techniczne.

Zamawiający nie może się powoływać na to, że jakiś element specyfikacji był w innym postępowaniu niekontrowersyjny, gdyż każde postępowanie należy traktować indywidualnie, w szczególności z uwzględnieniem upływającego czasu od przeprowadzenia postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia nie był kwestionowany przez wykonawców.

Jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia oznacza także, iż nieujawnione albo niewystarczająco jasno wyartykułowane zamiary zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2.3. Kompletność i szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinien być kompletny i szczegółowy. Niedopuszczalne jest więc opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, szacunkowy i niedookreślony oraz przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym przerzuceniu obowiąz-

⁴² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2082/10, KIO 2085/10)

ku doprecyzowania opisu przedmiotu Zamówienia na Wykonawcę. Nakaz kompletnego i szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia wyklucza dopuszczalność zastrzeżenia na rzecz zamawiającego swobody dokonywania zmian w realizacji zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy zamawiający nie ma możliwości przewidzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia wielkości potrzeb, bowiem realizacja przedmiotu zamówienia będzie wynikać z kształtowania się bieżących potrzeb podczas realizacji umowy.

Za wskazujące na niekompletny opis przedmiotu zamówienia należy uznać postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosownie do którego zamawiający zaleca wykonawcy zdobycie wszelkich informacji, które mogą być konieczne do prawidłowego przygotowania oferty i realizacji zamówienia. Analogicznie należy ocenić zapis, w którym zamawiający sugeruje wykonawcy dokonanie wizji lokalnej w terenie w celu skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności dotyczących ustalenia wartości wynagrodzenia satysfakcjonującego wykonawcę⁴³.

Pozostawianie jakichkolwiek treści, a szczególnie treści skutkujących możliwością powstania obowiązku zapłacenia kar umownych, do dorozumienia, nie może być z pewnością uznane za właściwe wypełnienie obowiązku kompletnego opisanie przedmiotu zamówienia⁴⁴. Przedmiot zamówienia winien być kompletnie i szczegółowo opisany przed upływem terminu składania ofert. Na etapie badania i oceny ofert opis przedmiotu zamówienia nie może być rozszerzony ani modyfikowany, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, mogło skutkować nierównym traktowaniem wykonawców i negatywnie rzutować na zapewnienie warunków do uczciwego konkurencyjnego o zamówienie publiczne⁴⁵. Samo powoływanie się po terminie składania ofert na jakiegokolwiek opinie, ekspertyzy itp., jeżeli nie było przywołane na specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być zaakceptowane, gdyż stanowi zmianę wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Możliwość szerokiej interpretacji, jakie czynności mieszczą się w klauzuli generalnej „innych czynności związanych z prawidłową i bezpieczną eksploatacją taboru kolejowego” oraz, jakie dokumenty składają się na „całość” dokumentacji techniczno-ruchowej, prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia, który zawiera ww. sformułowania i braki w tym zakresie jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich znanych zamawiającemu okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty⁴⁶.

Usprawiedliwieniem niekompletnego opisu przedmiotu zamówienia nie może być niewiedza zamawiającego odnośnie pełnego zakresu zamówienia. W przypadku zamówienia, którego określenie przedmiotu zamówienia jest utrudnione z uwagi na jego charakter zamawiający dysponuje instrumentami, przewidzianymi w ustawie Pzp, które dają możliwość zabezpieczenia potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym określeniu gwarantowanego progu realizacji zamówienia, niezbędnego dla wykonawcy m.in. w celu prawidłowej kalkulacji oferty. Zamawiający może bowiem przewidzieć w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia podstawowe skorzystanie z prawa opcji lub udzielenie zamówień uzupełniających⁴⁷.

⁴³ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-952/04)

⁴⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1123/10)

⁴⁵ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 września 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1453/04)

⁴⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1387/10)

⁴⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2376/10)

2.4. Umożliwienie wykonawcom prawidłowego sporządzenia ofert

Przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien mieć na uwadze umożliwienie wykonawcom prawidłowego przygotowania ofert. Obowiązkiem zamawiającego jest podanie takiej ilości informacji oraz wytycznych, która umożliwi złożenie przez wykonawców ofert porównywalnych i zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia⁴⁸.

W celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu zamawiający winien udostępnić w specyfikacji wszystkie informacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia lub też zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia swoje zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych opisów interfejsów lub kodów źródłowych po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ogólne i nieprecyzyjne deklaracje zamawiającego wyrażone w toku dialogu z wykonawcami, iż „dołoży wszelkich starań, aby umożliwić wykonawcy [...]” są zbyt nieprecyzyjne, aby można było je uznać za mające znaczenie z punktu widzenia konieczności zapewnienia wykonawcom dostępu do niezbędnych informacji umożliwiających prawidłowe przygotowanie oferty i wykonanie zamówienia. Zamawiający powinien także jednoznacznie zobowiązać się do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, czego wyrazem powinno być umieszczenie stosownego oświadczenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁴⁹.

2.5. Otwarcie przedmiotu zamówienia na konkurencję pomiędzy wykonawcami

Opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać konkurencji pomiędzy wykonawcami zdolnymi do wykonania zamówienia. Opis powinien być wynikiem obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie jego ewentualnych preferencji co do określonych produktów lub usług albo faworyzowania konkretnych dostawców lub usługodawców. Opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić bariery w dostępie do zamówienia publicznego dla wykonawców zdolnych do jego realizacji w sposób zaspokajający uzasadnione potrzeby zamawiającego. Powinien być więc neutralny względem oferowanych na rynku rozwiązań oraz proponujących je wykonawców.

Nie jest również dopuszczalne takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby nie wskazując wprost określonego produktu, wykluczyć wykonawcom możliwość zaoferowania innych. Konieczna jest więc eliminacja z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych⁵⁰. Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub na jego wykonawcę⁵¹.

⁴⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1018/09)

⁴⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2725/10)

⁵⁰ wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05), niepubl. oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05), niepubl.

⁵¹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07)

Należy również podkreślić, iż w świetle ustawy Pzp, po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję⁵². Uwiarygodnia to zarzut, iż dokonany opis przedmiotu zamówienia nie wyraża jedynie obiektywnych potrzeb i oczekiwań zamawiającego, lecz ma na celu preferowanie określonego wykonawcy lub rozwiązania. Nie jest więc naganne, że zamawiający czerpie wiedzę z różnych źródeł, ulotek, folderów, kart charakterystyki technicznej, opinii użytkowników, materiałów marketingowych itp., lecz zamawiający samodzielnie dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie może w całości odwzorowywać danych technicznych określonego modelu sprzętu albo konkretnego producenta. Taki opis jest niewłaściwy, albowiem narusza przepisy ustawy Pzp.

Opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”⁵³. W przypadku posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia patentami, znakami towarowymi i określeniem pochodzenia, zamawiający jest zobowiązany do umożliwienia wykonawcom składania ofert równoważnych.

Opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia ma wyjątkowy charakter oraz może być stosowane tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle okolicznościach: (1) gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub (2) gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Jednocześnie znakom towarowym, patentom i oznaczeniu pochodzenia powinny towarzyszyć wyrazy: „lub równoważne” albo podobne wraz ze wskazaniem parametrów równoważności, co w konsekwencji nadaje charakter przykładowy konkretnym produktom, które zostały z nazwy wymienione w opisie.

Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania uczciwej konkurencji jest w takim przypadku uniemożliwianie z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu znajdujące uzasadnienie w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której faworyzowanie określonych kategorii wykonawców osiągnie rozmiar faktycznie przekreślający jakąkolwiek konkurencję⁵⁴. Zakaz ograniczania konkurencji nie oznacza takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom.

2.6. Dopuszczenie składania ofert równoważnych

W świetle literalnego brzmienia przepisów ustawy, dopuszczenie składania ofert równoważnych związane jest z zamieszczeniem w opisie przedmiotu zamówienia, w którym użyte zostały znaki towarowe, patenty lub oznaczenia pochodzenia, słów „lub równoważne”. Rozwiązanie to powinno zapewnić otwarcie zamówienia na konkurencję oraz porównywalność ofert. Zasadniczo bowiem równoważność będzie oznaczała,

⁵² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 486/09)

⁵³ art. 29 ust. 3 Pzp

⁵⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1122/10)

iż produkt porównywany ze wskazanym w opisie będzie się charakteryzował podobnymi albo lepszymi parametrami. Z tego powodu, bez precyzowania przez zamawiającego, co rozumie pod pojęciem „równoważności”, potencjalni wykonawcy będą w stanie zorientować się do równoważności oferowanych przez nich produktów ze wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wydaje się jednak, iż w przypadku, gdy posłużenie się zwrotem „lub równoważne” nie byłoby wystarczające do określenia na czym równoważność ma polegać, to zamawiający powinien w celu zapewnienia przejrzystości postępowania, usunąć ewentualne wątpliwości wykonawców, poprzez doprecyzowanie parametrów równoważność w niezbędnym zakresie. W tym kierunku podążyło orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Izby, oferty równoważne powinny być zasadniczo określone przez zamawiającego poprzez wskazania minimalnych parametrów, od spełnienia których uzależnione będzie uznanie oferty za równoważną w odniesieniu do rozwiązań opisanych poprzez odniesienie do znaków towarowych, patentów lub oznaczenia pochodzenia je charakteryzujących. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła⁵⁵, że przepisy ustawy Pzp nie zwalniają zamawiającego z obowiązku doprecyzowania dopuszczalności równoważności oferty.

Jeżeli zamawiający nie wskazuje, iż dane urządzenie musi mieć moc „nie mniejszą niż ...”, albo osiągać sprawność „nie niższą niż ...”, nie będzie w stanie ocenić czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w dokumentacji projektowej na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania nie tylko narusza zasadę zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia ofert równoważnych w przypadku posłużenia się przy opisie przedmiotu zamówienia znakami towarowymi, patentami lub oznaczeniem pochodzenia, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

W innym orzeczeniu⁵⁶ Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „aby wykonawca mógł wykazać, że oferowany wyrób spełnia warunki równoważności, w pierwszej kolejności, zamawiający musi je szczegółowo opisać, powinien określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność. Powinien również wskazać zasady oceny, kiedy parametry, czy cechy wyrobu uzna za równoważne. Winien zatem być dokonany odrębny opis i podane parametry równoważności dla zaprojektowanego systemu technologicznego”.

Szczegółowe opisanie parametrów równoważności ma nie tylko na celu umożliwienie wykonawcom ustalenie, czy ich oferty spełnią wymagania postawione przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również ma służyć samemu zamawiającemu, aby mógł w sposób jednoznaczny przesądzić i uzasadnić, czy złożone w prowadzonym przez niego postępowaniu oferty są rzeczywiście równoważne.

Proste posłużenie się sformułowaniem „lub równoważny” nie stanowi wystarczająco jednoznacznego określenia ofert równoważnych, a tym samym może prowadzić do sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, którzy złożyli oferty obejmujące ich zdaniem produkty równoważne do opisanych przez zamawiającego przy pomocy znaków towarowych, patentów lub oznaczenia pochodzenia. Na potwierdzenie tego warto przywołać argumentację Sądu Okręgowego⁵⁷. Jego zdaniem, nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że określił on w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie, w jednoznaczny

⁵⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 511/09)

⁵⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 536/09)

⁵⁷ wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt V Ca 1468/10)

i niebudzący wątpliwości sposób, co oznacza produkt równoważny poprzez wyjaśnienie, że rozumie przez to „właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu zamienniki”. Należy zauważyć, że każdy zamiennik musi z istoty swojej różnić się w jakimś zakresie od oryginału. Zatem podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określenie, że chodzi o produkt równoważny, z uwzględnieniem nawet podanego przez zamawiającego rozumienia równoważności, musi być uznane za bardzo ogólne i bez doprecyzowania dopuszczalnych różnic pomiędzy przykładowo podanym w specyfikacji oprogramowaniem Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM – instalacja, nośnik, licencja a dopuszczonym do zaoferowania zamawiającemu oprogramowaniem równoważnym nie jest uzasadnione odrzucenie oferty odwołującego się wprost na podstawie treści warunków specyfikacji. Sąd Okręgowy w całości podzielił pogląd, że ciężar prawidłowego, niebudzącego wątpliwości sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod względem określenia warunków, jakim powinien odpowiadać przedmiot zamówienia, spoczywał na zamawiającym. Konsekwencją niejasnego zaś, w tym przypadku zbyt ogólnego, określenia warunku równoważności jest doprowadzenie do sytuacji spornej, wymagającej rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy.

Nie jest również prawidłowym wypełnieniem wymogów dotyczących dopuszczenia ofert równoważnych, przewidzenie przez zamawiającego, że ustalenie równoważności produktów nastąpi po złożeniu ofert i będzie wymagało wystąpienia do laboratorium technicznego w celu ustalenia, czy zaproponowane w ofertach urządzenia mogą być uznane za równoważne opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uregulowanie takie jest niezgodne z ustawą Pzp, ale godzi również w podstawową zasadę systemu zamówień publicznych, jaką jest przejrzystość postępowania. Taki sposób procedowania przyznaje zamawiającemu dużą uznaniowość co do zakwalifikowania innego niż wskazane z nazwy w specyfikacji urządzenia jako spełniającego jego oczekiwania⁵⁸.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa⁵⁹ w razie zaistnienia wątpliwości ciężar wykazania równoważności treści składanej oferty spoczywa na wykonawcy oferującym rozwiązanie równoważne. Po stronie wykonawcy więc będzie leżał obowiązek dowiedzenia, że oferowany przez niego produkt, spełnia wymagania równoważności w świetle wszystkich określonych przez zamawiającego wymagań funkcjonalnych oraz innych warunków równoważności.

2.7. Żądanie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego

W celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców dobra odpowiadają wymaganiom, zamawiającego, ma prawo żądać dokumentów. Katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców jest określony przepisami ustawy Pzp⁶⁰ oraz w treści rozporządzenia w sprawie dokumentów⁶¹. Zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów przedmiotowych określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, jak również w nim nie wymienionych, pod warunkiem, że są one niezbędne do

⁵⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1733/10)

⁵⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 395/09)

⁶⁰ art. 25 ust. 1 Pzp

⁶¹ 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817)

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁶². Wykaz dokumentów tzw. przedmiotowych, tj. służących potwierdzeniu, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określony w rozporządzeniu o dokumentach ma charakter przykładowy i w związku z tym zamawiający jest uprawniony do żądania również innych dokumentów niezbędnych do potwierdzenia powyższej zgodności. Niezbędność żądania dokumentu przedmiotowego w postępowaniu należy ocenić w świetle konieczności osiągnięcia celu, z powodu którego zamawiający wymaga jego przedłożenia, a więc potwierdzenia okoliczności w nim opisanych.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- (1) próbek, opisów lub fotografii;
- (2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;
- (3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- (4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- (5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Wykonawcy mogą złożyć zamiast ww. zaświadczeń zaświadczenia równoważne wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. W przypadku zaświadczeń dotyczących potwierdzenia zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi (np. ISO) albo z normami zarządzania środowiskiem (EMAS), wykonawca może zamiast nich złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości albo zarządzania środowiskiem.

Z § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach wynika, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia.

Przepis § 5 ust. 1 pkt 4 dotyczy dokumentów odnoszących się do jakości świadczonych dostaw, nie wskazując jednak na konkretny dokument, który miałby potwierdzać, że produkty będące przedmiotem dostawy odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. W związku z powyższym, zamawiają-

⁶² wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 15 września 2004 r. (sygn. akt II Ca 529/04 niepubl)

cy nie może ograniczać zaświadczenia do jednego tylko rodzaju dokumentu (np. certyfikatu zgodności, atestu), skoro przepisy szczególne dopuszczają istnienie różnych dokumentów potwierdzających jakość produktów będących przedmiotem zamówienia, wydawanych przez odpowiednie podmioty uprawnione do kontroli jakości.

Przepis § 5 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów przewiduje, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać m.in. zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Zamawiający jest więc uprawniony do żądania m.in. certyfikatu ISO w zakresie systemu zarządzania jakością kształcenia/szkolenia albo certyfikatu PASE dla szkół językowych, o ile żądanie ich jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

2.8. Opis konwencjonalny (za pomocą stosownych norm) a opis funkcjonalny

Opis przedmiotu zamówienia może mieć charakter:

- (1) konwencjonalny,
- (2) funkcjonalny albo
- (3) mieszany.

Opis konwencjonalny polega na posłużeniu się przy opisie przedmiotu zamówienia cechami technicznymi i jakościowymi z zachowaniem Polskich Norm, przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, przenoszących normy europejskie. Tego rodzaju sposób opisanie przedmiotu zamówienia może zasadniczo służyć udzielaniu zamówień na zestandaryzowane, ogólnie dostępne w obrocie handlowym przedmioty, usługi lub roboty budowlane.

Opis funkcjonalny polega na wskazaniu wymogów funkcjonalnych i może znaleźć zastosowanie do wyboru niestandardowych rozwiązań, które w sposób optymalny spełnią indywidualne potrzeby zamawiającego.

Opis mieszany przedmiotu zamówienia zawiera jednocześnie wskazanie cech technicznych i jakościowych oraz wymogów funkcjonalnych.

Przepisy⁶³ ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek posługiwania się przy opisie przedmiotu zamówienia Polskimi Normami, przenoszącymi normy europejskie lub normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi te normy, w zakresie niezbędnym do właściwego opisu cech technicznych i jakościowych przedmiotu zamówienia. W kolejnych przepisach ustawy⁶⁴ wskazano kolejność uwzględnienia poszczególnych norm, w przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, zobowiązując jednocześnie zamawiającego, aby opisując przedmiot zamówienia wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

⁶³ art. 30 ust. 1 Pzp

⁶⁴ art. 30 ust. 2 i 3 Pzp

Polska Norma jest normą krajową przyjętą w drodze konsensusu, zatwierdzoną przez Polski Komitet Normalizacji, powszechnie dostępną i oznaczoną na zasadzie wyłączności symbolem PN. Polska Norma może być wprowadzeniem normy europejskiej lub międzynarodowej. Stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. Definicja norm, w tym Polskiej Normy jest oparta na normie EN 45020, tj. normie europejskiej opracowanej przez Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN), w ramach którego krajowe jednostki normalizacyjne i inne zainteresowane strony opracowują normy europejskie. Przez „normę” rozumie się dokument przyjęty na zasadzie konsensusu i zatwierdzony przez upoważnioną jednostkę organizacyjną, ustalający – do powszechnego i wielokrotnego stosowania – zasady, wytyczne lub charakterystyki odnoszące się do różnego rodzaju działalności lub ich wyników i zmierzający do uzyskania optymalnego stopnia uporządkowania w określonym zakresie⁶⁵.

Coraz powszechniejszą praktyką jest tworzenie norm na podstawie wyników, czyli nie określanie technologii, ale przedstawianie szczegółowych informacji na temat wymaganych wyników. Ten rodzaj norm daje wykonawcom swobodę w opracowywaniu rozwiązań służących osiągnięciu zakładanych przez normę wyników, w tym stosowanych rozwiązań technicznych, procesów, procedur oraz materiałów⁶⁶.

Przy opisie przedmiotu należy uwzględnić normy w następującej kolejności:

- Polskie Normy przenoszące Europejskie Normy, normy innego państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszące Europejskie Normy,
- europejskie aprobaty techniczne, wspólne specyfikacje techniczne, normy międzynarodowe, inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne,
- Polskie Normy, polskie aprobaty techniczne, polskie specyfikacje techniczne.

Zamawiający jest również zobowiązany⁶⁷ wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego przy pomocy norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia.

Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwymi normami. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie musi powoływać się na konkretną normę, niemniej jednak używane, do określenia przedmiotu zamówienia, cechy techniczne i jakościowe nie powinny być sprzeczne z odpowiednimi normami. Przepis powyższy nie zawiera natomiast obowiązku posługiwania się normami w opisie przedmiotu zamówienia, ani nie wymaga, by opis przedmiotu zamówienia ściśle odpowiadał treści właściwej normy⁶⁸. Podobne stanowisko w tym względzie zajął Zespół Arbitrów⁶⁹ stwierdzając m.in., że zamawiający nie musi opisywać przedmiotu zamówienia w sposób literalnie odpowiadający właściwej normie, może zastrzyć swe wymagania lub opisać je odmiennie od literalnych sformułowań normy, jeżeli nie naruszy w ten sposób jej zasadniczych postanowień.

⁶⁵ por. ustawa z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz.U. z 2002 r. Nr 169, poz. 1386 z późn. zm.)

⁶⁶ por. PODRĘCZNIK STEPPIN Główne doświadczenia i zalecenia STEPPIN w ramach inicjatywy sieci norm Europe INNOVA

⁶⁷ art. 30 ust. 4 Pzp

⁶⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 313/2010)

⁶⁹ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 sierpnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2336/05 oraz UZP/ZO/0-2337/05)

Konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi, więc w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiającego takich wymagań, co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane – są wyższe niż przewiduje norma, lub które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą, o ile wskazane wymagania nie naruszają zasadniczych postanowień tej normy. Zamawiający może określić wymagania techniczne wyższe aniżeli wynikające z Polskich Norm, o ile wymagania te nie naruszają również zasady uczciwej konkurencji⁷⁰. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem określonych norm, aprobat czy specyfikacji technicznych powinien wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne, co oznacza, że wykonawca może także, przy pomocy innych dokumentów niż deklaracje, certyfikaty zgodności itp. wykazać, że oferowany przez niego produkt spełnia wymogi wynikające z norm lub odpowiednich specyfikacji technicznych.

Zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który w najwyższym stopniu uwzględni jego potrzeby oraz cel, jakiemu służyć ma przedmiot zamówienia, przy czym zamawiający jest zobowiązany zapewnić, aby opis przedmiotu zamówienia nie był sformułowany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nie był sprzeczny z właściwymi normami. W związku z tym wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określone dokumenty, które ma przedstawić wykonawca na potwierdzenie, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania, zamawiający powinien żądać tylko takich dokumentów, które mogą być dostarczone przez wykonawców zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a które potwierdzają, że dany wyrób jest dopuszczony do obrotu.

2.9. Oferty wariantowe

Szczególne znaczenie dla promowania innowacyjności w zamówieniach publicznych oraz otwarcia zamówień udzielanych przez zamawiających na innowacyjne rozwiązania oferowane przez małych i średnich wykonawców może mieć dopuszczenie przez zamawiających składania ofert wariantowych. Umożliwienie wykonawcom składania ofert wariantowych może również oznaczać, iż konkurencja nie będzie się ograniczała do aspektów cenowych, gdyż przewidzenie tego rodzaju ofert rzutuje na konieczność dokonania ich oceny także w oparciu o kryteria pozacenowe.

Oferta wariantowa to oferta, która przewiduje zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego⁷¹. Oferta tego rodzaju zawiera więc propozycje wykonania umowy odmiennie od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów. Składanie ofert wariantowych dopuszczalne jest tylko za zgodą zamawiającego. Nie oznacza to że w ofercie wariantowej przedstawia się różne warianty wykonania zamówienia. Wykonawca może zaproponować w ofercie tylko jeden sposób wykonania zamówienia publicznego, który jest odmienny niż określony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale odpowiadający przewidzianym minimalnym warunkom⁷².

⁷⁰ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 kwietnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-689/05)

⁷¹ art. 2 pkt 7 Pzp

⁷² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1559/11)

Aby można było mówić o złożeniu przez wykonawcę oferty wariantowej, konkretny wariant realizacji zamówienia powinien zostać zaproponowany w ofercie oraz spełniać minimalne wymagania dla ofert wariantowych. Nie możemy mieć bowiem do czynienia z ofertą wariantową, jeżeli żaden wariant nie został zaproponowany w złożonej ofercie, a wykonawca jedynie przypuszcza, że po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia może dojść do jej zmiany⁷³. Należy wyraźnie zaznaczyć różnicę pomiędzy ofertą wariantową, a ewentualną przyszłą zmianą umowy o zamówienie publiczne. Nie mamy z pewnością do czynienia ze złożeniem oferty wariantowej w przypadku, gdy wzór umowy przewiduje w klauzuli 13.1 warunków szczególnych FIDIC możliwość zmian postanowień zawartego między stronami kontraktu w stosunku do treści oferty wykonawcy, a zmiany mogą dotyczyć m.in. zmian technologii wykonywania robót oraz zmiany materiałów koniecznych do ich wykonywania. Fakt przewidzenia takich warunków zmiany umowy nie przesądza o automatycznej możliwości jej zmiany. Wprowadzenie zmian do umowy może zostać dokonane tylko w sytuacji zgodnej woli stron i przy spełnieniu określonych warunków. Nie można więc mówić, że skoro treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to z uwagi na możliwą zmianę umowy, zamawiający dopuścił złożenie oferty wariantowej.

Nie może stanowić o ofercie wariantowej, że wykonawca przyjął takie a nie inne rozwiązanie, koncepcję czy wariant w sytuacji, gdy zaoferował on jednolite świadczenie zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisując jedynie innymi słowami założenia techniczne wynikające ze specyfikacji bez ich jakiegokolwiek zmiany oraz jednocześnie specyfikacja nie przewidywała warunków, w jakich wykonawca mógłby zaproponować odmienny sposób wykonania zamówienia. Samo posłużenie się przez wykonawcę słowem „wariant” nie oznacza, iż sformułował on ofertę wariantową, gdyż oferta złożona w ww. okolicznościach nie spełniła żadnych przesłanek określonej w definicji legalnej tego pojęcia określonych w ustawie Pzp⁷⁴.

Wykonawca nie może narzucić zamawiającemu przewidzenie dopuszczalności składania ofert wariantowych ani przyjęcie i ocenę oferty, zawierającej odmienny od przewidzianego przez zamawiającego sposób realizacji zamówienia. W przypadku, gdy zamawiający nie dopuści zastosowania rozwiązań innego rodzaju, kwalifikowanych według jakichkolwiek kryteriów równoważności, a także wykluczy składanie ofert wariantowych, w których zostałyby przewidziany odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia, to wykonawca winien zaoferować rozwiązanie opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub postulować przed upływem terminu składania ofert dopuszczenie przez zamawiającego również innych rozwiązań⁷⁵.

2.10. Wspólny Słownik Zamówień

Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień⁷⁶. Zamawiający powinien więc uzupełnić opis przedmiotu zamówienia wskazaniem kodów oraz nazw Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Stosowanie nazw i kodów CPV służyć bowiem ma przede wszystkim celom klasyfikacyjnym, statystycznym oraz zapewnieniu porównywalności przedmiotów zamówień

⁷³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 514/11)

⁷⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 642/11)

⁷⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 r. (sygn. akt 327/11)

⁷⁶ art. 30 ust. 7 Pzp

w ujęciu europejskim. Tym samym, nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień służą tylko do opisu przedmiotu zamówienia, a nie do czynności szacowania jego wartości.

Wspólny Słownik Zamówień (CPV), stanowiący załącznik do rozporządzenia Komisji Nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie WE Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz.U. UE z 15.03.2008 r. L 74/1), jest systemem kwalifikacji dostaw, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych, który służy określaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i pozwalający wykonawcom, niezależnie od kraju, z którego pochodzą, i języka, którym się posługują, na jednoznaczną identyfikację przedmiotu zamówienia.

3. Prawo opcji

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa klasyczna 2004/18/WE przewiduje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia⁷⁷.

Powyższy przepis dyrektywy klasycznej dotyczący prawa opcji został implementowany w ustawie Pzp w przepisach⁷⁸ odnoszących się do zagadnienia szacowania wartości zamówienia, stosownie do których, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Zamawiający zastrzegając prawo opcji jest zobowiązany do określenia maksymalnego zakresu zamówienia, obejmującego zarówno część zamówienia podlegającą obligatoryjnemu świadczeniu przez wykonawcę, jak również część opcjonalną, której wykonanie jest uzależnione od stosownego oświadczenia zamawiającego złożonego podczas wykonania przedmiotu zamówienia. Przewidzenie prawa opcji zakłada, że zamawiający określa minimalny poziom zamówienia, który wykonania wymaga, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w umowie o zamówienie publiczne okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie jest zobowiązany skorzystać.

Należy podkreślić, określenie przedmiotu zamówienia odzwierciedlające zakres i wartość zamówienia udzielanego z uwzględnieniem prawa opcji powinny być określone przez zamawiającego w ramach przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, opis przedmiotu zamówienia oraz warunki przyszłej umowy, przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny zawierać wyraźne rozróżnienie pomiędzy częścią zamówienia, która będzie podlegała obligatoryjnemu wykonaniu oraz precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od woli zamawiającego. Wyszczególnione w powyższej części wchodzi w zakres tego samego przedmiotu zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na którego realizację zamawiający powinien przewidywać wydatkowanie określonych środków finansowych. W orzecznictwie⁷⁹ Krajowej Izby Odwoławczej zostało wskazane, iż niedopuszczalna jest praktyka określenia przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia, zdaniem Izby, nie spełnia wymagań ustawy Pzp, która nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości

⁷⁷ art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej

⁷⁸ art. 34 ust. 5 Pzp

⁷⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07)

stron umowy. Zastosowanie prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty⁸⁰.

Prawo opcji nie jest zatem rozwiązaniem, które pozwala procentowo rozszerzać pierwotnie określony przedmiot umowy. Ustawa Pzp nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji” rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego do jego zlecenia wykonawcy. Wykonanie prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanym przy opisie przedmiotu zamówienia (w sposób m.in. jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający wykonawcy złożenie oferty). Należy mieć przy tym na uwadze postanowienie ustawy Pzp⁸¹, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinno być tożsame z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przewidzenie i wykonanie prawa opcji nie może zatem stanowić obejścia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie może więc z powołaniem się na prawo opcji przewidzieć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia albo warunków umowy uregulowań umożliwiających realizację przyszłych, ewentualnych zamówień w zakresie wykraczającym poza przedmiot i wartość zamówienia udzielanego w konkretnym postępowaniu.

W związku z powyższym, zamawiający z powołaniem się na prawo opcji może przewidzieć dopuszczalność zwiększenia podstawowego zakresu zamówienia, z tym jednak zastrzeżeniem, że w warunkach postępowania zostanie określony zakres zamówienia, którego zlecenie jest gwarantowane wykonawcy oraz zakres objęty dyspozycją zamawiającego poprzez wykonanie prawa opcji.

Wykonanie prawa opcji nie stanowi zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest wykonaniem umowy pierwotnie zawartej w zakresie zlecenia wykonawcy dodatkowych świadczeń, których objęcie przedmiotem zamówienia zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie.

Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość przewidzenia zastosowania prawa opcji, ale również udzielenia zamówień uzupełniających. Rozwiązania te zapewniają zamawiającemu uwzględnienie potrzeb związanych z ewentualnym rozszerzeniem zakresu przedmiotowego zamówienia oraz zabezpieczenie wykonania przez wykonawcę zamówienia służącego zaspokojeniu zwiększonych potrzeb zamawiającego, które mogą powstać w podczas realizacji umowy. Ustawodawca wyposażył więc zamawiającego w narzędzia pozwalające na uwzględnienie różnych sytuacji mających wpływ na sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia – od instytucji prawa opcji umożliwiającej zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia, zobowiązując zamawiającego

⁸⁰ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 r., (sygn. akt KIO/UZP 1447/10) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2376/10)

⁸¹ art. 140 ust. 1 i ust. 3 Pzp

do realizacji założonego progu i opcjonalnie realizacji zamówienia w określonym prawem opcji zakresie – po zamówienie uzupełniające, którego – zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający może udzielić z wolnej ręki jeżeli (...) w przypadku udzielenia, w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Uwzględnienie zamówienia uzupełniającego stanowi więc uprawnienie zamawiającego, jednakże uprawnienie to zobowiązuje zamawiającego do przewidzenia zamówienia uzupełniającego już na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego. W przeciwieństwie do prawa opcji, w którym zakres objęty prawem opcji niekoniecznie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią, której realizacja jest pewna (np. leasing z opcją wykupu), zamówienie uzupełniające może być jedynie zamówieniem tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, czyli dotyczyć takich samych usług, jak usługi zawarte w zamówieniu podstawowym i może być udzielone jedynie, gdy zamówienie podstawowe zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. O zastosowaniu zamówień uzupełniających decyduje sam zamawiający, a ich realizacja odbywająca się w osobnym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki może być dokonana jednorazowo lub kilkakrotnie, jednakże nie może przekroczyć ilości, jaka została przewidziana przez zamawiającego w dokumentacji (jednakże nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego).

Powyżej wskazana instytucja prawa opcji oraz zamówienie uzupełniające różnią się więc zasadniczo tym, iż prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia (obejmującego usługi lub dostawy) jedynie w zakresie zadeklarowanym a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Natomiast zamówienie uzupełniające stanowi dodatkową umowę, zawartą w wyniku przeprowadzenia procedury w trybie zamówienia z wolnej ręki.

4. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

4.1. Warunki udziału w postępowaniu

Warunki udziału w postępowaniu stanowią pewne właściwości podmiotowe wykonawcy, od których zaistnienia jest uzależniony udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu dzielą się na:

- (1) warunki pozytywne, które są wymienione w art. 22 ust. 1 Pzp i dotyczą legitymowania się przez wykonawcę określonymi kwalifikacjami podmiotowymi w zakresie posiadania lub dysponowania:
 - uprawnieniami do wykonywania określonej działalności lub czynności,
 - niezbędną wiedzą i doświadczeniem,
 - potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz
 - znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej,których wystąpienie uprawdopodobnia zdolność do należytego wykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę charakteryzującego się takimi cechami;
- (2) warunki negatywne, które są wymienione w art. 24 ust. 1 Pzp i stanowią okoliczności będące podstawą do wykluczenia wykonawcy z uwagi na:
 - nierzetelność w zakresie wykonania wcześniej udzielonych zamówień publicznych,
 - upadłość lub likwidację działalności,
 - zaległości publicznoprawne dotyczące płatności podatków, składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
 - karalność za określonego rodzaju przestępstwa, których wystąpienie dyskwalifikuje dany podmiot jako ewentualnego wykonawcę zamówienia publicznego.

Ww. ukształtowanie warunków obejmujących warunki udziału w postępowaniu oraz warunki odnoszące się do braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu nastąpiło w związku z nowelizacją Pzp⁸². Przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zawiera obecnie zamknięty katalog tzw. „pozytywnych” warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. Aktualnie w tym przepisie nie został uwzględniony warunek „niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, który stanowił treść art. 22 ust.1 pkt 4 w brzmieniu sprzed dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej. Przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że warunkami udziału w postępowaniu, chociaż z uwagi na konstrukcję tego przepisu – „negatywnymi”, są także okoliczności wymienione w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W tym sensie, niepodleganie wykluczeniu z powodu spełnienia warunków określonych

⁸² 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)

w art. 24 ust. 1, należy nadal traktować jako element niezbędny dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu. Skoro art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zawiera podobnie jak art. 22 ust. 1, warunki udziału w postępowaniu, na okoliczność wykazania spełnienia tych warunków zamawiający może żądać dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast samoistną podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu, jest art. 24 ustawy Pzp. Tym samym, wykonawcy na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, co do zasady mogą być zobowiązani do składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, które zostały określone w przepisach art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Pzp jest wymagane od każdego wykonawcy postępowania ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Należy jednocześnie mieć na względzie fakt, że opis oceny spełnienia warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają one 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.

4.2. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W ustawie Pzp został nałożony na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełnienia warunków, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu⁸³, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁸⁴. Należy przy tym odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków (przed nowelizacją ustawy Pzp z 2008 r. – opis warunków udziału w postępowaniu) od warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w przepisach ustawy Pzp w sposób ogólny oraz mający zastosowanie do wszystkich udzielanych zamówień publicznych. 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 odnoszących się do niezbędnych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, zasobów osobowych i technicznych oraz zdolności ekonomicznych i finansowych. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków.

Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków stanowi metodę oceny, jaką zamawiający stosuje w postępowaniu w celu weryfikacji podmiotowej wykonawców w zakresie ich zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W przeciwieństwie do warunków udziału określonych w przepisach ustawy Pzp, ich opis sposobu dokonywania oceny spełnienia określa zamawiający na potrzeby konkretnego postępowania. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie tylko umożliwia wykonawcom zorientowanie się co do możliwości ubiegania się przez nich o zamówienie, ewentualnie

⁸³ art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6 Pzp

⁸⁴ art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp

zakwestionowanie opisu przy pomocy środków ochrony prawnej co do zgodności ich sformułowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ale zawiera wiążące przesłanki, jakimi zamawiający jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny.

Brak lub nieprawidłowości w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi zatem naruszenie ustawy Pzp i prowadzi do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarza możliwość podejmowania przez zamawiających decyzji arbitralnych, naruszających interes poszczególnych wykonawców oraz podstawowe zasady ustawy Pzp: przejrzystości równego traktowania oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

W orzecznictwie sądowym zostało wskazane⁸⁵, iż jeżeli ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tych podmiotów, 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 przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwia prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście jest zatem, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania. W przeciwnym wypadku, przy odmiennej wykładni nie uwzględniającej różnorodnej specyfiki każdego zamówienia, ustawodawca nakazałby stosować zamawiającym identyczne kryteria w zakresie posiadania uprawnień, wiedzy i umiejętności przez oferentów oraz oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej dającej gwarancję wykonania zamówienia nie bacząc na jego przedmiot, specyfikę i cel, który ma zostać zrealizowany poprzez jego wykonanie, oraz na zakres wymagań, które zostaną nałożone na wykonawcę po wyborze jego oferty.

Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w Pzp i nie podlegają modyfikacji, natomiast obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie proporcjonalnego i związanego z przedmiotem zamówienia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który zamieszcza w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zamawiający nie ma obecnie możliwości wpływania na ustawowo określony kształt warunku udziału w postępowaniu, albowiem jest on niezmienny, a jedynie przygotowany na potrzeby danego postępowania opis sposobu dokonania oceny warunku daje zamawiającemu możliwość zweryfikowania wykonawców⁸⁶.

Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania opisu wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przewidujący, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służy wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia oraz jednocześnie nie może ograniczyć dostępu do realizacji zamówienia przez wykonawców, którzy zdolni dysponują wystarczającymi kwalifikacjami do wykonania zamówienia publicznego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępo-

⁸⁵ wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu Wydział II Cywilny Odwoławczy z dnia 31 marca 2006 r. (sygn. akt II Ca 168/06)

⁸⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 325/10)

waniu powinien zapewnić, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć jedynie wykonawcy, którzy swoimi właściwościami gwarantują odpowiedni poziom pewności (uprawdopodobniają, dają rękojmię), co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Uprawnienie zamawiającego w zakresie sporządzania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków ma określone granice. Zamawiający nie może bowiem określać szczegółowego opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie może również sporządzić opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do tego przedmiotu.

Nie jest, zatem zgodne z ustawą Pzp wskazanie, iż zamawiający będzie dokonywał weryfikacji doświadczenia wykonawców na podstawie wykonanych przez nich świadczeń podobnych jak w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołuje się w ten sposób na własne rozumienie postawionych wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, niewynikającego z treści opisu sposobu oceny spełniania warunków, albo odnoszące się do przedmiotu zamówienia, tymczasem to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie opis przedmiotu zamówienia powinien określać jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców⁸⁷.

4.3. Zasady opisywania sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Opisanie warunku udziału w postępowaniu należy z pewnością do czynności niezwykle istotnych z uwagi na fakt, iż opisane warunki kształtują krąg podmiotów, które będą mogły ubiegać się o wykonanie zamówienia. Tym samym, czynność ta ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia⁸⁸. W związku z powyższym, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia ustawy Pzp może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sytuacji. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie ad casum, w realiach danego przypadku.

Z powyższych względów należy stwierdzić, iż ocena czy dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków narusza przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji, musi być dokonywana w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia.

Specyfika danego zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne oraz zamierzony cel gospodarczy jakiemu ma służyć wykonanie zamówienia wpływa na ocenę dopuszczalności stosowania określo-

⁸⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 78/07)

⁸⁸ art. 22 ust. 4 Pzp

nych sposobów dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż każdy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być:

(!) uzasadniony merytorycznie i

(!!) znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia.

Z zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być precyzyjny i jednoznaczny, tak aby nie było wątpliwości, spełnienia jakich warunków zamawiający oczekuje od wykonawców⁸⁹.

Skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określane ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Prowadzi to bowiem do ograniczenia kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. Podkreślić należy, że opis sposobu dokonania oceny spełniania powinien mieć na celu weryfikację zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu i realizacji zamówienia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Sąd Okręgowy⁹⁰ stwierdził, iż „narusza tę 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.”

Celem opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany dokonać opisu warunków w taki sposób, aby w mogli zapewnić w postępowaniu uczestnictwo wykonawców, którzy swoimi właściwościami podmiotowymi zapewniają odpowiedni poziom pewności, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Zamawiający określając wartości ujęte w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, powinien zapewnić zachowanie właściwych proporcji do wielkości zamówienia, do jego zakresu, wartości i stopnia skomplikowania. Koniecznym jest również, aby zamawiający uwzględnił cel, jakiemu ma służyć opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowego sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia⁹¹.

Nie oznacza to jednak, iż sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być opisany przez zamawiającego tak, aby zapewnić udział każdego potencjalnego wykonawcy prowadzącego działalność danego rodzaju. „Określenie warunków, które mogą spełnić nieliczni wykonawcy nie stanowi samo w sobie utrudnienia uczciwej konkurencji. Niemożność spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przez niektórych wykonawców, nie świadczy jeszcze o niedozwolonym

⁸⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 356/08 i KIO/UZP 371/08)

⁹⁰ wyrok Sądu Okręgowego z dnia 26 lutego 2003 r. (sygn. akt V Ca 221/03)

⁹¹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 29/11), por. również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: sygn. KIO/844/10, KIO/1202/10, KIO/1574/10, KIO/1600/10, KIO/1612/10, KIO/1627/10, KIO/2144/10, a także wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt VIII Ga 58/09)

ustanowieniu warunków przez zamawiającego⁹². Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia.

Zamawiającemu wolno opisać sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że opis ten nie spowoduje wyeliminowania konkurencji⁹³. Sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego ma z jednej strony zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie może w sposób nieuprawniony ograniczać konkurencji pomiędzy takimi wykonawcami. Stąd opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być określony proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego⁹⁴.

W kwestii adekwatności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza. W jednym z wyroków⁹⁵, Izba stwierdziła, iż „zamawiający naruszył przepisy ustawy określając wymóg legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu projektu budowlanego na obiekt o powierzchni użytkowej 10 000 m², w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia było wykonanie projektu budynku o powierzchni użytkowej 5720 m². (...) W przypadku świadczenia usług projektowych rozmiary projektowanego budynku mają zasadnicze znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy do ich realizacji. Rozmiary budynku mają zasadnicze znaczenie choćby dla określenia rodzaju uprawnień w ramach specjalności budowlanych (...). Nie można uznać, że zamawiający może w dowolny sposób określać warunki, byleby zachować możliwość konkurowania pomiędzy kilkoma wykonawcami (...). Proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego”. Izba⁹⁶ wskazała również iż „za adekwatne należy uznać żądanie zamawiającego wykazania przez wykonawców usług o łącznej wartości co najmniej 30 mln zł, skoro wartość szacunkowa zamówienia określona została na poziomie 52–57 mln zł, a więc wartość żądana stanowiła niespełna 53% wartości zamówienia”. W przywołanym już wyżej wyroku KIO/UZP 402/08, podkreślono, iż warunek realizacji basenów o wartości każdy po 10 000 000 zł, w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, nie może być uznany obiektywnie za wygórowany, skoro stanowi niespełna ułamek 2/3 przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła⁹⁷, iż celem określenia sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie wyłonienia wykonawcy mogącego zrealizować należycie zamówienie, czyli takiego, który wykaże się realizacją zamówień o podobnym co do złożoności i wielkości charakterze, co przedmiot zamówienia. Znajduje to również potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej⁹⁸, w którym skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołujących co do dopuszczalności sumowania wartości usług, realizowanych na podstawie różnych umów. Niemniej ocena przedkładanych przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie jego zdolności podmiotowej do realizacji zamówienia, należy zawsze do zamawiającego i powinna być dokonywana stosownie do okoliczności konkretnego przypadku. Możemy mieć bowiem do czynienia np. ze szczególną sytuacją kompleksowej realizacji robót

⁹² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 259/08)

⁹³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07)

⁹⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 428/08)

⁹⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 428/08)

⁹⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 452/09)

⁹⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 607/09)

⁹⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 818/08, KIO/UZP 819/08)

budowlanych, tj. wykonywania wielu robót budowlanych na tym samym obiekcie budowlanym, które pomimo że zostały ujęte w odrębne umowy, dotyczą tego samego wykonawcy. W takim przypadku, wartość wszystkich robót budowlanych zrealizowanych przez jednego wykonawcę na tym samym obiekcie budowlanym w tym samym czasie, można odnieść do wartości całego zamówienia na roboty budowlane, tyle że udzielanego w częściach⁹⁹.

Należy również zgodzić się z poglądem wyrażonym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej¹⁰⁰, gdzie Izba uznała, że „W okresie ostatnich 3 lat” należy rozumieć jako dostawy w każdym z 3 lat. Treść rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia wykazu z pewnego okresu czyli przedziału czasowego, który został dookreślony w rozporządzeniu i wynosi trzy lata. Wynika z tego, że Zamawiający nie ma prawa wydłużyć tego czasokresu poprzez zwiększenie ilości lat, nie ma prawa również zawęzić tego czasookresu np.: jedynie do ostatniego roku ale również nie ma prawa żądania wykazania się nabytym doświadczeniem w każdym z poszczególnych trzech lat, lecz w swobodnie wybranym przez wykonawcę okresie wpisującym się w okres tych trzech lat.

Niedopuszczalne jest interpretowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących opisu warunków, jako podstawy do żądania postawienia bardziej restrykcyjnych warunków udziału w postępowaniu niż przewidziane przez zamawiającego, a więc interpretowania przepisu w sposób ograniczający konkurencję i zmierzający do ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dyspozycja przepisu nakazującego opisanie warunku w sposób związany i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp) jest jedynie wyznacznikiem i kryterium oceny dopuszczalnego stopnia ograniczenia konkurencji, do jakiego może posunąć się zamawiający celem zawarowania dostępu do zamówienia jedynie określonej grupie wykonawców. Opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, postawionych przez zamawiającego nie zostanie zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp w przypadku gdy będzie proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia.

Przepis art. 22 ust. 4 ustawy może więc stanowić podstawę do oceny i żądania obniżenia nazbyt restrykcyjnych w stosunku do danego przedmiotu zamówienia wymagań zamawiającego, określających cechy podmiotowe wykonawców uznawanych przezeń za zdolnych do wykonania zamówienia, tj. obniżenia do poziomu adekwatnego i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia.

Nie stanowi jednak podstawy do określania przez wykonawców własnych, nowych i rozszerzonych w stosunku do wymagań zamawiającego, warunków udziału w postępowaniu i uprawnienia do narzucenia ich zamawiającemu z powołaniem na fakt, iż są bardziej przystające i proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 Pzp, niezmiennie pozostaje uprawnieniem zamawiającego, w szczególności w zakresie decyzji jakie warunki uznaje za wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowości wykonania udzielanego zamówienia. Tym samym, warunki opisane przez zamawiającego mogą zostać na gruncie przywołanych powyżej przepisów uznane za nadmierne i ograniczające konkurencję, nigdy natomiast za niewystarczające i zbyt szerokie¹⁰¹.

⁹⁹ por. art. 32 ust. 4 Pzp

¹⁰⁰ uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 96/10)

¹⁰¹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 287/11)

Wolą ustawodawcy było odejście od rozumienia pojęcia „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” przyjętego w poprzednim stanie prawnym, jako kryterium „spełnia / nie spełnia”, lecz odniesienie go do konkretnych warunków udziału ustalonych w danym postępowaniu na podstawie wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. O wskazanym powyżej rozumieniu pojęcia „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” świadczy również brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Zamawiający jest zobowiązany do opisu wyłącznie tych warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia wykonawcy dającego gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje również przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, w myśl którego wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego żądanym. Koresponduje z powyższym postanowienie rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym w postępowaniach powyżej progów unijnych zamawiający żąda, a poniżej progów może żądać dokumentów na potwierdzenie tylko tych warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, co do których dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Równocześnie ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełniania warunków zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile zamawiający dokonał takiego opisu¹⁰².

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być: (1) związany z przedmiotem zamówienia oraz (2) proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Związanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia dotyczy celu „jakimemu opis ma służyć i nie może wykraczać poza realizację tego celu dotyczącego wyłonienia wykonawcy charakteryzującego się pewnymi rodzajowo określonymi kwalifikacjami niezbędnymi do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest więc badanie posiadania przez wykonawcę uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego lub osób posiadających określone kwalifikacje, które nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być więc dokonany w taki sposób, aby zachodził związek pomiędzy opisany warunkiem a specyfiką udzielanego zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności itp.

Należy wskazać, że z zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców wynika, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być precyzyjny i jednoznaczny, aby nie było wątpliwości, spełnienia jakich warunków zamawiający oczekuje. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określane ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego związane z przedmiotem zamówienia i powinny być w stosunku do niego proporcjonalne. Takich wymagań nie spełnia z pewnością wymóg wykazania się przez wykonawcę realizacją zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, gdyż spełnienie warunku w tym zakresie nie prowadzi do gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia¹⁰³. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców poprzez możliwość dokonywania arbitralnej oceny przez zamawiającego w zakresie spełniania tych warunków przez poszczególnych wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu

¹⁰² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 916/10)

¹⁰³ uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 20/11)

wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Działanie zamawiającego polegające na nieadekwatnym w stosunku do przedmiotu zamówienia opisie warunków udziału w postępowaniu narusza przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu proporcjonalny do przedmiotu zamówienia jest adekwatny do osiągnięcia zakładanego celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie – rażąco nieadekwatny dla wielkości przedmiotu zamówienia określenie wymaganego od oferenta rocznego przerobu, która eliminuje wszystkich niespełniających tego warunku.

Proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego.

Proporcjonalność powinna się przejawiać w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być dokonywany automatycznie przez zamawiającego, zaś w każdym przypadku powinien być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest związany warunkami oraz opisem sposobu dokonania oceny ich spełnienia, stawianymi przez innych zamawiających w stosunku do ich przedmiotu zamówienia¹⁰⁴.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być określony proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego, nie może w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą warunki te stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich¹⁰⁵.

W orzecznictwie Izby zostało podkreślone, iż za warunek wygórowany dotyczący wartości zrealizowanych prac i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uznaje się taki, który określa górną granicę objętych doświadczeniem zawodowym znaczenie powyżej wartości szacunkowej zamówienia¹⁰⁶.

Nie tylko nie ma przeszkód prawnych do określenia przez zamawiającego minimalnej wartości wykonanych dostaw i usług, ale w wielu przypadkach jest to uzasadnione. Określenie tej wartości jest dopuszczalne i celowe, o ile pozostaje proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W jednej z rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą spraw¹⁰⁷, proporcje te zostały zachowane w związku z wystąpieniem następujących okoliczności faktycznych. Zamawiający przedłożył na rozprawie zestawienie opracowane dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia we wcześniej prowadzonym (a następnie unieważnionym) postępowaniu, wg którego, wartość dostawy i uruchomienia automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli wynosi 17 208 115 zł, wartość dostawy i instalacji urządzeń oraz oprogramowania systemu teleinformatycznego – 7 060 819 zł, wartość dostawy i urucho-

¹⁰⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1116/10)

¹⁰⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 428/08) i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 235/09, KIO/UZP 452/09)

¹⁰⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 402/08) oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 grudnia 2006 r. (UZP/ZO/0-2969/06)

¹⁰⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1506/11)

mienie systemu teleinformatycznego zbierającego i przetwarzającego dane z pojazdów – 5 455 103 zł, a wartość dostawy i uruchomienia instalacji pokładowych w pojazdach zasilanych elektrycznie – 412 360 zł. Wartość zamówień, których wykonaniem mieli się legitymować wykonawcy wynosiła odpowiednio: 10 mln zł, 3 mln zł, 2 mln zł i 200 tys. zł (zatem stosunek wartości wymaganej w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do wartości szacunkowej poszczególnych elementów zamykał się w przedziale od 36,7% do 58%). W postępowaniu, w którym zostało wniesione odwołanie, wartość szacunkowa ustalona została na poziomie wyższym, natomiast warunki udziału w postępowaniu pozostały bez zmian, zatem wartość wykonanych zamówień stanowi jeszcze mniejszy procent wartości oszacowanej przez zamawiającego.

Za nieuprawnione w świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać żądanie potwierdzenia posiadania doświadczenia wykonawcy przy wykazaniu się robotami o takim charakterze, jakim wymagał zamawiający. W ocenie Izby za wystarczające i za zabezpieczające interesy zamawiającego należy uznać żądanie wykazania się posiadaniem doświadczenia w sposób pierwotnie określony przez zamawiającego, a więc w sposób szerszy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ale z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważył na rozprawie odwołujący, różnica podkreślana przez zamawiającego nie odnosi się do zakresu, czy też charakteru wykonywania prac, tylko do warunków, w których będą dane prace wykonywane, natomiast powyższe nie wpływa na doświadczenie jakie posiada wykonawca, związane jest zaś z etapem faktycznej realizacji kontraktu¹⁰⁸.

Ogólne zasady konstruowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Przy opisywaniu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy mieć na uwadze również zakres informacji, które mogą być potwierdzone na podstawie dokumentów określonych w rozporządzeniu o dokumentach. Zarówno opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i wskazywane przez zamawiającego dokumenty, stanowią wypełnienie treści warunków udziału w postępowaniu pozwalające na ocenę zdolności podmiotowych wykonawcy. Prowadzi to do wniosku, iż zweryfikowanie spełnienia warunku przez wykonawcę powinno być możliwe w oparciu o żądane dokumenty, których zamknięty katalog został przewidziany w rozporządzeniu o dokumentach. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej¹⁰⁹, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, to merytoryczny wyznacznik potencjału, a dokument to źródło oceny i jego potwierdzenia.

Związanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku z opisem przedmiotu zamówienia

Kryteria, którymi będzie kierował się zamawiający przy weryfikacji podmiotowej wykonawców powinny być w sposób precyzyjny powiązane z zakresem przedmiotu zamówienia, stopniem jego skomplikowania, szczególnymi umiejętnościami, jakie powinien posiadać wykonawca przy jego realizacji. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służy nie tylko zamawiającemu do weryfikacji kręgu wykonawców, a tym samym wyeliminowaniu ryzyka niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zamówienia, ale pozwala także wykonawcom na ocenę własnych możliwości na etapie podejmowania decyzji o przystąpieniu do postępowania oraz na kontrolę prawidłowości działań zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków w toku badania ofert¹¹⁰.

¹⁰⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1991/11)

¹⁰⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 569/11)

¹¹⁰ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1202/10)

Związek z przedmiotem zamówienia zachodzi poprzez uwzględnienie w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu celu, jakiemu opis ten ma służyć w postaci zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia¹¹¹. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie może wykraczać poza ten cel.

Proporcjonalność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału do opisu przedmiotu zamówienia

Mając na uwadze rozumienie w języku polskim słowa „proporcjonalny” jako „mający określony stosunek części do całości lub wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości” należy uznać, iż proporcjonalność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku do przedmiotu zamówienia powinien być rozważany w aspekcie relacji rodzaju, ilości elementów oraz wielkości poszczególnych parametrów objętych opisem oceny spełniania warunku do rodzaju, ilości elementów oraz wielkości poszczególnych parametrów objętych opisem przedmiotu zamówienia¹¹².

W jednym z wyroków¹¹³, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wtedy ETS) wskazał, że, ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Jednoznaczność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien kierować się obiektywnymi przesłankami, aby zapewnić udział w postępowaniu każdemu wykonawcy, który jest rzeczywiście zdolny do jego wykonania.

Nie sprecyzowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do uznaniowej jego oceny przez zamawiającego. W jednym z wyroków¹¹⁴, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuprawnione stanowisko odnośnie niespełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganej minimalnej ilości „pilarzy” oraz nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem „zamówienia podobne”.

Zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie powinien posługiwać się terminami nieprecyzyjnymi, gdyż może to rodzić ryzyko różnej interpretacji przez uczestników postępowania. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia, gdy zamawiający nie określi w specyfikacji, jakie zamówienie będzie uznawane za „zbliżone” do przedmiotu zamówienia¹¹⁵. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności, czy posiadane przez nich doświadczenie zostanie uznane przez zamawiającego za porównywalne co do zbieżności z przedmiotem zamówienia. Niedopuszczalne jest dokonywanie arbitralnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, gdyż uchybia to zasadzie przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹¹¹ por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

¹¹² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 844/10)

¹¹³ wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r. (sygn. akt C-414/97), Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii

¹¹⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 60/09)

¹¹⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1551/10)

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieskonkretyzowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełnienia. Arbitralna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wskazania czytelnego sposobu dokonywania takiej oceny w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zarówno zamawiający jak i wykonawcy są związani opisem warunków zamieszczonym w specyfikacji i ogłoszeniu. Zamawiający nie może podczas oceny ofert odstępować od ustalonego opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu. Nie może również modyfikować sposobu oceny ich spełnienia, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad ustawy Pzp w zakresie równego traktowania wykonawców¹¹⁶.

Zamawiający nie ma więc możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani poprzez interpretowanie tych zapisów ponad to co było zapisane. Działanie takie stanowi zmianę, swego rodzaju dopasowanie odpowiednio opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu do przedłożonych wraz z ofertą dokumentów lub dopasowanie ukształtowanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków do faktycznych niedookreślonych wcześniej wymagań zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca aby wypełnić treścią wymagania zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane¹¹⁷.

Wszelkie wątpliwości interpretacyjnie odnośnie sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinny być rozstrzygane na podstawie literalnej wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia oraz na rzecz interpretacji korzystnych dla wykonawcy. Nie jest dopuszczalne zawężające uszczegółowienie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w ramach wykładni celowościowej zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas badania i oceny ofert zwłaszcza w przypadku, gdy literalny zapis specyfikacji nie pozostawia żadnych wątpliwości, a oparcie się na wykładni funkcjonalnej prowadzi do wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu¹¹⁸.

Postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków oraz wymaganych dokumentów potwierdzających opisane warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Wymagania, które określa zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹¹⁹. Ocena spełnienia warunków powinna zostać dokonana wyłącznie w oparciu o literalne ich brzmienie. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana wprost interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena ich spełnienia.

Przykłady niezwiązanego z przedmiotem zamówienia opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Krajowa Izba Odwoławcza uznała¹²⁰, za naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie wy-

¹¹⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 108/10)

¹¹⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r. (sygn. akt 912/11)

¹¹⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 72/09)

¹¹⁹ wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt XXIII GA 446/08)

¹²⁰ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 598/10 i 608/10)

kazania się wiedzą i doświadczeniem, na które składa się wykonanie co najmniej dwóch usług, których przedmiotem jest sprzątnięcie, transport wewnętrzny i czynności pomocnicze oraz łącznie z nimi wykonywane usługi odbioru i wywozu odpadów medycznych niebezpiecznych. Powyższy wymóg w praktyce umożliwił ubieganie się o udzielenie zamówienia tylko kilku podmiotom. Tak sformułowany opis warunku wyeliminował z postępowania tych wykonawców, którzy posiadali doświadczenie w wykonywaniu usług sprzątnięcia, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych, ale w ramach kontraktu na te usługi nie wykonywali usług odbioru i wywozu odpadów medycznych niebezpiecznych. Zdaniem Izby, łączne wymaganie doświadczenia w zakresie obu tych usług, z których jedna wymaga specjalnego zezwolenia, pozbawia możliwości zawiązania przez wykonawców dysponujących odpowiednim doświadczeniem w realizacji tych usług z osobną umową konsorcjum, której celem będzie wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia i którzy mogliby zagwarantować należyte wykonanie usług. Wymaganie, aby obie usługi wykonywane były łącznie, w ramach umowy dotyczącej kompleksowego sprzątnięcia transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych zostało uznane za zbyt daleko idące ograniczenie oraz nie znajdujące uzasadnienia w zobiektywizowanych potrzebach zamawiającego. Według Izby, taki wymóg należało uznać za nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, które w zasadniczej i przeważającej mierze dotyczy usług sprzątnięcia, a tym samym przedmiotowe żądanie w sposób nieuzasadniony ograniczyło dostęp do zamówienia wykonawcom rzeczywiście zdolnym do realizacji.

Przykłady proporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu

W przypadku, gdy wielkość widowni w budowanej filharmonii wynosi 957 miejsc, opis warunku odnoszący się do wielkości widowni obiektu referencyjnego na minimum 400 miejsc nie można uznać za nadmierne i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia¹²¹.

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu budowlanego bloku energetycznego o mocy 1000 MWe, to w świetle tego przedmiotu zamówienia nie można mówić, iż opisanie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez żądanie wykazania się przez wykonawcę realizacji dokumentacji technicznej bloku energetycznego o mocy ≥ 400 MWe jest nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia¹²².

Przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej było wymaganie doświadczenia w wykonywaniu robót na lotniskach, kwestionowane przez wykonawcę jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia. Z pewnością doświadczenie w realizacji technicznego aspektu przedsięwzięcia (np. budowy nawierzchni asfaltowych czy betonowych) można zostać nabyte na budowie każdego typu. Jednakże nie sposób zgodzić się z odwołującym jakoby doświadczenie osób związane z organizacją i kierowaniem pracą na obiekcie było w każdym aspekcie porównywalne z doświadczeniem nabywanym na obiektach o innej specyfice, różnym profilu działania oraz funkcjonujących w innych reżimach prawnych, np. droga publiczna – lotnisko. W takim przypadku znaczną odmienność wykazują np. zasady organizacji ruchu na przebudowywanej drodze oraz zasady przemieszczania (bezpieczeństwa) personelu i uczestników ruchu drogowego od zasad bezpieczeństwa obowiązującego na lotniskach (poczynając od przepływu osób w strefie przygranicznej, po zasady poruszania się po płycie lotniska oraz bezpieczeństwa korzystających z lotniska statków powietrznych oraz jego obiektów). Uzasadnione jest więc wymaganie od wykonawcy dysponowania osobami posiadającymi znajomość zasad tego typu oraz umiejętność ich stosowania

¹²¹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt 388/10, 390/10), s. 12

¹²² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1116/10)

w praktyce, czego gwarancją może stanowić jedynie praktyczne doświadczenie zawodowe nabyte w tym obszarze. W oparciu o powyższą argumentację, motywowany koniecznością zapewnienia sprawnego oraz bezpiecznego przebiegu robót budowlanych opis spełniania warunków udziału w postępowaniu poczyniony przez zamawiającego Izba uznała za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia¹²³.

Opis warunku dotyczył doświadczenia w nadzorowaniu inwestycji o wartości 400 000 000 mln zł brutto, polegającej na budowie instalacji termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych albo budowa bloku energetycznego opalanego paliwem stałym. Inwestycja, którą miał nadzorować i zarządzać wykonawca wyłoniony w postępowaniu, w którym taki warunek został postawiony, dotyczył budowy linii spalania stałych odpadów komunalnych wraz z blokiem przekształcającym uzyskaną w procesie spalania energię ciepłą w energię elektryczną o wartość około 750 000 000 zł. W takich okolicznościach Izba uznała¹²⁴, że żądanie wykazania się doświadczeniem w nadzorowaniu i zarządzaniu inwestycją o wartości prawie o połowę mniejszej, należy uznać za związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Przykłady nieproporcjonalnego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu

Wyłączenie porównywalnej wielkości obiektów kinowych i teatralnych, które również muszą spełniać wymagania co do rozwiązań i wykonawstwa, zabezpieczających odpowiednie warunki akustyczne stanowi zbyt wąskie zawężenie obiektów porównywalnych z przedmiotem zamówienia, sprowadzających się wyłącznie do obiektów ściśle muzycznych, przez co ów warunek i sposób dokonania oceny warunku pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia¹²⁵.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała¹²⁶ opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie doświadczenia za wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ przy oszacowanej wartości zamówienia 18 232 729,20 zł netto (22 243 929,63 zł brutto), co przy trwającym 36 miesięcy zamówieniu daje na rok niespełna 7,5 mln zł, zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem 2 kompleksowych usług sprzątnięcia, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych o rocznej wartości brutto co najmniej 5 000 000,00 zł. Powyższe w ocenie Izby wskazywało na niezachowanie niezbędnej równowagi pomiędzy interesem zamawiającego, polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

Inne naruszenia przepisów dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Treść rozporządzenia o dokumentach jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia wykazu z pewnego okresu, czyli przedziału czasowego, który został dookreślony w rozporządzeniu o dokumentach i wynosi trzy lata w przypadku dostaw lub usług oraz 5 lat w przypadku robót budowlanych. „W okresie ostatnich 3 lat / 5 lat” należy rozumieć jako dostawy lub usługi w każdym z 3 lat albo roboty budowlane zakończone w okresie ostatnich 5 lat (choćby ich wykonanie rozpoczęło się wcześniej). Zamawiający nie ma więc prawa wydłużyć tego czasokresu poprzez zwiększenie liczby lat, ale nie ma również prawa do zawężenia tego czasookresu np. jedynie do ostatniego roku. Nie przysługuje mu rów-

¹²³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1041/10)

¹²⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 287/11)

¹²⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO 388/10 i 390/10), s. 11

¹²⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 598/10 i 608/10)

niez prawo do żądania wykazania się nabytym doświadczeniem w każdym z poszczególnych trzech lat¹²⁷. Naruszeniem przepisów Pzp będzie więc sformułowanie opisu warunku w następujący sposób: „Wykaz wykonanych i wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw (oznaczenie przedmiotu dostawy), wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należyście.”

4.4. Potwierdzanie spełniania warunków udziału przez wykonawcę

Ciężar udowodnienia spełniania warunków spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, wykazać spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu służą oświadczenia:

- 1) przewidziane w przepisie art. 44 Pzp dotyczące potwierdzenia spełniania warunków pozytywnych, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp,
- 2) przewidziane w przepisach rozporządzenia o dokumentach, dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Warunki dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 Pzp charakteryzują się następującymi cechami: (1) mające takie samo zastosowanie w każdym postępowaniu; (2) wynikają wprost z ustawy Pzp; (3) nie zachodzi konieczność ich sprecyzowania w postaci sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ryzyko ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawcę, w odniesieniu do którego zachodzi podstawa do wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 jest znikome w porównaniu z niespełnianiem przez wykonawcę warunków z art. 22 ust. 1 oraz całkowicie oderwane od okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc, z punktu widzenia zapewnienia zamawiającemu należytego wykonania zamówienia o wiele większe znaczenie mają warunki z art. 22 ust. 1 i z tego powodu oświadczenie w przedmiocie potwierdzenia spełniania tych warunków ma charakter obligatoryjny niezależnie od wartości zamówienia. Natomiast oświadczenie odnośnie braku podstaw do wykluczenia z postępowania zamawiający może żądać w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. „progów unijnych” oraz jest zobowiązany żądać w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o wartości równej lub wyższej od tzw. „progów unijnych”.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp obowiązuje zasada związku pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) a dokumentami przedkładanymi przez wykonawców na ich potwierdzenie (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie tych dokumentów, które służą potwierdzeniu spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu (niezbędnych do przeprowadzenia postępowania). Przy czym ustawodawca w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp

¹²⁷ uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 96/10)

upoważnił Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia katalogu dokumentów, jakie zamawiający mogą żądać od wykonawców. Tym samym katalog ten ma charakter normatywny, co oznacza, że zamawiający nie mogą żądać od wykonawców innych dokumentów, niż wskazane w tym rozporządzeniu (wyjątek stanowi art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Stosownie do postanowienia art. 25 ust. 1 zd. pierwsze ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). Rozporządzenie uzależnia zakres żądanych dokumentów w pierwszej kolejności od wartości udzielanego zamówienia, a zatem od tego, czy szacunkowa wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”. Przy czym należy podkreślić, że istotne wymienione są w nim zarówno dokumenty odnoszące się do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak również do warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyżej tzw. „progów unijnych”, w związku z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim dokonał ich opisu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp) oraz wszystkich dokumentów wskazywanych w rozporządzeniu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Poniżej tzw. „progów unijnych”, w związku z treścią art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający ma uprawnienie do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim dokonał ich opisu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp), nie ma natomiast takiego obowiązku. Tym samym, zamawiający nie powinien żądać dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp, żądanie wybranych dokumentów stanowi uprawnienie zamawiającego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, będzie sprowadzał się w tym przypadku do wskazania dokumentu żadanego na potwierdzenie spełniania warunków.

Warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter ogólny i abstrakcyjny. Zamawiający zobowiązany jest je doprecyzować poprzez ich opisanie w taki sposób, aby z jednej strony wykluczyć z postępowania wykonawców niebędących w stanie zrealizować zamówienia, a z drugiej strony umożliwić wzięcie w nim udziału wszystkim tym, którzy obiektywnie są zdolni wykonać przedmiot zamówienia. Jednocześnie sformułowanie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu warunków udziału w postępowaniu powinno uwzględniać specyfikę udzielanego zamówienia i nie może prowadzić do naruszenia zasad określonych w Prawie zamówień publicznych, m.in. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Oczywiście jest zatem, iż sposób formułowania warunków udziału w postępowaniu będzie inny przy różnych typach zamówienia. Stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 749/08) norma art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter blankietowy i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością.

Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu tylko takich warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne jego zdaniem do zweryfikowania wykonawców pod kątem prawidłowego wykonania przez nich udzielanego zamówienia. W odniesieniu do tak opisanych warunków udziału w postępowaniu jest uprawniony albo zobowiązany (w zależności od wartości szacunkowej zamówienia) do żądania na potwierdzenie spełnienia tych warunków odpowiednich dokumentów. Innymi słowy żądanie dokumentów w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, jest niezbędne jedynie w przypadku wcześniejszego opisanego przez zamawiającego odpowiednich warunków udziału w postępowaniu, których spełnianie mają one potwierdzać.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do cytowanego przepisu, zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu 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 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), ale wyłącznie tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Tym samym zamawiający powinien najpierw opisać warunki udziału w postępowaniu, a następnie zażądać dokumentów potwierdzających ich spełnianie przez wykonawców. Przy czym, zamawiający nie może opisywać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe twierdzenie potwierdza, zawarte w ww. rozporządzeniu sformułowanie, zgodnie z którym zamawiający może żądać określonych w nim dokumentów, w celu potwierdzenia opisanego przez niego warunku udziału w postępowaniu (por. § 1 część wstępna ust. 2 i 3 rozporządzenia).

Zamawiający może żądać od wykonawców, na potwierdzenie spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu, wyłącznie dokumentów enumeratywnie wymienionych w ww. rozporządzeniu. Podkreślić należy, iż rozporządzenie to wymienia maksymalny zakres dokumentów jakich można żądać w ramach postępowania, niemniej to do zamawiającego należy określenie, które z nich jako niezbędne powinny być złożone przez wykonawcę w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Kwestia jakie dokumenty są niezbędne do przeprowadzenia postępowania powinna być rozpatrywana przez zamawiającego indywidualnie w ramach każdego postępowania oraz z uwzględnieniem jego specyfikacji.

Stosownie do treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do cytowanego przepisu, zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu 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), ale wyłącznie tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Tym samym, zamawiający powinien najpierw sformułować opis oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie zażądać dokumentów potwierdzających ich spełnianie przez wykonawców. Przy czym, zamawiający nie może opisywać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż jeżeli postawiony przez zamawiającego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg dotyczący sposobu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, został opisany w sposób obiektywny, adekwatny do rodzaju

i wartości zamówienia i jednocześnie zgodny z postanowieniami ww. rozporządzenia, zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych ani aktów wykonawczych do niej.

4.5. Żądanie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na zasobach których wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie). Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia.

W odniesieniu do przypadków pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia istotne jest to, iż o tym, czy wykonawca dysponuje takimi osobami rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim. Tak więc tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie takimi osobami jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o współpracy, umowa o podwykonawstwo, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Jedynie w takich przypadkach zamawiający ma prawo żądania w myśl postanowienia § 1 ust. 2 rozporządzenia przedstawienia przez wykonawcę dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, a określonych w przepisach § 2 rozporządzenia.

Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób bezpośredni. O tym, czy wykonawca dysponuje bezpośrednio osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje. Przy czym jak wskazano powyżej bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną itd.

Rekapituluując powyższe ustalenia należy stwierdzić, iż § 1 ust. 2 rozporządzenia znajduje zastosowanie wyłącznie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia pozostające w dyspozycji osób trzecich (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych). Przepis ten nie dotyczy natomiast przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku.

4.6. Powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich

Wyjątek od zasady przedkładania przez wykonawcę wyłącznie dokumentów, żądanych przez zamawiającego dotyczy dokumentowania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby podmiotów trzecich. W tym przypadku obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających tę okoliczność wynika wprost z ustawy Pzp.

W świetle przepisów ustawy Pzp¹²⁸, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, 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 wprowadzenia do ustawy Pzp powyższego uregulowania było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykładania tego przepisu prowadzi do następujących wniosków:

- 1) dotyczy on tylko niektórych z potencjałów; nie dotyczy uprawnień (licencja, koncesja, zezwolenie) oraz sytuacji ekonomicznej (płynność finansowa, ubezpieczenie od odpowiedzialności z tytułu prowadzonej działalności);
- 2) wykonawca musi wykazać, że będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia;
- 3) dotyczy tylko warunków opisanych przez zamawiającego;
- 4) na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował takim potencjałem;
- 5) wiedza i doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa, nie może być więc przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego, jest to suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, (know-how), renoma przedsiębiorstwa. Doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Doświadczenie to indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, którego los zawsze dzieli. W związku z powyższym, wykazanie dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu niezbędny jest udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia;
- 6) dostępność zasobów podmiotów trzecich dla wykonawcy może być starannie badana przez zamawiającego. Weryfikacja wykonawcy ma w szczególności na celu upewnienie się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia¹²⁹;
- 7) pod pewnymi warunkami dopuszczalna jest zmiana podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia na zasobach których wykonawca opierał się wskazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczalne, gdy (1) zmiana została dopuszczona na etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz (2) nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w tym zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy wykonawca.

¹²⁸ art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

¹²⁹ J. Sadowy, Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełniania, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., Warszawa 2010.

Dopuszczalność żądania przez zamawiającego od wykonawcy – na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia – przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku, jak też w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami podmiotów trzecich (dysponowanie pośrednie), które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia.

5. Konsorcjum

Dla małych i średnich wykonawców szczególne znaczenie przy ubieganiu się o zamówienia publiczne może mieć powołanie konsorcjum. Dzięki wspólnemu ubieganiu się o zamówienie publiczne, wykonawcy, którzy samodzielnie niespełniają warunków udziału w postępowaniu, będą mogli w następstwie zsumowania potencjałów uzyskać zamówienie publiczne.

Stosownie do przepisów ustawy Pzp¹³⁰, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Istotą wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie publiczne jest umożliwienie połączenia ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego w celu uzyskania, a następnie realizacji zamówienia publicznego. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy konsorcjanci samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a tym samym bez powołania konsorcjum nie mogliby uzyskać konkretnego zamówienia publicznego.

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio¹³¹. Tym samym, do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne mają zastosowanie przepisy właściwe dla wykonawcy, z uwzględnieniem różnic wynikających z istoty konsorcjum.

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają odpowiednie uprawnienia, wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny i osobowy, znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z powodu wyrządzenia szkody, upadłości lub likwidacji, zaległości publicznoprawnych lub karalności za określone przestępstwa. Przepisy nie określają wprost, które z warunków udziału w postępowaniu konsorcjanci są zobowiązani spełniać wspólnie, a które osobno¹³².

Wiedza i doświadczenie

W praktyce orzeczniczej sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd o sumowaniu doświadczenia członków konsorcjum wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie spełniania opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Specyfika przedmiotu zamówienia może jednak uzasadniać sformułowanie takich warunków udziału w postępowaniu, które nie mogą polegać na prostym zsumowaniu prac zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum co do ich zakresu i wartości, jako mającego przekładać się na posiadane doświadczenie¹³³.

Sąd Okręgowy w Poznaniu, stwierdził¹³⁴, iż przepis art. 23 ustawy Pzp nie nakłada na wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum spełniał

¹³⁰ art. 23 ust. 1 Pzp

¹³¹ art. 23 ust 3 Pzp

¹³² wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005 r. (sygn. akt VI Ca 527/05)

¹³³ wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05)

¹³⁴ wyrok Sąd Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. (sygn. akt II Ca 489/06)

osobno wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, celem tego przepisu jest umożliwienie grupie przedsiębiorców połączenia swych siły w celu łącznego sprostania wymogom zamawiającego i ubiegania się o zamówienie publiczne. Powyższe stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba stwierdziła¹³⁵, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym, w wyniku sumowania wiedzy i doświadczenia wszystkich członków konsorcjum, warunek określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest spełniony. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany uznać, iż każdy z konsorcjantów potwierdził spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała¹³⁶ również, że bez względu na podział zadań wewnątrz konsorcjum, liczy się łączne uzyskane doświadczenie związane z wykonaniem zamówieniem. W orzeczeniu tym, przytoczony został wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. (sygn. akt: C-176/98) w sprawie *Holst Italia*, w którym orzeczono, iż wykonawca, który sam nie spełnia wymogów zamawiającego, może powoływać się na sytuację innych podmiotów, z którymi wspólnie zamierza wykonywać zamówienie.

W związku z powyższym, możliwe dopuszczalne jest łączne wykazanie spełniania opisanych warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia dla wszystkich wykonawców składających wspólnie ofertę.

Przykładowo, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zrealizowania 3 robót budowlanych, każda o wartości co najmniej 3 000 000 zł, warunek ten co do zasady zostanie spełniony, gdy każdy z trzech wykonawców będących członkami konsorcjum wykaże, że wykonał jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 3 000 000 zł.

Zdolność ekonomiczna i finansowa

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne mają zastosowanie przepisy właściwe dla wykonawcy, z uwzględnieniem różnic wynikających z istoty konsorcjum. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, zamawiający żąda (jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. „progi unijne”) lub może żądać (jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. „progów unijnych”) dokumentów. W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku w postaci posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego, zapewniającego wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo składania ofert.

Poprzez określone w dany sposób warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego (np. „posiadanie środków finansowych lub potwierdzenie przez bank zdolności kredytowej na kwotę nie niższą niż 300 000 zł”), zamawiający chce mieć pewność, że wykonawca przystę-

¹³⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/09)

¹³⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 838/08)

pujący do postępowania posiada środki finansowe lub zdolność kredytową, przy czym nie w dowolnej wysokości, ale w wymaganej wysokości (np. 300 000 zł), które zagwarantują w ocenie zamawiającego prawidłową realizację zamówienia¹³⁷.

Przepisy ustawy Pzp nie wskazują, czy każdy z wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego i składają wspólną ofertę, powinien odrębnie spełniać warunek w postaci posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego zapewniającego wykonanie zamówienia, czy też ocenę zdolności podmiotowej w tym zakresie należy dokonać łącznie dla wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną.

W orzecznictwie wskazuje się, iż celem utworzenia konsorcjum jest umożliwienie powoływania się na walory kadrowe, ekonomiczne, finansowe i potencjał techniczny poszczególnych członków konsorcjum i nie można wykluczyć konsorcjum ani odrzucić jego oferty tylko z tego powodu, że każdy z członków konsorcjum samodzielnie nie spełniałby warunków określonych przez zamawiającego¹³⁸. Celem ustawy Pzp jest zatem umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego. Warunki dotyczące potencjału finansowego mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia¹³⁹.

W związku z powyższym, potencjał finansowy podlega sumowaniu przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców składających ofertę wspólną (konsorcjum).

Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności, która również podlega sumowaniu poprzez uwzględnienie łącznej wartości ubezpieczeń wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne.

Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku zdolności ekonomicznych potwierdzonych dokumentacją finansową wykonawców (sprawozdanie finansowe – bilans, rachunek zysków i strat, informacja dodatkowa), integralnie (immanentnie) związaną z sytuacją podmiotu, np. płynność finansowa, które z uwagi na swą naturę nie będą podlegały sumowaniu w ramach konsorcjum. Spełnienie takiego warunku przez konsorcjum będzie więc możliwe, gdy jeden z konsorcjantów będzie mógł się wykazać spełnieniem tego warunku¹⁴⁰.

Niepodleganie wykluczeniu przez członków konsorcjum

Od każdego z członków konsorcjum wymagane jest niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1–9 ustawy Pzp.

Zgodnie z §1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia o dokumentach w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy PZP, zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowo-

¹³⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP /09)

¹³⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 24/08)

¹³⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 86/07)

¹⁴⁰ por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. III, Wolters Kluwer, Warszawa 2007 r., s. 127

wego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Natomiast na podstawie § 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Przepis art. 24 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych określa katalog okoliczności, których zaistnienie skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc w wypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności określonej w tym przepisie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

Wskazać należy, że stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 8 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Z treści ostatniego z cytowanych przepisów jednoznacznie wynika, iż na jego podstawie mogą być wykluczone w postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie podmioty zbiorowe. Tym samym, obowiązek przedkładania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy dotyczyć może tylko i wyłącznie tych wykonawców, którzy są „podmiotami zbiorowymi” w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a nie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Podstawą ustalenia, czy dany wykonawca jest „podmiotem zbiorowym”, a więc podmiotem którego dotyczy przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 prawa zamówień publicznych, są przepisy ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.). Zgodnie z art. 2 ww. ustawy podmiotem zbiorowym jest:

- osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego,
- spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek,
- spółka kapitałowa w organizacji,
- podmiot w stanie likwidacji,
- przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną,
- zagraniczna jednostka organizacyjna.

Reasumując zatem wykonawca działający w formie prawnej spółki kapitałowej z ograniczoną odpowiedzialnością w celu udokumentowania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 jest zobowiązany przedłożyć nie tylko wymagane zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24

ust. 1 pkt 8, tj. dla urzędującego członka organu, ale także również informacji z Krajowego Rejestru Karnego, poświadczającego, że sąd nie orzekł wobec tego podmiotu na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że jeżeli jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego podlega wykluczeniu, to zamawiający ma obowiązek wykluczyć wszystkich wykonawców ubiegających się łącznie o udzielenie danego zamówienia wchodzących w skład konsorcjum, którego uczestnikiem jest wykonawca, co do którego zaistniały przesłanki do wykluczenia. Nie jest bowiem dopuszczalne udzielenie zamówienia wykonawcom, z których choćby jeden podlega wykluczeniu. Powyższe znajduje dodatkowe uzasadnienie w treści art. 141 ustawy Pzp, który przewiduje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, także tych którzy w tym celu zawarli umowę konsorcjum. Każdy z członków konsorcjum odpowiada więc za całkowite wykonanie umowy na rzecz zamawiającego. Solidarna odpowiedzialność wykonawców stanowi zatem swoiste zabezpieczenie dla zamawiającego, który w każdym przypadku ma gwarancję należytego wykonania przez wykonawcę będącego konsorcjum zobowiązania. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której zamawiający chciałby, albo byłby zmuszony żądać od określonego członka konsorcjum wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, gdy tymczasem właśnie w stosunku do tegoż członka zachodzą przesłanki wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁴¹.

Spółka cywilna jako konsorcjum

Spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, lecz jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników¹⁴². Spółka cywilna nie jest osobą prawną i nie posiada zdolności prawnej. W świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁴³ nie spółkę cywilną, lecz jej wspólników uznaje się za przedsiębiorców. Wspólnicy spółki cywilnej są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności, a nie spółka. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej należy w świetle ustawy Pzp kwalifikować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia¹⁴⁴.

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.

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.

¹⁴¹ wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt X Ga 219/07)

¹⁴² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r. (sygn. akt I CK 201/02)

¹⁴³ ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.)

¹⁴⁴ wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05)

Oświadczenie o spełnianiu warunków przez konsorcjum

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika, który:

- a) reprezentuje ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo:
- b) reprezentuje ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia i jest upoważniony do zawarcia umowy w ich imieniu¹⁴⁵.

Ustanowienie pełnomocnika jest obowiązkiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z natury pełnomocnictwa wynika, że jest ono oparte na zaufaniu mocodawcy do pełnomocnika. W sytuacji utraty takiego zaufania z jakichkolwiek względów, umocowanie może być odwołane. Tym samym, odwołane może być również pełnomocnictwo udzielone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. W takiej sytuacji są oni zobowiązani do niezwłocznego udzielenia umocowania nowemu pełnomocnikowi oraz poinformowania o tym fakcie zamawiającego.

Od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne zamawiający żąda lub może żądać złożenia oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jak również oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia może zostać złożone zarówno osobno przez każdego ze wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, jak również przez pełnomocnika w imieniu grupy konsorcjum na podstawie stosownego umocowania udzielonego przez konsorcjantów. Z istoty pełnomocnictwa wynika bowiem możliwość działania pełnomocnika w imieniu i na rzecz mocodawcy (reprezentowanego). Istotne jest, aby z oświadczenia lub oświadczeń złożonych przez pełnomocnika wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców wchodzących w skład reprezentowanej przez niego grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jakkolwiek kwestia składania przez pełnomocnika w imieniu mocodawcy „oświadczeń wiedzy”, albowiem taki charakter ma oświadczenie o spełnianiu warunków, stanowi przedmiot rozważań m.in. w orzecznictwie¹⁴⁶, jest to dopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli upoważnienie do składania oświadczeń wiedzy zostało udzielone w związku z reprezentacją w postępowaniu. Dopuszczalność złożenia oświadczenia przez pełnomocnika nie wyłącza złożenia oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jak również oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia przez poszczególnych wykonawców wchodzących w skład grupy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła¹⁴⁷, iż przepisy ustawy nie określają ani dokładnej treści, ani tym bardziej formy czy sposobu złożenia wskazanego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wystarczy więc, iż z treści oświadczenia wynika, iż dotyczy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (wcale nie musi stanowić powtórzenia treści przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp), a wypływająca z tej treści deklaracja dotyczy wszystkich wykonawców. Nie jest istotne czy oświadczenie zostało

¹⁴⁵ art. 23 ust. 2 Pzp

¹⁴⁶ postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 maja 2008 r. (sygn. akt I FZ 12/08), opubl. w OSP z 2009 r. Nr 5, poz. 51

¹⁴⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 968/09, KIO/UZP 976/09)

złożone na jednym formularzu przez wykonawców czy przez ich pełnomocnika, czy oddzielnie, w rozbi-
ciu na różne formularze i fragmenty, jeżeli tylko z okoliczności sprawy wynika, iż członkowie konsorcjum
w tej czy innej formie oświadczyli, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, czego li tylko wymaga
od nich ustawa. (...) Zamawiający oczywiście, tak jak w przypadku określenia formy oferty, może wska-
zać formę i sposób złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niemniej
jednak nie ma żadnych uprawnień ani narzędzi, aby brak spełnienia wymagań specyfikacji istotnych wa-
runków zamówienia w tym zakresie sankcjonować. Ponadto wskazywane wymagania siwz w brzmieniu:
„W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, ww. oświadczenie muszą
złożyć łącznie wykonawcy występujący wspólnie” nie przesądzają, iż oświadczenie powinno zostać zło-
żone na jednym formularzu, tzn. zostać podpisane w jednym miejscu pod daną treścią przez wszystkich
konsorcjantów.

Za prawidłowe należy również uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej¹⁴⁸, że „nie może stanowić
podstawy do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp fakt, iż członko-
wie konsorcjum złożyli osobne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu”. Potwier-
dza to również wyrok¹⁴⁹, w którym orzeczono „odnośnie zarzutu dotyczącego niezłożenia przez firmę
Y Limited oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, że zamawiający w punkcie
7.4.2. SIWZ wymagał od wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia publiczne-
go, oświadczenia przedłożonego w imieniu wszystkich wykonawców. Oświadczenie takie zostało zło-
żone w imieniu Konsorcjum przez Z sp. z o.o. (Konsorcjum tworzyły: Z sp. z o.o. oraz Y Limited), które
co do treści i formy spełnia wymagania zamawiającego. Powyższe wskazuje na fakt, iż konsorcjum nie
podlegało wykluczeniu z uwagi na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu
na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp”.

Dopuszczalność żądania przez zamawiającego umowy konsorcjum

Zamawiający może żądać umowy konsorcjum wyłącznie przed zawarciem umowy w sprawie udzielenia
zamówienia publicznego wybranym wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne¹⁵⁰.
Możliwość żądania przez zamawiającego przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego
umowy regulującej współpracę wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia ma słu-
żyć potwierdzeniu kręgu podmiotów, na których spoczywa obowiązek zawarcia umowy o zamówienie
publiczne oraz jednocześnie odpowiedzialnych za odmowę zawarcia tej umowy przez któregokolwiek
z członków konsorcjum.

Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów

Przepis ustawy Pzp¹⁵¹ ustanawiający solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podle-
ga wyłączeniu na mocy umownego postanowienia stron ograniczające solidarną odpowiedzialność.

¹⁴⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07)

¹⁴⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 16/07)

¹⁵⁰ art. 24 ust. 4 Pzp

¹⁵¹ art. 141 Pzp

Podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ex lege z uwagi na sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy¹⁵². Tym samym, forma prawna współpracy zastosowana przez wykonawców nie ma wpływu na odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bez znaczenia są więc, czy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne łączy nienazwana w Kodeksie cywilnym umowa konsorcjum, czy też kodeksowa umowa spółki cywilnej. Forma prawna współpracy wykonawców może mieć znaczenie wyłącznie dla ich wzajemnych rozliczeń.

6. Warunki podwykonawstwa

6.1. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych

Podwykonawstwo definiowane jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy.

Stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej¹⁵³, podwykonawca jest to podmiot realizujący samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Nie można uznać za podwykonawstwo pełnienia funkcji w zespole składającym się z pracowników wykonawcy i pod jego bieżącym kierownictwem. O podwykonawstwie decyduje przede wszystkim charakter i zakres czynności oraz sposób ich powierzenia i wykonywania, nie zaś status prawny podmiotu, któremu je powierzono. Ustalenie, czy posłużenie się osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie ma charakter podwykonawstwa, może nastąpić jedynie z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, nieuzasadnione jest stawianie generalnej tezy, iż w każdym przypadku powierzenia osób zdolnych do realizacji zamówienia łączy się z podwykonawstwem.

Ustawa Pzp odnosi się do podwykonawców zamówienia publicznego w przepisie art. 36 ust. 4 i ust. 5. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Na podstawie drugiego z przywołanych przepisów wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Zamawiający może korzystać z dyspozycji tego przepisu w ten sposób, by wyłączać dopuszczalność uczestnictwa podwykonawców w realizacji określonej części zamówienia publicznego tylko w tych przypadkach, gdy było to uzasadnione charakterem określonej części zamówienia oraz pewnością, iż tylko indywidualne cechy wybranego wykonawcy zapewnią jego właściwe wykonanie.

Na aprobatę zasługuje również pogląd wyrażony w wyroku¹⁵⁴ Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba podniosła, że „fakt ewentualnego podzlecenia wykonania zamówienia nie miał dla zamawiającego znaczenia, skoro nie określił w specyfikacji, jakiej części zamówienia nie można powierzyć podwykonawcom. Zdaniem Izby ustawa Pzp nie określa, jaką maksymalną część zamówienia można powierzyć podwykonawcy, dlatego z uwagi na zasadę wolności gospodarczej nie jest zakazane powierzenie całości podwykonawcom”. Podobnie w kolejnym wyroku¹⁵⁵, Izba wskazała, że zgodnie z treścią art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp „wykonawca ma pełną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia i powierzeniu go w całości lub w części podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w treści oferty. Swoboda wykonawcy została ograniczona jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że całość bądź część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”.

¹⁵³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/10)

¹⁵⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2007 r. (KIO/UZP 1423/07)

¹⁵⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2009 r. (KIO/UZP 1117/09)

Prawidłowe zastosowanie przepisu art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykluczała zatem procentowe (a więc nie odnoszące się do zindywidualizowanej części przedmiotu zamówienia) określenie jaka część zamówienia nie mogła być powierzona podwykonawcom.

Zacytowane powyżej przepisy stanowią wdrożenie postanowienia art. 25 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. W myśl zdania drugiego art. 25 dyrektywy klasycznej wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy.

Posługiwanie się podwykonawcami przez wykonawcę nie wpływa jednak na zakres jego odpowiedzialności względem zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie udzielenia zamówienia. W świetle dyrektywy umożliwienie podwykonawcom uczestniczenia w wykonywaniu zamówienia publicznego jest wyrazem – przewidzianej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (obecnie Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) – przysługującej wykonawcy swobody zorganizowania prowadzonej działalności gospodarczej oraz wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw, które samodzielnie nie byłyby w stanie konkurować o realizację zamówień publicznych.

Postanowienie pkt 32 preambuły dyrektywy klasycznej, z którego wynika zalecenie, aby w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorców do udziału w rynku zamówień publicznych, uwzględniane były w przepisach prawa krajowego wdrażającego dyrektywę unijną jej przepisy dotyczące podwykonawców.

6.2. Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych na roboty budowlane

W przypadku wykonywania zamówienia publicznego na roboty budowlane stosownie do przepisu art. 139 ustawy Pzp zastosowanie znajduje także przepis art. 647¹ Kodeksu cywilnego, w myśl którego wykonawca jest zobligowany do uzyskania zgody zamawiającego na powierzenie wykonania części robót podwykonawcy. Jeżeli zatem w ofercie, a następnie w umowie o roboty budowlane nie został wskazany zakres robót powierzany podwykonawcom stosownie do art. 649 k.c.yczytuje się, że wykonawca samodzielnie będzie realizował wszystkie prace. Jeżeli natomiast po zawarciu takiej umowy okaże się, że wykonawca chciałby powierzyć w części wykonanie robót podwykonawcom wymagana jest zgoda zamawiającego na wskazywanych przez wykonawcę konkretnych podwykonawców z jednej strony, a z drugiej strony konieczna jest w tym zakresie zmiana umowy. Mając na względzie charakter takiej zmiany w sytuacji, gdy powierzenie wykonania części zamówienia nie dotyczy części zastrzeżonej do osobistego wykonania i wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu można uznać, że co do zasady zmiana taka będzie miała charakter zmiany nieistotnej, a więc dopuszczalność jej wprowadzenia do umowy nie będzie uzależniona od jej przewidzenia w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, po przeprowadzeniu którego umowa została zawarta.

Zgodnie z przepisem art. 647¹ Kodeksu cywilnego, inwestor i wykonawca ustalają w umowie o roboty budowlane zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców,

przy czym na zawarciu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Inwestor może w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, zgłosić sprzeciw lub zastrzeżenia. Sprzeciw inwestora wyrażony wobec umowy zawartej z podwykonawcą powoduje jej bezwzględną nieważność, a wyrażony wobec projektu powoduje wyłączenie możliwości przekształcenia go w skuteczną umowę. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

W przypadku, gdy roboty budowlane, pomimo braku zmiany umowy w tym zakresie zostały powierzone przez wykonawcę podwykonawcy bez wyraźnego zaznaczenia tego w umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, przyjęć należy, że mamy do czynienia z wykonaniem sprzecznym z umową. Znajdzie tutaj zastosowanie art. 636 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Działając w oparciu o ten przepis inwestor (zamawiający), który stwierdzi, że wykonawca (generalny wykonawca) wbrew postanowieniom umowy powierzył wykonanie robót podwykonawcom, może go wezwać do zmiany sposobu wykonania, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie może od umowy odstąpić albo powierzyć wykonanie robót innej osobie (wybranej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych) na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy.

6.3. Dopuszczalność żądania przez zamawiającego informacji na temat podwykonawców

W jednym z wyroków¹⁵⁶, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że zamawiający nie precyzując warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami czy podmiotami, który wykonawca mógłby spełnić ewentualnie również przy pomocy podwykonawców, nie ma podstaw prawnych do żądania przedstawienia wykazu podwykonawców wraz ze wskazaniem ich nazw i siedzib oraz zobowiązaniami do współpracy. Również art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, iż zamawiający żąda wskazania zakresów zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz może w szczególnych przypadkach wskazać części zamówienia, których podwykonania zlecić nie można. Możliwość żądania nazw i adresów podwykonawców została wyraźnie przez ustawodawcę usunięta z ustawy nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 560), a zastrzeżona przez zamawiającego w siwz, nie może wywierać skutków prawnych, w szczególności w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp.

Przepis dyrektywy klasycznej dotyczący podwykonawców jest sformułowany w sposób umożliwiający jego bezpośrednie zastosowanie przez zamawiających. Powołanie się na niego oraz przepisy Prawa cywilnego przy braku zakazującego tego przepisu Prawa zamówień publicznych umożliwiłoby zamawiającym żądanie informacji identyfikujących ewentualnych podwykonawców. Należy jednak podkreślić, że takie żądanie mogłoby dotyczyć zarówno na etapie postępowania, jaki i w trakcie realizacji umowy wyłącznie wskazania przez wykonawcę podwykonawców, którymi już dysponuje, a nie żądania od wykonawcy zapewnienia na etapie postępowania albo przystąpienia do realizacji zamówienia wszystkich podwykonawców.

¹⁵⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 12/09)

6.4. Dopuszczalność określania przez zamawiającego wymagań dotyczących podwykonawców

Warto wziąć pod uwagę na orzeczenie¹⁵⁷ Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie tej zamawiający sporządzając zaproszenie do składania ofert zastrzegł, że maksymalnie 30% zamówionych usług może być wykonywana przez podwykonawców, niektóre zaś prace nie mogą być w ogóle zlecane innym podmiotom, a obowiązek ich wykonania spoczywa na ofercie. Trybunał potwierdził, że przepisy dyrektyw dotyczące zamówień publicznych, przyjęte w celu eliminacji przeszkód w zakresie swobody świadczenia usług w ramach zamówień publicznych, zezwalają oferentom na zlecenie podwykonawcom części usług. Oznacza to, że usługodawca, który sam nie spełnia wszystkich warunków zamawiającego odnośnie do uczestnictwa w przetargu, może powoływać się na środki będące w posiadaniu innych podmiotów, z których zamierza skorzystać w przypadku udzielenia zamówienia. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zastrzegł jednocześnie, że przepisy dyrektywy nie wyłączają możliwości ograniczenia lub nawet zakazu podwykonawstwa w zakresie realizacji istotnych części zamówienia, dokładnie w przypadku, gdy zamawiający nie był w stanie zweryfikować potencjału technicznego i kondycji ekonomicznej podwykonawcy podczas etapu kwalifikacji oferentów i wyboru oferty. W ocenie Trybunału zapis w zaproszeniu do składania ofert wydaje się odnosić nie tyle do etapu kwalifikacji oferentów, ile raczej wiąże się z fazą wykonywania zamówienia i powstał w celu uniknięcia sytuacji, w której realizacja istotnych części zamówienia byłaby powierzona podmiotom, których możliwości techniczne i pozycja ekonomiczna nie mogły być zweryfikowane przez zamawiającego w czasie przyznawania zamówienia.

Wyrok ten może stanowić podstawę do wskazania, że na etapie realizacji zamówienia (a zatem w umowie) dopuszczalne jest wprowadzenie ograniczeń korzystania z pomocy podwykonawców. Zasadną wydaje się przy tym opinia, iż ograniczenie korzystania z pomocy podwykonawców nie musi dotyczyć wyłącznie kwestii zakresu realizacji zamówienia, ale może dotyczyć także konieczności posiadania przez podwykonawców pewnych cech, czy spełniania określonych warunków w sytuacji, gdy zamawiający nie może tego zweryfikować w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Korzystając z przepisu art. 353¹ k.c. zamawiający może więc w umowie zawrzeć postanowienie zobowiązujące wykonawcę do zapewnienia, że podwykonawca, któremu zostanie powierzone do realizacji zamówienie albo jego część, będzie spełniał określone warunki organizacyjne, kadrowe czy techniczne. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, gdy przepisy prawa umożliwiając zamawiającemu powierzenie realizacji określonych zadań wskazują jednocześnie, jakie cechy musi posiadać podmiot, któremu zamawiający może te zadania powierzyć.

Nie można jednak nie zauważyć, że tego rodzaju zobowiązanie zawarte w umowie nie jest obojętne dla wyłonienia wykonawcy, ponieważ może oddziaływać na krąg wykonawców składających ofertę, a także na przebieg postępowania. Wprawdzie treść umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma wpływu na wybór wykonawcy w tym znaczeniu, że co do zasady, nie kształtuje ona warunków udziału w postępowaniu, a więc niezależnie, jakie wymagania odnośnie podwykonawców zawrze zamawiający w umowie nie będzie to miało znaczenia dla oceny czy wykonawca składający ofertę podlega lub nie wykluczeniu z postępowania. Jednakże brak akceptacji zapisów umowy ze strony wykonawcy może

¹⁵⁷ wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 „Siemens AG i ARGE Telekom & Partner”

już na rezultat postępowania wpływać, gdyż po pierwsze może spowodować odstąpienie od złożenia oferty wykonawców niemogących podjąć zobowiązania, by podwykonawca spełniał narzucone przez zamawiającego warunki, a po drugie oferta złożona, ale z zastrzeżeniem, iż wykonawca nie godzi się na takie zobowiązanie, może być oceniona jako sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka – odrzucona.

Z powyższych względów, zamawiający zobowiązując wykonawcę do zapewnienia, by podwykonawca spełniał określone warunki, musi je ustalić tak, by były zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie wystarczy przy tym, by warunki te były identyczne dla wszystkich wykonawców, ponieważ powinny one być określone tak, by w sposób nieuzasadniony nie zawężyły kręgu wykonawców mogących się podjąć wykonania zamówienia.

Powyższe sprowadza się do konkluzji, iż zamawiający nie może nakazywać wykonawcom współpracy z konkretnymi podwykonawcami w sposób, który byłby sprzeczny z zasadą równego traktowania. O ile zatem warunki postawione przez zamawiającego względem podwykonawców nie mają charakteru dyskryminującego, ich zastosowanie nie jest sprzeczne z prawem wspólnotowym.

Reasumując, zarówno przepisy prawa krajowego, jak i wspólnotowego, w zakresie zamówień publicznych nie zakazują formułowania w umowie zobowiązania wykonawcy do zapewnienia, by podwykonawca spełniał określone warunki organizacyjne, kadrowe czy techniczne, z zastrzeżeniem, że warunki te nie są sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

7. Klauzule zmiany umowy o zamówienie publiczne

7.1. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wymaga modyfikacji pierwotnej treści umowy w drodze zgodnych oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy. Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne reguluje przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten jest wyrazem ograniczenia w stosunku do umów o zamówienie publiczne deklarowanej w przepisie art. 353 [1] Kodeksu cywilnego swobody zawierania i kształtowania postanowień umów cywilnoprawnych. Ograniczenia swobody umów w ustawie Pzp dotyczą następujących okoliczności:

- (1) zamawiający nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę,
- (2) zamawiający nie ma również możliwości wyboru formy w jakiej zostanie zawarta umowa,
- (3) treść umowy o wykonanie zamówienia publicznego musi uwzględniać przepisy Pzp,
- (4) zakres świadczenia ze strony wykonawcy wynikający z umowy oraz jego zobowiązanie zawarte w ofercie muszą być tożsame¹⁵⁸, tj. takie same, identyczne,
- (5) zamawiający i wykonawca nie dysponują swobodą w zakresie zmiany umowy, tj. kwestia wprowadzania zmian do umów o zamówienie publiczne została uregulowana odrębnie w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie strony takich umów nie mają możliwości dokonywania ich zmian w oparciu o ogólne przepisy Kodeksu cywilnego.

Celem ustanowienia ograniczeń w zakresie dopuszczalności wprowadzania zmian do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest ochrona procedur udzielania zamówień publicznych przed zagrożeniami wynikającymi z możliwości zmiany lub wykorzystania środków prawnych w celu eliminacji konkurentów oraz osiągnięcia nieuprawnionych korzyści¹⁵⁹.

Należy podkreślić, iż przepis art. 144 ust. 1 Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy strony negocjują treść aneksu umowy, poprzez który dokonywana jest zmiana pierwotnych postanowień umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w porozumieniu z wykonawcą może zmienić umowę o zamówienie publiczne w świetle przepisu art. 144 Ust. 1 Pzp w trzech następujących przypadkach:

- (1) zmiana nie dotyczy treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (nie dot. to tylko), a tym samym nie dotyczy specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- (2) zmiana ma charakter nieistotny;
- (3) zmiana i jej warunki zostały przewidziane w siwz lub ogłoszeniu w postępowaniu, po którym została zawarta umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którą chcemy zmienić.

¹⁵⁸ art. 140 ust. 1 ustawy Pzp

¹⁵⁹ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r. (sygn. akt IV CSK 153/06)

7.2. Przewidzenie zamiany umowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu

Dla przewidzenia (1) możliwości dokonania zmiany umowy (w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz (2) określenie warunków takiej zmiany konieczne jest określenie: (1) okoliczności, w związku z którymi zostanie dokonana zmiana umowy oraz (2) sposobu dokonania zmiany umowy, m.in. Warunki Kontraktowe FIDIC mogą stanowić podstawę do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

Przepisy ustawy Pzp nie określają stopnia szczegółowości zastrzeżeń dotyczących warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp. Brak jest przy tym podstaw do uznania, iż zastrzeżenia te muszą mieć charakter kazuistyczny. Powyższe oznacza, iż zastrzeżenia zmiany umowy (klauzule) mogą być formułowane w sposób generalny. Dopuszczalność formułowania klauzul zmian umowy w sposób generalny nie oznacza jednak, iż mogą być one konstruowane w sposób niedookreślony. Powyższemu sprzeciwia się bowiem treść przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, iż zamawiający musi określić przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem warunków takiej zmiany. Tym samym nie jest wystarczające samo ogólne stwierdzenie, że umowa może być zmieniona, lecz konieczne jest określenie warunków takiej zmiany. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż postanowienia dotyczące możliwości zmiany umowy powinny być na tyle dookreślone, aby było możliwe ustalenie przy zaistnieniu jakich okoliczności taka zmiana będzie dopuszczalna oraz na jakich warunkach. Wymóg dookreślenia takich przypadków nie oznacza jednak konieczności kazuistycznego opisu przypadków zmian umowy. Powyższe przemawia za dopuszczalnością stosowania w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych na roboty budowlane klauzul zmian umowy zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC, z tym jednak zastrzeżeniem, iż nie mogą być one sprzeczne z bezwzględnie wiążącymi przepisami ustawy Pzp.

Dla przykładu można podać następującą niedopuszczalną klauzulę zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp: „zamawiający zastrzega możliwość zamiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty na mocy art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia lub zmniejszenia zakresu robót budowlanych w czasie trwania umowy. Każdorazowa zmiana umowy będzie potwierdzona na piśmie”, nie wypełnia przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający zaniechał określenia warunków, których zaistnienie spowoduje dopuszczalność wprowadzenia zmian do umowy. Zmiana postanowień umowy nie jest bowiem dopuszczalna w okolicznościach, gdy: zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu warunków takiej zmiany.

Brzmienie przepisu art. 144 ust. 1 Pzp jest oparte na zasadzie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z której m.in. wynika, iż możliwość zmiany postanowień umowy powinna być znana wszystkim potencjalnym wykonawcom na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnia również stanowisko¹⁶⁰ Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), zgodnie z którym, jeżeli zamawiający zamierza z pewnych powodów do zmiany niektórych warunków zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu na etapie po wyłonieniu zwycięskiego wykonawcy, jest on zobowiązany do wyraźnego określenia takiej możliwości

oraz szczegółowych warunków, w ramach których zmiana będzie następować. Ma to na celu umożliwienie, aby wszyscy wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia byli świadomi o możliwości zmiany i w ten sposób mieli równe szanse na etapie przygotowania ofert.

7.3. Zmiana nieistotna umowy o zamówienie publiczne

Zmianę nieistotną umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należy scharakteryzować jako zmianę, która nie wpływa na:

- (1) Zakres podmiotów zainteresowanych
- (2) Warunki złożonych ofert
- (3) Równowagę ekonomiczną na korzyść wykonawcy zamówienia publicznego

W orzecznictwie¹⁶¹ Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym Trybunał wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby (1) dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub (2) umożliwiłoby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli (3) modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.”

Błędna jest teza, iż inne zmiany niż wpływające na termin i wartość wynagrodzenia wykonawcy mają charakter nieistotny. Oceniamy to zawsze w odniesieniu do konkretnego przypadku, uwzględniamy w tym przypadku ww. kryteria z orzeczenia Presstext Nachrichtenagentur oraz uwzględniamy zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Zmiana nieistotna dotyczyć będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikają z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w sytuacji, gdy zmiana umowy jest obiektywnie uzasadniona w odniesieniu do każdego wykonawcy, z którym zawarto by umowę. Przy czym zakres i warunki takiej zmiany są niezależne od osoby wykonawcy, tj. zmiana umowy zostałaby dokonana z każdym wykonawcą w takim samym zakresie i na tych samych zasadach.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zmiana stawki podatku VAT może być w określonych warunkach faktycznych uznana za nieistotną zmianę wynagrodzenia (ceny) z uwagi w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe będzie dotyczyć sytuacji, gdy zmiana stawki podatku VAT jako zdarzenie zewnętrzne i niezależne od woli stron nie była znana lub przewidywana przez strony w chwili składania ofert. Jakkolwiek strony mogą przewidywać samą prawną możliwość zmiany stawki podatku VAT, to jednak w sytuacji stabilizacji stawek tego podatku na przestrzeni kilku lat, nie muszą oczekiwać, iż zmiana taka nastąpi. Dopiero wiedza wykonawcy o planowanej zmianie stawki podatku VAT w chwili sporządzenia oferty wskazuje, iż może on uwzględnić ryzyko gospodarcze związane ze zmianą stawki tego podatku.

¹⁶¹ wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur

Możliwość uwzględnienia ryzyka związanego z planowaną zmianą stawki podatku VAT w chwili sporządzenia oferty powoduje, że następcza zmiana ceny z uwagi na zmianę stawek podatku VAT może wywrzeć wpływ na warunki konkurencji w postępowaniu. W takim bowiem przypadku niektórzy wykonawcy licząc na późniejszą zmianę umowy mogą skalkulować swoją ofertę bez uwzględnienia powyższego ryzyka, przez co ich oferty mogą być korzystniejsze od ofert tych wykonawców, którzy uwzględnili takie ryzyko.

Należy więc uznać, iż zmiana umowy polegająca na dokonaniu zmiany ceny (wynagrodzenia wykonawcy) w związku z podwyższeniem stawki podatku VAT (np. o 1%) nie zaburza równowagi ekonomicznej stron takiej umowy na korzyść wykonawcy i w konsekwencji nie stanowi zmiany istotnej w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

Jako przykłady nieistotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego można wymienić m.in.: następujące zmiany:

- (1) zapis na sąd polubowny w miejsce właściwości sądu powszechnego,
- (2) zmiana podwykonawcy, jeżeli wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz zadeklarował, że wykona umowę samodzielnie i w odniesieniu do tej części nie została wyłączona dopuszczalność korzystania z podwykonawstwa, a na etapie realizacji zamówienia chce swoją decyzję zmodyfikować,
- (3) zmiana technologii prac może mieć charakter nieistotny, wymaga oceny w odniesieniu do konkretnego przypadku,
- (4) zmiana „tytułu” umowy polegająca na zmianie nazwy zadania z „remont ulicy marmurowej w ...” na „remont ulicy marmurowej w miejscowości ... droga gminna o nr 1545019 remontowany odcinek 364 m”, należy uznać w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp za dopuszczalną jako zmianę nieistotną, czysto techniczną i porządkującą – modyfikacją nazwy zadania określonego w umowie o indyferentnym charakterze prawnym,
- (5) wywołana przyczynami zewnętrznymi (nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od strony), które w sposób ściśle określony uzasadniają potrzebę dokonania takiej zmiany,
- (6) w razie wystąpienia zdarzenia zewnętrznego, niemożliwego do przewidzenia i niemożliwego do zapobieżenia (siła wyższa) w trakcie którego trwania z przyczyn obiektywnych nie byłoby możliwe prowadzenie prac, co powodowałoby, że termin wykonania umowy powinien ulec zmianie, tj. wydłużeniu o czas trwania tego zdarzenia, można uznać, że wydłużenie terminu nie wpłynęłoby na poszerzenie kręgu zainteresowanych wykonawców,
- (7) zmniejszenie wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację zawartej umowy, w stosunku do ceny określonej w pierwotnej ofercie, nie będzie stanowiło istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zmiana ta nie wpłynie na ograniczenie zakresu świadczenia jaki został określony w tejże ofercie,
- (8) zmianę umowy w postaci obniżenia marży kredytu bankowego, stanowiącą niewątpliwie zmianę korzystną dla zamawiającego, można uznać za mającą wymiar nieistotny, z uwagi na okoliczności, iż zmiana ta nie miałaby wpływu na poszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych zamówieniem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani też nie wpłynęłaby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

7.4. Zmiana istotna umowy o zamówienie publiczne

Do zmian istotnych umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należy zaliczyć następujące zmiany:

- (1) warunki wykonania zamówienia podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert,
- (2) jeżeli zamawiający nie zamieści w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżenia o możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia, w przypadku opóźnień w wykonaniu robót budowlanych wywołanych błędami w dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy, to w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, brak będzie podstaw do zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta stanowić będzie ryzyko gospodarcze wykonawcy,
- (3) termin wykonania części umowy, zwłaszcza jeżeli jego niedotrzymanie powiązane jest z obowiązkiem zapłaty kar umownych,
- (4) zmiana technologii wykonania konstrukcji drogi może w okolicznościach danego przypadku stanowić ingerencję w projekt i w takiej sytuacji będziemy mieli do czynienia ze zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, której wprowadzenie do umowy należy ocenić w realiach danego przypadku, przy uwzględnieniu dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie może podlegać zmianie w trybie przepisu art. 144 ust. 1 Pzp w żadnym przypadku:

- (1) zmiana podmiotowa wykonawcy zamówienia publicznego, albowiem będzie stanowić naruszenie nakazu udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- (2) rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia poza jego granice określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofercie, albowiem będzie stanowić naruszenie przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp.

Sąd Najwyższy stwierdził¹⁶², że niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie 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 wygranej 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 wyłącznie wykonawcy wybranemu na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu oferentowi, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej.

7.5. Sytuacje nieobjęte zmianą umowy o zamówienie publiczne w trybie art. 144 ust. 1 Pzp

W praktyce często mamy do czynienia z sytuacjami stosowania postanowień umowy o zamówienie publiczne, które błędnie kwalifikowane do zmiany umowy, której dopuszczalność podlega ocenie na podsta-

¹⁶² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CK 97/03)

wie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Kiedy więc nie mamy do czynienia ze zmianą umowy, do której stosujemy art. 144 ust. 1 Pzp? Wśród tego rodzaju przypadków należy wymienić m.in.:

- (1) ustalenie kosztorysowe wynagrodzenia wykonawcy na podstawie kosztorysu powykonawczego,
- (2) zastosowanie klauzul indeksacyjnych (waloryzacyjnych) modyfikujących wartość umowy o udzielenie zamówienia publicznego w związku ze zmianami dotyczącymi inflacji, kursów walut, zmianami stawki podatku VAT itp.
- (3) zastosowanie klauzul modyfikujących automatycznie treść umowy w związku z zaistnieniem okoliczności faktycznych przewidzianych w pierwotnej treści umowy o zamówienie publiczne,
- (4) zapadnięcia orzeczenia sądowego wydane w okolicznościach rebus sic stantibus (nadzwyczajnej zmiany okoliczności przewidzianej w art. 357[1]),
- (5) sukcesja uniwersalna po stronie zamawiającego lub wykonawcy zamówienia publicznego, w następstwie, której następcą prawnym *ex lege* wstępuje w całość sytuacji prawnej swojego poprzednika prawnego,
- (6) zmiana przez wykonawcę formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy za zgodą lub bez zgody zamawiającego,
- (7) kumulatywne, przystąpienie do długu, np. w związku z nabyciem przedsiębiorstwa wykonawcy, z którym związane jest realizowane zamówienie publiczne.

Należy zauważyć, iż jeżeli z powodu (!) nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z (!!)

nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Do modyfikacji stosunku umownego w omawianych okolicznościach właściwy jest sąd powszechny¹⁶³. Z punktu widzenia zacytowanego przepisu Kodeksu cywilnego, konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest od zajścia kilku przesłanek. Trzeba ustalić, kiedy umowa została zawarta i na ten dzień ocenić, czy rzeczywiście okoliczności powodujących konieczność jej zmiany nie można było przewidzieć. Należy mieć na względzie, czy zmiana okoliczności była istotna i znacząca (nadzwyczajna). Konieczne jest sprawdzenie, czy okoliczności te skutkują poniesieniem przez wykonawcę zamówienia publicznego straty oraz czy ma ona rażący charakter. Celem tego przepisu Kodeksu cywilnego jest najogólniej mówiąc przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń. Należy jednocześnie podkreślić, iż możliwość jego zastosowania może służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy lub zamawiającego rażącej straty.

Zapadnięcie wyroku sądowego w związku z wystąpieniem nadzwyczajnej zmiany okoliczności powoduje modyfikację umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, która nie podlega ocenie w świetle przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Analogicznie ze zmianą umowy na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp nie mamy do czynienia w sytuacji, gdy zawarcie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa na podstawie art. 55² i 55⁴ Kodeksu cywilnego, pociąga za sobą zamianę podmiotową po stronie wykonawcy. Przystępujący do długu nabywca przedsiębiorstwa staje się obok dotychczasowego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, samoistnym dłużnikiem. Dotychczasowy wykonawca, wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zostaje jednak zwolniony z wykonania zamówienia, a obok niego pojawia się dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za jego wykonanie (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu).

7.6. Doprecyzowanie umowy o roboty budowlane w zakresie robót nieprzewidzianych w przedmiarze, które są niezbędne do realizacji projektu budowlanego

Ze szczególnym dookreśleniem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mamy do czynienia w przypadku umowy na roboty budowlane z wynagrodzeniem kosztorysowym, gdy zarówno zamawiający w przedmiarze, jaki i wykonawca w kosztorysie ofertowym nie wycenili określonych pozycji kosztorysowych, a wykonanie tych robót jest niezbędne do zrealizowania robót budowlanych zgodnie z projektem. Należy bowiem podzielić opinię wyrażoną przez Ministerstwo Infrastruktury¹⁶⁴, które przekazuje w załączeniu, iż projekt budowlany ma charakter nadrzędny zarówno nad projektem wykonawczym, jak również przedmiarem. Oznacza to, że w świetle Prawa zamówień publicznych zakresem zamówienia podstawowego na roboty budowlane objęte są wszystkie roboty niezbędne do wykonania obiektu budowlanego opisanego w projekcie budowlanym. Powyższe potwierdza m.in. okoliczność, iż stosownie do przepisów Kodeksu cywilnego przedmiotem umowy o roboty budowlane jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a obowiązkiem inwestora jest w szczególności dostarczenie projektu. Należy również zauważyć, iż w świetle postanowień dyrektywy klasycznej dodatkowe roboty budowlane mogą mieć miejsce w odniesieniu do tych, które nie zostały przewidziane w wstępnie rozpatrywanym projekcie, co wskazuje pośrednio na tezę, iż projekt wyznacza zakres zamówienia podstawowego, a nie opracowania o niższej randze. W przypadku, gdy w trakcie realizacji inwestycji budowlanej zostaną stwierdzone ewentualne braki w przedmiarze, powinny one zostać uzupełnione w taki sposób, aby zapewnić zgodność przedmiaru z projektem budowlanym. W konsekwencji, wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, ale nie zostały ujęte w przedmiarze wchodzi w zakres umowy w sprawie wykonania zamówienia podstawowego. Mając jednak na uwadze konieczność zapewnienia przejrzystości udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane należy zalecać zamawiającym zamieszczanie w dokumentacji przetargowej oraz umowie uregulowań dotyczących ustalania konieczności realizacji, wyceny i rozliczania robót nieobjętych przedmiarem, a niezbędnych do wykonania obiektu zgodnie z projektem.

7.7. Zmiana umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki

Dopuszczalne jest dokonanie zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W takim przypadku nie ma jednak zastosowania przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Konieczne jest ustalenie, czy zachodzą przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w Pzp występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W takich postępowaniach oraz w związku z powyższymi wyjaśnieniami dopuszczalność zmiany umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 Pzp nie może budzić wątpliwości. Wyjątkiem od powyższego jest tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, gdyż stosownie do art. 68 ust. 1 Pzp postępowanie w tym trybie wszczynane jest zaproszeniem do negocjacji, a przepisy odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają w nim zastosowania. Ponadto z brzmienia

¹⁶⁴ pismo z dnia 4 maja 2005 r. (sygn. BAW-022-4/05)

art. 66 Pzp można wysnuć wniosek, iż w tym trybie wykonawca nie składa zamawiającemu oferty, ponieważ zamówienie jest udzielane wyłącznie po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą.

Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennościami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu. Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w Pzp.

Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 Pzp), którego zaprasza przekazując informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 Pzp). Nie jest wykluczone złożenie przez wykonawcę oferty w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji. Należy jednak podkreślić, iż w trybie z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych kompromisem, tj. porozumieniem odnośnie treści planowanej do zawarcia umowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż art. 144 ust. 1 Pzp nie znajduje odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Należy wskazać, iż z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie będzie miał w tym przypadku art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny.

Należy zauważyć, iż podstawową zasadą prawa cywilnego jest zasada swobody umów. Została ona wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z nim strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu przyznaje podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez zawierane pomiędzy tymi podmiotami umowy. Swoboda zawierania umów na podstawie art. 353¹ Kodeksu cywilnego obejmuje zasadniczo swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy w jakiej umowa ma być zawarta, a także kompetencję do ich zmiany stosownie do woli stron umowy.

Zasadniczo w stosunku do zamówień publicznych zasada ta doznaje znacznego ograniczenia. Po pierwsze zamawiający nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę. Po drugie zamawiający nie ma możliwości wyboru formy w jakiej zostanie zawarta umowa. Po trzecie treść umowy o wykonanie zamówienia publicznego musi uwzględniać przepisy Pzp. W ustawie Pzp w szczególny sposób została również uregulowana kwestia wprowadzania zmian do umów o wykonanie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe ograniczenie wynika z faktu, iż przedmiotowe umowy zawarte zostały w reżimie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne zasady na jakich powinien opierać się proces ich zawierania. Należy podkreślić, iż na gruncie ustawy Pzp zmiana umów dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte z wolnej ręki nie mogą być swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie, iż w przypadku zmian przedmiotowych w umowie o wykonanie zamówienia publicznego, strony są zobowiązane do oceny czy w stosunku do zawieranych aneksów do umów w dalszym ciągu zachodzą przesłanki uzasadniające zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki.

W przypadku tego rodzaju umów zamawiający chcący dokonać jej zmiany będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy ocenić czy w dalszym ciągu zamówienie to może być wykonane tylko i wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn wskazanych w pkt. 1 lit. a, b i c powyższego przepisu. Analogicznie w przypadku udzielenia zamówienia z uwagi na okoliczności wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy zbadać czy konieczność zmiany umowy wynika z wyjątkowej sytuacji, której zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć czy konieczność dokonania zamian nie wynika bezpośrednio z winy zamawiającego, czy niezbędne jest natychmiastowe wykonanie prac oraz czy nie można zachować terminów określonych dla wykonania zamówienia w innych trybach przewidzianych ustawą. Zamawiający będzie zobowiązany do analogicznego postępowania również w przypadku zamówień udzielanych z wolnej ręki z uwagi na pozostałe przesłanki określone w art. 67 ustawy Pzp. Stwierdzenie istnienia powyższych przesłanek będzie w tym przypadku warunkowało możliwość zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą.

7.8. Zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed jej zawarciem

Dopuszczalne jest również dokonanie zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed jej zawarciem. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć również zastosowanie na etapie pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej a zawarciem umowy, pod warunkiem, iż zmiana taka w świetle postanowienia art. 144 ust. 1 Pzp byłaby dopuszczalna na etapie po zawarciu umowy. W orzecznictwie sądowym zostało wskazane¹⁶⁵, iż nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy, gdyż skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach – dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w umowie przyszłej.

¹⁶⁵ wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05)

8. Stosowania wybranych przepisów Kodeksu cywilnego w zamówieniach publicznych

Wskazać należy na art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z treścią którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepis ten przesądza o cywilnoprawnym charakterze stosunków między zamawiającym i wykonawcą z uwagi na fakt, że do czynności tych podmiotów nakazuje stosowanie przepisów kodeksu cywilnego. Również przepis art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podkreślenia przy tym wymaga, iż na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych ustawodawca nie przewidział regulacji w zakresie wymogów dotyczących liczby zawartych umów w przypadku gdy kilka najkorzystniejszych ofert złożył jeden i ten sam wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia w częściach. A zatem, biorąc pod uwagę przepisy prawa cywilnego mające zastosowanie w przypadku braku uregulowań prawnych na gruncie imperatywnych przepisów ustawy Pzp, w niniejszym stanie faktycznym zastosowanie znajdzie w szczególności art. 353¹ Kodeksu cywilnego, wskazujący, iż strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (zasada swobody umów). Wobec powyższego nie ma zatem przeszkód, aby zamawiający wraz z wykonawcą zawarli jedną umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiot będzie obejmował wykonanie kilku zamówień częściowych.

9. Zaliczki

Zgodnie z przepisami¹⁶⁶ ustawy Pzp zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający z podsektora rządowego mogą udzielać zaliczki, jeżeli: (1) zamówienie jest finansowane z udziałem: środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej; niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA); niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione powyżej, pochodzących ze źródeł zagranicznych, lub (2) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zamawiający nie może udzielić zaliczki, jeżeli wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki¹⁶⁷. Powyższe ograniczenia mają zastosowania do zamawiających z sektora finansów publicznych art. 151a ust. 8 ustawy Pzp¹⁶⁸.

Bez przewidzenia dopuszczalności udzielania zaliczek w przepisie art. 151a ustawy Pzp, ich udzielanie przez zamawiających byłoby dopuszczalne w przypadku, gdyby możliwość ta została przewidziana w odrębnych przepisach. Stosownie bowiem do przepisu § 15 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych z dnia 7 grudnia 2010 r. (Dz.U. Nr 241, poz. 1616), państwowe jednostki budżetowe mogą udzielać zaliczek wyłącznie w zakresie określonym w odrębnych przepisach. Z tego uregulowania wynika, iż nieprzewidzenie w ustawie Pzp dopuszczalności udzielania wykonawcom zamówień publicznych zaliczek skutkowałoby brakiem możliwości ich udzielania. Z inicjatywy Urzędu Zamówień Publicznych ustawa Pzp została znowelizowana od dnia 22 grudnia 2009 r. ustawą 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), poprzez m.in. dodanie do jej treści przepisu art. 151a, na podstawie którego zamawiającym zostało przyznane uprawnienie do stosowania zaliczek w umowach o zamówienie publiczne.

Przewidzenie możliwości udzielenia zaliczek wykonawcom zamówienia publicznego może służyć uzyskaniu następujących korzyści:

- (1) poprawieniu sytuacji finansowej wykonawców w okolicznościach, charakteryzujących się ograniczeniem możliwości pozyskiwania przez nich finansowania oraz ograniczeniu kosztów pozyskania niezbędnych do realizacji zamówienia środków finansowych,
- (2) wsparciu wykonawców, w szczególności małych i średnich przedsiębiorców, którym dzięki zaliczkom, została przyznana możliwość uzyskiwania w trakcie realizacji zamówień środków finansowych na częściowe pokrycie kosztów związanych z realizacją udzielonych im zamówień publicznych,
- (3) w postaci oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych, albowiem przewidzenie przez zamawiających możliwości udzielania zaliczek powinno prowadzić do obniżenia cen ofert składanych przez wykonawców, ze względu na zmniejszenia kosztów własnych wykonawców, m.in. z powodu odpadnięcia kosztów uzyskania kredytu lub pożyczki bankowej niezbędnej do sfinansowania bieżących kosztów realizacji zamówienia publicznego,

¹⁶⁶ art. 151a ust. 1 ustawy Pzp

¹⁶⁷ art. 151a ust. 3 ustawy Pzp

¹⁶⁸ art. 151a ust. 8 ustawy Pzp

- (4) zwiększeniu liczby wykonawców konkurujących o uzyskanie zamówienia publicznego, ponieważ zaliczki umożliwiają ubieganie się o zamówienia przez wykonawców o gorszej sytuacji finansowej, jak również jednoczesny udział wykonawcy w kilku postępowaniach o udzielenie zamówienia, wpływając tym samym na konkurencyjność rynku zamówień publicznych.

Zamawiający samodzielnie w oparciu o analizę posiadanych środków finansowych oraz sytuację na rynku zamówień publicznych podejmują decyzje o udzieleniu zaliczek wykonawcy zamówienia publicznego

Zaliczki należy odróżnić od przedpłaty na prenumeratę prasy. Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji zaliczki. Definicji takiej brak jest również w przepisach Kodeksu cywilnego. Nie mniej jednak pojęcie zaliczki występuje w języku prawnym na oznaczenie płatności uiszczanych na poczet przyszłych należności (wierzytelności) pieniężnych zarówno o charakterze publicznoprawnym, jak też o charakterze cywilnoprawnym. W każdym jednak przypadku pojęcie zaliczki wiąże się ze sposobem regulowania zobowiązań o charakterze pieniężnym. Stosownie do postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Powyższy przepis przesądza o cywilnoprawnym charakterze umów w sprawach zamówień publicznych. Tak więc pojęcie zaliczki w rozumieniu ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście cywilnoprawnych reguł spełniania świadczeń pieniężnych.

Z uwagi na istotę umów w sprawach zamówień publicznych (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), należy stanąć na stanowisku, iż co do zasady umowy te mają charakter umów wzajemnych (art. 487 § 2 k.c.). Z zamówieniem publicznym mamy bowiem do czynienia w przypadku odpłatnej umowy, na mocy której zamawiający nabywa od wykonawcy usługę, dostawę lub robotę budowlaną.

Stosownie do postanowienia art. 488 § 1 k.c. świadczenia będące przedmiotem zobowiązań z umów wzajemnych (świadczenia wzajemne) powinny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo z orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Wskazany przepis artykułuje obowiązującą na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego zasadę jednoczesności świadczeń wzajemnych¹⁶⁹. Należy przy tym wskazać, iż ustawa Pzp nie zawiera w tym zakresie szczególnych uregulowań prawnych. A zatem stosownie do postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp zasada ta obowiązuje również w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych.

Wskazany przepis art. 488 § 1 k.c. nie różnicuje określenia terminów spełnienia świadczeń wzajemnych w zależności od rodzaju świadczenia. A zatem zasada ta obowiązuje również w odniesieniu do świadczeń pieniężnych (por. uchylony art. 489 k.c.).

W związku z powyższym, z zaliczką na gruncie umów cywilnoprawnych mamy do czynienia w sytuacji zapłaty dokonanej na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego przed spełnieniem świadczenia wzajemnego przez drugą stronę. Uiszczenie zaliczki jakkolwiek wywołuje skutek zapłaty, podlega bowiem zachowaniu na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego, to jednak nie stanowi zapłaty wynagrodzenia (ceny). Powyższe wynika z faktu, iż jest ona dokonywana przed ustalonym terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny).

Pojęcie zaliczki w powyższym znaczeniu występuje również na gruncie przepisów art. 151a ustawy Pzp. Tak więc z zaliczką w rozumieniu tych przepisów mamy do czynienia w przypadku zapłaty dokonywanej przez zamawiającego przed spełnieniem świadczenia wykonawcy oraz przed umówionym terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny) za wykonanie zamówienia publicznego.

Od pojęcia zaliczki płatnej na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego w powyższym znaczeniu należy odróżnić sytuacje, w których z uwagi na ukształtowanie danego typu stosunku prawnego zapłata wynagrodzenia pieniężnego przez jedną ze stron następuje przed spełnieniem świadczenia wzajemnego drugiej strony (zapłata z góry). W takim przypadku uprzednia zapłata wynagrodzenia przed spełnieniem świadczenia niepieniężnego drugiej strony nie stanowi zaliczki w rozumieniu art. 151a ust. 1 ustawy Pzp, albowiem dokonywana jest ona na poczet wymagalnego świadczenia pieniężnego i ma na celu wykonanie długu ciężącego na dłużniku takiego świadczenia. Niejednokrotnie wcześniejsza zapłata wynagrodzenia stanowi warunek skuteczności samej umowy uzależniając wymagalność świadczenia niepieniężnego od uprzedniej zapłaty wynagrodzenia.

Dopuszczalność istnienia takich stosunków prawnych wynika z dyspozytywnego charakteru przepisu art. 488 § 1 k.c. Przy czym jak już wskazano ustawa Pzp nie zawiera autonomicznych regulacji odnoszących się do aspektów związanych z ukształtowaniem sposobu i terminu zapłaty wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego, materia ta należy do sfery prawa cywilnego. W tym zakresie stosuje się reguły właściwe dla umów cywilnoprawnych. Powyższe nie wyklucza oczywiście, iż takie ograniczenia mogą wynikać z innych przepisów szczególnych. Niemniej jednak ograniczenia takie nie wynikają z przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do zagadnienia przedstawionego w powołanym na wstępie piśmie należy stwierdzić, iż ustawa Pzp nie wyklucza możliwości zawierania umów prenumeraty czasopism lub gazet przewidujących zapłatę wynagrodzenia za zamówione czasopisma lub gazety z góry. Zakaz taki nie wynika również z przepisów art. 151a ustawy Pzp, który reguluje zasady wypłaty zaliczek zachowywanych na poczet przyszłego wynagrodzenia wykonawcy.

Jakkolwiek umowa prenumeraty nie jest umową typową, nie jest bowiem stypizowana w przepisach Kodeksu cywilnego, czy też w ramach innego aktu prawnego, to jednak w praktyce obrotu gospodarczego w odniesieniu do tej kategorii umów wykształcił się model zapłaty wynagrodzenia oparty o przedpłatę, w ramach której spełnienie świadczenia pieniężnego następuje przed dostawą zamawianych czasopism lub gazet. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w przypadku umów prenumeraty przedpłata nie stanowi prostego odpowiednika sumy cen za pojedyncze egzemplarze czasopism lub gazet. Cena uiszczana w ramach przedpłaty jest bowiem z reguły niższa od sumy cen za poszczególne egzemplarze czasopism lub gazet dostarczanych w ramach prenumeraty. W takim układzie przedpłata uiszczana przez zamawiającego stanowi ekwiwalent świadczenia drugiej strony polegającego na sukcesywnym dostarczeniu kolejnych egzemplarzy czasopism lub gazet. Przy czym druga strona umowy prenumeraty uzyskuje gwarancję ciągłości zbycia kolejnych egzemplarzy czasopism lub gazet przez wskazany okres.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż przedpłata stanowi jedno świadczenie o charakterze pieniężnym stanowiące ekwiwalent świadczenia polegającego na zobowiązaniu się do stałego dostarczania poszczególnych egzemplarzy czasopism lub gazet przez określony czas. Powyższe ukształtowanie przedpłaty odróżnia ją od zaliczki w rozumieniu art. 151a ustawy Pzp, która zakłada, iż zaliczka stanowi wartość odpowiadającą części świadczenia wykonawcy (arg. z art. 151a ust. 4 ustawy Pzp).

Dodatkowo należy wskazać, iż w przypadku umów prenumeraty dokonanie przedpłaty (zapłata ceny z góry) stanowi w istocie warunek skuteczności samej umowy. Dopiero bowiem w przypadku uiszczenia przedpłaty możliwe jest zrealizowanie celów gospodarczych leżących u podstaw natury prawnej samej umowy prenumeraty. W takim bowiem tylko przypadku wydawca (zbywca) uzyskuje gwarancję ciągłości zbycia czasopism lub gazet, a zamawiający gwarancję ciągłości dostarczania kolejnych wydań czasopism lub gazet.

Rekapitulując powyższe uwagi należy stwierdzić, iż zastosowanie przepisów ustawy Pzp, a tym samym trybu udzielenia zamówienia publicznego, nie wyklucza dopuszczalności zawierania umów prenumeraty czasopism lub gazet, w ramach których wynagrodzenie należne wykonawcy będzie płatne przez zamawiającego w formie przedpłaty.

BIBLIOGRAFIA

- A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Oficyna Wydawnicza BRANTA, Bydgoszcz – Warszawa, 2005
- P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa – Katowice, 2006
- A. Stawicki, J. Roliński, J. Baehr, T. Kwieciński, *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006
- A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze, 2006
- M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, Wolters Kluwer, Warszawa, 2007, s. 127
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 lipca 2002 r. (V Ca 991/02)
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r. (V Ca 1311/02)
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. sygn. akt III CZP 52/02
- R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 września 2002 r, III CZP 52/02*, OSP 2003 r., nr 5, poz. 57
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 2005 r. (C-331/04) w sprawie *ATI EAC Srl i Viaggi di Maio Snc przeciwko ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia i Comune di Venezia*.
- Opinia Rzecznika Generalnego Dámasa Ruiza-Jaraba Colomera przedstawiona w dniu 8 września 2005 r. w sprawie C-331/04 *ATI EAC Srl i Viaggi di Maio Snc przeciwko ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia i Comune di Venezia*
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2008 r. C-532/06 w sprawie *Lianakis*
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 września 2008 roku (IV Ca 689/08) (?)
- M. Płużański, *Kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Rachunkowość Budżetowa 2003/1 s. 21
- Z. Raczekiewicz, *Oferta najtańsza czy najbardziej korzystna*, Przetargi Publiczne 8/2009, s. 30 i nast.
- P. Kuderczyk, *Nie tylko cena może mieć znaczenie*, Przetargi Publiczne 2/2010, s. 20 i nast.
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1018/09)
- Wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.
- Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 391/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 511/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 536/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 239/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 395/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 486/09)
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-952/04)
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 września 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1453/04)
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 września 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1462/04)
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 kwietnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-689/05)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1123/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1122/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2725/10)

- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt V Ca 1468/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1387/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2082/10, KIO 2085/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1733/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 313/2010)
- Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 15 września 2004 r. (sygn. akt II Ca 529/04 niepubl.)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 327/11)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 642/11)
- R. Szostak, *Podwykonawca robót budowlanych*, Zamówienia publiczne Doradca, 2004, nr 1, s. 17 i n.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 „Siemens AG i ARGE Telekom & Partner”
- M. Filipek, *Istota planowania zamówień*, Zamówienia publiczne. Doradca, 2009, nr 3
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 356/08 i KIO/UZP 371/08
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 259/08
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 października 1998 r. w sprawie Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 844/10)
- Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r. (sygn. akt C-414/97), *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 60/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1551/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 108/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r. (sygn. akt 912/11)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 72/09)
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt XXIII GA 446/08)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 598/10 i 608/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt 388/10, 390/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1116/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1041/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r (sygn. akt KIO 287/11)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO 388/10 i 390/10), s. 11
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 598/10 i 608/10)
- Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 96/10)
- Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005 r. (sygn. akt VI Ca 527/05)
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05)
- Wyrok Sąd Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. (sygn. akt II Ca 489/06)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 838/08)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP /09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 24/08)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 86/07)
- Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt X Ga 219/07)

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r. (sygn. akt I CK 201/02)
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1089/05)
- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 maja 2008 r. (sygn. akt I FZ 12/08), opubl. w OSP z 2009 r. Nr 5, poz. 51
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 968/09, KIO/UZP 976/09)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 58/07)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 16/07)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/10)
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2007 r. (KIO/UZP 1423/07)

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.

Od ponad dekady PARP wspiera przedsiębiorców w realizacji konkurencyjnych i innowacyjnych przedsięwzięć. Celem działania Agencji 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.

Misją PARP jest tworzenie korzystnych warunków dla zrównoważonego rozwoju polskiej gospodarki poprzez wspieranie innowacyjności i aktywności międzynarodowej przedsiębiorstw oraz promocja przyjaznych środowisku form produkcji i konsumpcji.

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 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 **Krajowego Systemu Usług**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące (RIF)**.

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.

PARP

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
 tel.: + 48 22 432 80 80
 faks: + 48 22 432 86 20
biuro@parp.gov.pl
www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93
 0 801 332 202
info@parp.gov.pl
 ISBN 978-83-7633-031-0

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a
 02-676 Warszawa
 tel.: + 48 22 458 77 77
 faks: + 48 22 458 77 00
www.uzp.gov.pl